

ISSN
00347787

2007

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
114



SAN JOSÉ, COSTA RICA
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE

(Cuatrimestral)
2007



114

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 1963.
176 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Marco Castro Alvarado	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
	Pro-secretaria
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Vocal 4

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor E. Salas	Profesor

– o –

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 112, 2007, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

114

SAN JOSE, COSTA RICA
2007
SETIEMBRE - DICIEMBRE
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2007

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.Sc. Marta Bustamante Mora

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican estudios en los campos del Derecho Ambiental, Lógica Jurídica, Propiedad Intelectual, Lenguaje y Derecho, Derecho Constitucional y Derecho a la tutela efectiva.

De este modo, se cumple con la difusión del pensamiento jurídico actual, moderno, crítico y generador del debate en torno a sus posiciones.

El Director - Editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
The Payment for Environmental Services in Costa Rica <i>Dr. Rafael González Ballar</i>	13
El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva <i>Prof. Gustavo González Solano</i>	31
Common regulations on the legal sources, principles and objects of the copyright law of Russian Federation <i>Licda. Valeriya Tyumentseva</i>	79
Magia verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social <i>Dr. Minor E. Salas</i>	89
Responsabilidad constitucional de los diputados <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	117
Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional <i>Dr. Enrique Ulate Chacón</i>	137

THE PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES IN COSTA RICA^(*)

*Dr. Rafael González Ballar^(**)*

Universidad de Costa Rica

(Recibido 10/01/07; aceptado 25/06/07)

(*) El informe fue realizado en el año 2006, en New York, en la Sala de Sesiones de la Organización de Naciones Unidas ante los representantes de la Comisión de Medio Ambiente y la participación de profesores de Derecho Ambiental de varias universidades alrededor de mundo. 2006. United Nations. New York.

(**) Dean of the Law School, University of Costa Rica. Board member of IUCN Academy of Environmental Law.
Teléfono 207-4114.
e-mail: decanato@derecho.ucr.ac.cr

RESUMEN

El pago de servicios ambientales (PSA) en Costa Rica ha llegado a ser un asunto realmente importante y novedoso que debe ser concebido como un instrumento económico y es definido como un sistema financiero de orden, que trata de devolver a los dueños la tierra bajo el régimen del bosque, los beneficios ambientales que ellos proporcionan al país, son un esfuerzo de conservar y sostiene el uso de bosques primarios y/o tropicales. Los beneficios son, la reducción de los gases que causa la lluvia global (por la fijación del carbón, su almacenamiento y evitar la acumulación de agua excesiva en la atmósfera) y la protección de la biodiversidad. En el nivel local y nacional la protección del agua para el consumo humano y para la generación hidroeléctrica, así como el paisaje o la protección escénica de la belleza son también muy importantes.

Algunos de los problemas que encontramos con opciones de orden y control (no consenso político, las agencias administrativas débiles, ninguna sostenibilidad financiera y ningún control del proceso) llegan a ser también evidente como parte de los instrumentos económicos utilizados en Costa Rica.

Palabras claves: Desarrollo ambiental, bosques tropicales, territorio, deforestación, pago por servicios.

ABSTRACT

The payment of environmental services (PES) in Costa Rica has become a really important and novel issue which must be conceived as an economic instrument that is defined as a financial order system that tries to repay to the land owners under the forest regime, the environmental benefits that they provide to the country, as an effort to conserve and sustain the usage of primary and/or tropical forests. The benefits are, the reduction of the gases that cause global warming (through the carbon fixation and its storage to avoid CO₂ excessive accumulation in the atmosphere) and the protection of biodiversity. At the local and national level the protection of water for human consumption and for hydroelectric generation, as well as the landscape or scenic beauty protection are also very important.

But again some of the problems that we found with command and control options (no political consensus, weak administrative agencies, no financial sustainability and no control of the process) are becoming also evident with some of the economical instruments used in Costa Rica.

Keywords: Environmental Development, tropical forests; territory, deforestation, payment for service.

SUMMARY

Abstract

Introduction

1. The Disadvantages of the Payment of Environmental Services
 - a) Institutional
 - b) Financial
 - c) Case study principles that are not applied
2. Advantages of our legal System that can improve the effectiveness of the payment of environmental services
 - a) Values and Principles
 - b) Our national legislation, on this matter, is based on the following values
3. The future of The payment of Environmental Services
 - a) State Policies
 - b) Improving our legislation
 - c) Financial Sustainability
 - d) Fonafifo's Management
 - e) Payment of Environmental Services Control

Conclusions

ABBREVIATIONS

CC: Constitutional Court resolutions
FONAFIFO: National fund for forestry financing
MINAE: Ministry of the Environment and Energy
PES: Payment for Environmental Services
ES: Environmental Services
FL: Forestry Law

INTRODUCTION

The enforcement of command and control instruments in Costa Rica have left a series of contradictions. Since the 1950`s our country started with what specialists called Costa Rica's strip tease of our primary forest areas. But it is true also that 25 % of our territory is today under some kind of protection. A tax on gasoline, to pay the owners of those properties, expropriated or frozen for the protected areas, and to finance de PES, has failed. The Ministry of Treasury has used that income for other purposes. But the efforts continue trying to use economical instruments to obtain some sustainability in our environmental protection.

In the 90`s we started with some economical instruments.

The payment of environmental services (PES) in Costa Rica has become a really important and novel issue which must be conceived as an economic instrument that is defined as a financial order system that tries to repay to the land owners under the forest regime, the environmental benefits that they provide to the country, as an effort to conserve and sustain the usage of primary and/or tropical forests. It should not be understood as a simple commercial transaction between the State and independent or private owners for a service offered to the environment through contracts for the private forest regime according to the Forest Law, number 7575.

The PES is a positive externality, generated by the natural resources, that should be internalized by those who benefit and enjoy them; this internalization can be obtained through the payment or recognition made in favor of any land owner for the service offered to the society. The payment serves simultaneously like tool to diminish the deforestation and to promote the conservation of the forests and other resources associate.

The services benefit the planet and the human beings life quality whether they belong to the local, national and/or international community and their effects are both tangible and intangible.

Within the international community, the benefits are, the reduction of the gases that cause global warming (through the carbon fixation and its storage to avoid CO₂ excessive accumulation in the atmosphere) and the protection of biodiversity. At the local and notional

level the protection of water for human consumption and for hydro-electric generation, as well as the landscape or scenic beauty protection are also very important.

The PES system is a product of a 20 year process and gathered in the Forest Law (FL) 7575. This Law created FONAFIFO as a fully and independently government agency that is in the Jurisdiction of the Environmental and Energy Ministry, in charge of managing the system and creating the manuals and instructions needed for its correct operation. Article 46 of the Law, the State specifically delegates to this agency the enforcement of the PES. FONAFIFO's financing is obtained through a tax percentage to fuels consumption and through the resources coming from the services sold nationally and internationally.

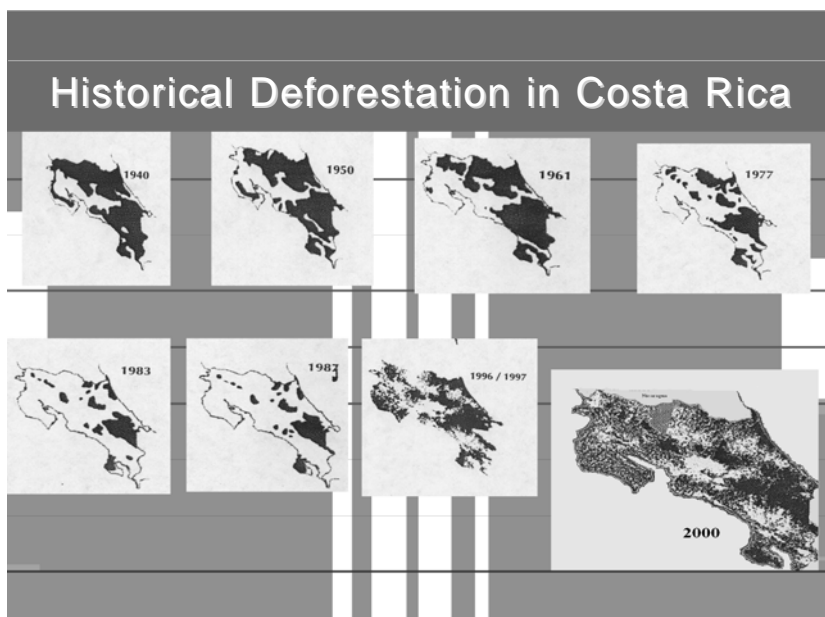
Unfortunately, the sustainability of the PES program, has been threatened by a series of economic, social and institutional conditions that affect its development, that is to say: the financial availability, the lack of clarity and enforcement of the regulations that apply to the payment of these services, FONAFIFO's management of PES has not been the best at the technical, legal and social levels.

This paper will review that the regulations and requirements of the program are not a guarantee to its success. It has been pointed out that the present legislation allows the interaction in the process of several government agencies that have not coordinated suitably the processes to make the services more efficient, effective and profitable.

1. THE DISADVANTAGES OF THE PAYMENT OF ENVIRONMENTAL SERVICES

Costa Rica has been inefficient to fight the countries deforestation rates from the 60's to the 80's and first have of 90's . The command and control instruments have not given the results in the search for a sustainable development.

The pictures below show the historical process of deforestation. In the 90's the use of economical instruments (payment for environmental services) could have been one of the solutions to the problem. But the problems we discovered recently are a sign that something more strong and comprehensive is needed. A State Policy with well specified priorities.



It starts with the inefficiency in the handling and the application of the Deduction of Taxes on the Rent, the Forest Payment Certificate, the “In Advanced” Forest Certificate and the Forest Development Fund and the “soft” credits.

The FL implements the PES, but we also find regulations in the Public Services Regulating Authority Law, Environmental Law and the Biodiversity Law. Furthermore, certain legal instruments have been found to allow civil, criminal and administrative consequences in our legal system. Example: Public Administration General Law, Internal Control General Law, Illicit Enrichment Law, Nation’s Financial Administration and Public Budgets Law.

It should be pointed out that a series of limitations to enforce the environmental services payment actually exist, in the present document we refer to as disadvantage.

Those disadvantages are classified as:

a) Institutional

The lack of coordination between the different institutions that participate in the process, the following ones can be mentioned: the

FONAFIFO, National Registry Office, the National Cadastre Office, the Agrarian Development Institute and the Agronomist Engineers Bar, limit a fast procedure.

One practical example is enough. The certification of the real estate where we can verify two aspects: property rights and natural resources that offer the environmental services (formality with which the land owners actual rights are stated) so they can apply to the program, it includes the property right listed in the National Registry Office and the so established requirements to obtain the payment, takes sometimes months and years depending on what the other agencies and institutions consider as legal.

In the case of the National Registry Office, the interpretations on the affectation of property have appeared, this retards the proceedings and the corresponding payment to the landowners. On the other hand, the National Cadastre Office transfers to the landowners the responsibility to harmonize the information listed in the Real Estate Registry Office with that listed in the National Registry Office, which entails the accomplishment of additional proceedings for any applicant. A similar situation happens in the Agrarian Development Institute, in which the definition of the limitations on lands with agricultural use is very slow. Finally, the Agronomist Engineers Bar through its task of controlling the forest delegates also implies additional requirements for the landowners.

b) Financial

FONAFIFO's management requires working the country's environmental services with certain flexibility. However, as a result of the Financial Administration Law the Nation's Comptrollers Agency and the Procurer Office have concluded that FONAFIFO must adjust its procedures to the established controls for the Public Administration. These administrative adjustments would increase their operative costs and would, in fact, make its operation more complex.⁽¹⁾

(1) CC. Resolution N° 2002-01784, N° 0846-95 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas cincuenta y cuatro minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y cinco - Exp: 01-008416-0007-CO Res: 2002-01784 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a

Another aspect of great relevance for the analysis of the issue is the sustainability of the environmental services payment system. Actually it cannot be considered sustainable because we don't have a State policy with regard to the PSE, this is an obstacle for its sustainability. Also because it depends to a great extent on the fact that the Central Government should release the corresponding budget funds –which are not offered– as well as it depends on the donations and entities agreements that do not permit a sustainable financing base.

Another aspect to consider are the legal regulations to FONAFIFO's management, until now with the support of a trust fund established with one of the banks of the National Banking System, at a very low cost, the system is more flexible. Recently the Nations General Comptrollers ordered a complete change in the handling of all the funding and evaluate if under the principle of the State's exclusive cash holder. The national and international donors vision of FONAFIFO's role in the financial structure of the system changes dramatically.

c) Case study principles that are no applied

It is important to mention that the Constitutional Court as in the First Courtroom of the Supreme Court of Justice and in the Agrarian Court, there is evidence of a case study tendency to introduce the environmental function, to reach the sustainable development, as a part of the economic and social function of the right to property and a State obligation. It is in the scope of the principle that the forest property is a limited form of property, where the property's ecological function

las ocho horas con cuarenta y nueve minutos del veintidós de febrero del dos mil dos - Res: 2002-01220 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del seis de febrero del dos mil dos - SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las dieciséis horas del veinte de julio de mil novecientos noventa - N° 241 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las dieciséis horas veinticinco minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa - Resolución 036-F-94. AGR SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro - N° 51 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas quince minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

principle has been emphasized (meaning the limitations undergone by a land owner whose property has been declared part of a protective zone under the forest regime and the corresponding demands to be properly compensated).⁽²⁾

Among other aspects, the Courts have also referred to the actual IDA's situation, who repeats an error buying or expropriating lands not good for agricultural activities in a zone with forest use, considering that the properties bought by the institution could not be used to produce (given the fact that they are in the middle of a Reserve) they cannot benefit from the incentives that the State offers like a compensation to the land restrictions due to the conservation of its forests.⁽³⁾

The PES is within the range of rights and obligations established in the 3rd section of the FL and considered as an obligation to the private owners as the fulfillment of the environmental function. It is understood as one of the most modern interpretations of the environmental function implementation because the property is committed to conserve the forest through a certain time (approximately 20 years), enjoying all those lands of a special protection for being a privileged forest zone.⁽⁴⁾

2. ADVANTAGES OF OUR LEGAL SYSTEM THAT CAN IMPROVE THE EFFECTIVENESS OF THE PAYMENT OF ENVIRONMENTAL SERVICES

Our environmental International obligations, by means of the international ratification of agreements and other international instruments, to protect the values that prevail as governing principles of an environmental policy is important because it emphasizes:

a) Values and Principles

- The elaboration of strategies and national plans or programs for the conservation and sustainable use of the biological diversity,

(2) CC. Case study numbers 2002-01220, First Court Sentences numbers 0230-90, 0241-90, 0036-94 and 0051-95 and of the Agrarian Court Sentences number 721-A-03 and 344-A-04.

(3) CC. Case study N° 2002-06734.

(4) Pronouncement number C-038-2002.

that allows the rational usage of the natural resources, and guarantees a healthy and ecologically balanced environment.

- Suitable economic measures as incentives for the conservation and sustainable use of the biological diversity.⁽⁵⁾
- Establish policies and development plans in order to protect and to conserve the climate; and implement economic and legal measures and incentives for its research and projection.⁽⁶⁾
- Stabilization of the atmospheric gas concentrations that provoke the greenhouse effect, in order to adapt ecosystems naturally to the climatic change, assuring that the food production is not threatened and that a sustainable economic development occurs.
- Adopt legislative and administrative measures, as well as adequate policies to control, limit, reduce or prevent any human activity that threatens the ozone layer.⁽⁷⁾
- Revitalize all the actions that surround the essential problems related to the inhabitants of the planet life quality improvement, trying to offer an access to basic services such as water, energy, health, nourishing security and biodiversity protection.⁽⁸⁾

(5) Biological Diversity Agreement and Rio De Janeiro 1992, Earth's Meeting and Central America's Environmental Protection and Development Agreement, 1989.

United Nations Declaration

Rio Declaration

Rio Declaration.

Biological Diversity Agreement and Rio De Janeiro 1992. Earth's Meeting and Central America's Environmental Protection and Development Agreement, 1989.

Stockholm Declaration.

Central American Ecological Meeting for the sustainable development: ALIDES

(6) Central American Agreement about the climatic change, Guatemala. 1993. United Nations' Framework Agreement about climate change.

(7) Viena's Agreement to protect the Ozone Layer.

(8) Johannesburg Meeting, 2002.

b) Our national legislation, is based on the following values

- The atmosphere like common patrimony of all the inhabitants of the nation.
- Country's obligation to structure an economic and environmentally sustainable development that can satisfy the basic human necessities without jeopardizing the future generation's opportunities.
- The environmental damage is considered a crime of social characteristics, because it affects the bases of social existence; economical, because it threatens the resources needed for the productive activities; cultural, because it jeopardizes the communities form of life and ethical because it threatens the existence of the present and future generations.⁽⁹⁾
- All living beings have right to the life, independently of the present economic value or potential.
- Recognition of the different environmental services that the ecosystem lends and by means of which it will compensate the land owners who participate in the environmental conservation.

3. THE FUTURE OF THE PAYMENT OF ENVIRONMENTAL SERVICES

a) State Policies

In spite of the values and regulations listed above, the Costa Rican State lacks a Public Policy for sustainable development. Considering that since the reform of article 50 in 1994, that guarantees the fundamental right to a ecological balanced environment, there has been lack of State Policies clear and defined in most environmental issues but most of all, of the PES.

Each government establishes its priorities, without a continuous planning among them; for that reason, the development plans of the

(9) Statutory Environmental Law. Biodiversity Law.

governments beginning in 1994, have been different and even neglectful with respect to the PES. There isn't even a link between these plans and the State's budgetary distribution; which in a final term translates in the lack of enforcement because of budgetary insufficiency.

The program offered by the present government, incorporates the PES figure as a part of the environmental sustainability policies, indicating that the objective in this field will be to offer the financial sustainability, so that the resource protection and the compatible ecosystems is assured. The previous analysis demonstrates the fact that, the PES is important for the biodiversity protection; nevertheless, there aren't new forms of financing through which this economic instrument is sustainable.

The absence of State Policies prevents that an intergenerational vision of the ecology becomes real, this brings as consequence a development and maintenance of an environmental economy of short termed, limited vision. A sustainable development is not obtained by means of this type of policies, it is required to turn into an ecological economy, that can project itself towards the biodiversity and ecosystem long term protection, obligation already adopted by the Costa Rican State at the constitutional level, also as an international ecological policy and by the governing principles of the national legislation.⁽¹⁰⁾

Our country needs to enforce true State Policies that allow and facilitate the creation of environmental awareness in the population. They must focus on environmental education. In this way, the citizen participation in the issues will be facilitated. Coincidentally, the civil society participation must be stimulated, in specific actions that tend to the environmental protection, to obtain positive results in the future. In this way, the PES will become a viable economic instrument that supports not only the conservation and sustainable use of the primary and tropical forest; but also the use of other environmental services: mitigation of the greenhouse effect gasses, hydric resource protection, biodiversity protection and the landscape or scenic beauty protection.

A General Ecological Policy must be adopted to integrally protect the ecosystem and the biodiversity; and to allow regulations and executive policies, where the collective values prevail and not only economic interests of certain groups.

(10) CC. Resolution 4947-2002.

b) Improving our legislation

Sufficient legislation in the matter of environment exists at the domestic level, but they are not structured in a comprehensive form integrating the values contained in the constitutional and international regulations, limiting their effectiveness.

As a result of the previous analysis, the environmental regulations are dispersed; this results in inequality, slowness and complications for any Administration.⁽¹¹⁾ In the issues that are a priority to the PES, the lack of uniformity and legislative technical accuracy is translated, at least, in the superposition of jurisdiction and functions duplication, by the government agencies that manage the implementation of this economic instrument. In the same way, the legislator does not consider important the values that inspire the PES when limiting the term of the contract to five years without anticipating the future ecological protection by the PES or by alternative conservation instruments.

Conflicts between the institutions that participate in the PES management can be solved by:

- High-priority should be given to fortify MINAE, through a State Policy, that really guarantees the financial sustainability of the environmental area (effective transfer of the funds destined specifically by the law to the PES) and that allows the effectiveness in the exercise of its jurisdiction powers.
- The National Registry Office, because of its jurisdiction has conflicts with the IDA and with the National Cadastre Office. In the case of lands useful for the environmental service, the Registry does not record the affectation. In the same way, if the land is affected in addition to limitations imposed by the IDA and the authorization is not obtained for PES the registration will not be granted.⁽¹²⁾ It is a violation to the Law No. 8220 (Simplification of Proceedings).

(11) MONTORO CHINER, María Jesús. *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*. Atelier Administrativo, España, p. 106.

(12) Resolution 10509-2001, Constitutional Court.

- According to the constitutional Article 169, the Municipalities have administrative and government autonomy. It's necessary that when the regulating plans are approved by them, it integrates the values constitutionally established and in the international treaties on Usage and Land Management. The environmental right is cross-sectional, in as much as it flows through other branches of Rights and Laws, and in as much as it protects superior values.

A re-evaluation of the institutional policies is needed. The State is forced to assure the protection of the biodiversity, prioritizing the lands with ecological and environmental use along with lands that have other especial needs. Costa Rica has a very rich variety of land use. Also, to harmonize the information and the exercise of the jurisdictions to offer effectiveness to the principles established in the Law of Simplification of Proceedings N° 8220.⁽¹³⁾

c) Financial Sustainability

The Ministry of Treasury is not distributing the totality of the income collected on the tax on gasoline consumption, and that fails to fulfill the duties established in articles 27 and 28 of Law 8131. In addition, the State has not implemented another way to internalize the environmental services costs or to improve the budget and fulfill the PES requirements.

Therefore it is recommended to:

- Improve the tax income distribution, since there is a legal imperative in article 69 of the FL, to transfer those funds. Considering that they are indeed collected and that there are Court injunctions⁽¹⁴⁾ regarding the taxes distribution with specific use. This has an echo in the PES financial sustainability, for it prevents the money of being available to repay it to the land holders for the environmental service, to cancel effectively and in time the payment to those who already have a contract.

(13) Resolutions 3252 y 1509, both from 2006, Constitutional Court.

(14) Resolution 4480-94, Constitutional Court.

- Internalize the environmental service cost in other sources already legally established, such as: regularization of the rates system of the public services offered.⁽¹⁵⁾ The environmental service is a public service that must be repaid through a rate.
- Promote the mitigation certificate sale of carbon emissions and of environmental services certificates to the developed countries as compensation due to the fact that they cannot offer these services. These joint measures of implementation are very useful to finance the objectives of sustainable development for all the humanity. (to add: ALIDES and international foundation).

d) Fonafifo's Management

The FONAFIFO is an agency fully dispersed, assigned to the MINAE, with an instrumental legal capacity, related to the budgetary handling; it has legal autonomy to fulfill the PES management. The effective regulations orders the use of this economic instrument. Nevertheless, actually FONAFIFO has transferred essential functions to the Trust administration. Furthermore, it hasn't needed a scheme administration that allows it to determine technically where and how to invest the funds destined to the PES. Reforestation has been preponderantly focused while the rest of the environmental services have been neglected. The promotion of the instrument to generate greater sources of financing has been omitted, as well.

FONAFIFO's management system should be changed to allow the fulfillment of the jurisdiction that the system has imposed to it. That means greater environmental service promotion, information and training to those who have lands to use for the PES. A greater conviction power of the necessity of the PES and the importance of maintaining environmental and ecological resource, not only at national level but also at planetary level. A reform to the integration of the Board of directors of the agency, since as it was mentioned before, this is another factor that does not allow the correct and efficient operation of FONAFIFO.

(15) To accomplish Law's 7593 (ARESEP) articles 4 e) and 31.

e) The Payment of Environmental Services Control

The person in charge by law of the previous survey of the land, we have proof of a number of omissions to his control duty over the PES instrument. This happens considering the way his survey is regulated. It permits the satisfaction of basically private and not public interests entrusted to him by the law.⁽¹⁶⁾

The consequence of having removed the PES control from the MINAE's jurisdiction and to delegate it to a professional who works privately makes almost impossible to consider some kind of administrative, civil or criminal responsibility to the Government agencies. Nevertheless, the State has the obligation to watch the delegate's management, that can perfectly respond due to fault in the monitoring. The previous ideas confirm that the monitoring should correspond in a direct and exclusive form to the MINAE.

CONCLUSIONS

We need to look at the macro -economical politics and policies so we can adapt the economical instruments at the national and regional level.

We need strong and affective State policies. Not only each four year good intentions of the parties that share the government power.

The PES needs first of all a financial sustainability. It is necessary to look for them not only in financial State sources but also in other possibilities. The tax on gasoline consumption has revealed a good source but with little political support.

We need to structure a public and private joint venture administrative management procedure to enforce the economical instruments so they become more effective.

We need to manage more technical information so enforcement and control are a reality in correspondence with the objectives of each economical instrument.

(16) Resolutions 4889 and 5425, both in 2002, Constitutional Court.

EL DOLO Y SU PRUEBA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIENCIA COGNOSCITIVA

Gustavo González Solano^(*)

Profesor de Lógica Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 25/03/07; aceptado 25/06/07)

(*) Teléfono 207-5111.
e-mail@derecho.ucr.oc

RESUMEN

La siguiente investigación pretende plantear algunas inquietudes sobre el origen y conceptualización del dolo a lo largo de la prehistoria e historia humana. Responder a las preguntas sobre su posible prueba y las repercusiones sociales que su asunción provoca en las diversas sociedades.

Palabras clave: Dolo, historia del dolo, prueba, *homo ergaster*, *homo sapiens sapiens*, prehistoria, *hammurabi*, Roma, Derecho germánico, Código Penal, conciencia, mente, ciencia cognoscitiva, ciencia cognitiva.

ABSTRACT

This paper sets out some concerns about the origin of the idea of malice and its conceptualization during prehistory and history. It also answers some questions about the possibilities to prove the criminal intent and the social consequences it has.

Key words: Malice, History of malice, proof, *homo ergaster*, *homo sapiens sapiens*, prehistory, *hammurabi*, Roma, germany law, criminal law, mind, cognitive science.

SUMARIO:

- I. Problemática
- II. Antecedentes históricos y prehistóricos
 - 1. Origen del dolo: ¿Especies anteriores?
 - 2. Homo sapiens sapiens
- III. Análisis de la construcción conceptual de CID a lo largo de la historia
 - 1. Evolución de la conceptualización de CID
 - 2. Análisis de las opciones históricamente sugeridas
 - a) Intención presupuesta sin resultado
 - b) Intención no presupuesta sin resultado
 - c) Resultado con presuposición de CID
 - d) Resultado sin presuposición de CID
- IV. Análisis cognoscitivo del CID
 - 1. Prolegómenos conceptuales: saber, creer, conocimiento
 - 2. El CID del sujeto infractor
 - 3. El conocimiento del CID de un individuo. Conocer el conocimiento (y la voluntad) del otro
 - 4. La valoración de la prueba

Conclusiones

Bibliografía

1. PROBLEMÁTICA

La intención de delinquir⁽¹⁾ en la sociedad, se ha conceptualizado y eventualmente aplicado de una manera irreal y ficticia, por parte de los jueces en la sociedad. Aquella es considerada como dos estados mentales diferentes pero que se manifiestan en conjunto: 1) el conocimiento⁽²⁾ de las circunstancias fácticas, que constituyen un delito⁽³⁾ y 2) la voluntad o intención⁽⁴⁾ de cometerlo, que abreviaremos (CID).

Pero seriamente hablando, los procesos de conocimiento e intención en el ser humano no son tan simples de explicar, como lo toma simplistamente la doctrina jurídica.⁽⁵⁾ Hay muchas y diversas

-
- (1) Denominada en el campo jurídico técnicamente como dolo.
 - (2) "...se puede definir como representaciones de hechos (incluidas generalizaciones) y conceptos organizados para su uso futuro, incluida la solución de problemas..." *Diccionario Oxford de la mente*, dirigido por Richard L. GREGORY, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 220 (traducido del original en inglés *The Oxford Companion to the Mind*, Oxford University Press, 1987).
 - (3) En este trabajo se utilizará como sinónimo de falta, infracción, contravención, quebrantamiento, pecado, lesión, sin importar las implicaciones culturales o las instituciones sociales involucradas, dado que uno de los objetivos del estudio es cómo se ha investigado (o eventualmente obviado) la constitución mental de esa intención especial. Por lo que, en este trabajo, dada las finalidades explicativas, se utilizará la palabra con un contenido muy amplio.
 - (4) "El término intencionalidad es utilizado por los filósofos no tanto para aplicárselo a las acciones sino, más bien, en el sentido de ´dirigido sobre un objeto´. Más coloquialmente, una entidad es por cuenta es (o versa) acerca de algo. Paradigmáticamente, los estados y eventos mentales con intencionales en este sentido técnico (que fue concebido originalmente por los escolásticos y reconsiderado en la era moderna por Franz Brentano. Por ejemplo, las creencias, los deseos y los pesares son acerca de algo, tiene ´objetos intencionales´..." *Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas*, editores ROBERT A. WILSON Y FRANK C. KEIL, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2002, Volumen I, p. 657 (traducido del original en inglés *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Massachusetts Institute of Technology, 1999).
 - (5) "Este es uno de los conceptos más difíciles de entender o comentar en la psicología académica, aunque la mayoría de las explicaciones psicológicas de "sentido común" se realicen en términos de intenciones.

manifestaciones de conocimientos, como hay diversas formas de voluntades,⁽⁶⁾ sin entrar a considerar los aspectos o las manifestaciones específicas de ella en cada una de las aproximadamente 6.000 millones de personas que existen actualmente en nuestra especie, como lo trata de investigar recientemente la ciencia cognoscitiva.⁽⁷⁾

Igualmente la determinación de estos elementos, a lo largo de la historia, parece ser una cuestión antojadiza, más que un estudio basado en pruebas o metodologías científicas. Prueba de ello se observa en las contingentes y diversas políticas criminales de los diversos lugares donde en algunas épocas se presupuso⁽⁸⁾ que el sujeto tenía el conocimiento y la intención de cometer la falta, y hasta el hecho mismo (a pesar de ser incierto) y en otros momentos, se exigió probar tanto el hecho como el CID.

Evidentemente las consecuencias para el individuo son inmediatas: no es lo mismo probar que se hizo algo, a probar que **no**

El comportamiento se explica generalmente por intenciones (como: "¿por qué cruzó la calle el pollo?"); sin embargo, decir lo que es exactamente una intención en términos de procesos cerebrales o cualesquiera otros es sumamente difícil..." *Diccionario Oxford de la mente*, op. cit., p. 617.

- (6) "The term intentionality in the technical sense (meaning representational capacity) must not be confused with the terms intention, intension, and intensionality. An intention, say the intention to work, is a particular representational state aimed at guiding action. Intension refers to a term's conceptual content, as opposed to its extension, that is, the individuals it subsume. Intensionality is a property of languages (called intensional languages) by virtue of which coreferential terms cannot be substituted for each other without modifying the truth value of the sentence in which they occur; it is opposed to the property of extensional languages, where this type of *salva veritate* substitution is always possible..." *Dictionary of Cognitive Science*, editor OLIVIER HOUDÉ, New York, Psychology Press, LTD, 2004, 167-168.
- (7) Véase VON ECKARDT, Barbara, *What Is Cognitive Science?* Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1993. También véase *The Nature of Cognition*, edited by Sternberg, Robert J., Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1999.
- (8) En nuestro país los Códigos de 1841, 1880, 1924 y 1941 aún contenían esa presunción. En el cual prácticamente se establece que: "Se presume culpable hasta que demuestre su inocencia".

se hizo.⁽⁹⁾ En el primer caso no se tiene ninguna creencia verdadera y justificada y por ello, hay que construirla. En el segundo caso, a priori se tiene esa creencia, y hay que probar que no es cierta. En el último caso, el asunto es que: si no se logra probar que no se hizo, entonces se tiene por hecho y, ni modo, sanción. Vemos que son serias sus repercusiones.

La comprobación del conocimiento de cometer una falta y la intención de cometerla en una persona concreta, osciló, por ende, desde la idea primitiva e ilógica⁽¹⁰⁾ de presuponer el CID hasta su prueba mediante manifestaciones externas de esos estados mentales, o bien por sus resultados.⁽¹¹⁾

Inicialmente se estable una primera gran distinción entre el querer hacer algo (comúnmente se dice: “hacerlo con intención”) y el no querer hacerlo (“no tener cuidado”). Surgen así las dos categorías conceptuales del dolo y la culpa. Todos los Derechos Penales de todos los países, tratan de representar e identificar los estados mentales que tuvo o tiene una persona, cuando comete un delito, para sancionarlo,

-
- (9) Es el denominado técnicamente “la carga de la prueba”. Para un excelente análisis histórico véase MICHELLE, Gian Antonio, *La carga de la prueba*. Bogotá. Editorial Temis. 1989.
- (10) Parece efectivamente que por procedimientos lógicos la presunción de inocencia se puede extraer ese principio, veamos. Si se parte de la proposición “Todas las personas culpables son castigadas”, y le aplicamos un modus tollens obtenemos que “Si una persona no es castigada no es culpable”. González Solano, Gustavo. *Lógica jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003. También el excelente libro de MC CAWLEY, James. *Everything that Linguists have Always Wanted to Know about Logic* but were ashamed to ask*. Chicago and London. The University of Chicago Press, 2nd ed., 1993.
- (11) En esta primera aproximación no hay que dejarse engañar por los supuestos avances conceptuales. Obsérvese que en realidad, tanto en uno como en otro caso, era menester, como veremos más adelante, desarrollar una teoría de la mente, tanto para presuponer la existencia de esos elementos (época de la presunción), como para exigir su prueba (época de la inocencia). Pero aún en este último caso, se da la misma lectura mental, solo que se solicita adicionalmente la prueba de sus actos en el segundo de los casos. Es decir, en ambos se supone una mente que hay que “averiguar” por parte de otra mente. ¿Cuál será el mecanismo para ello: la autointerpretación?

con penas que sabemos que van desde simples multas económicas, trabajos forzados, encierros temporales o definitivos, hasta mutilaciones corporales o la eliminación del individuo.

Esta primera distinción se puede apreciar en el siguiente ejemplo: cuando se quiere matar a una persona (con un veneno, un arma) se le sanciona con una pena mayor, que cuando no quiso hacerlo (accidente de tránsito), pero igualmente se obtuvo el mismo resultado: un muerto. Aquí curiosamente,⁽¹²⁾ en nuestra especie la intención es fundamental para determinar el tipo y cantidad de sanción. No nos pasa por nuestra cabeza, trasladar esa distinción a un perro, un mono o una vaca (¿qué un animal pueda matar con intención de matar, o qué no tuvo cuidado y aplastó a su cría, por falta de cuidado? Dirá la gente: ¿Es un chiste?⁽¹³⁾ Bueno, volviendo a las categorías fundamentales, actualmente se hace una pormenorización mayor del dolo.

(12) Digo "curiosamente" porque para la ciencia cognitiva las obviedades, precisamente no son nada obvias: ¿por qué para nuestra especie considerar la intención con que se efectúa (o no) una acción es precisamente fundamental, o más fundamental que el resultado mismo? ¿No debería juzgarse por igual a dos personas si objetiva y causalmente realizaron el mismo resultado lesivo? Afirmar que sí a esta última respuesta, para nuestra especie sería una respuesta errónea. ¿Qué más sabemos o podemos supuestamente saber acerca del hecho, aparte de los resultados visibles empíricamente? ¿Tenemos una bolita mágica para ver y saber, e inclusive ver el interior de la cabeza del sujeto que cometió la falta, para poder juzgarlo mejor? Esta es una de las interrogantes que este trabajo pretende responder, si existe una respuesta que se le pueda dar.

(13) Es de suponerse que efectivamente le reconocemos a estos otros animales la AUSENCIA de algo que nosotros sí tenemos, como sería la supuesta comprensión de nuestros actos. Autocomprensión que no tendrían ellos. Pero por el hecho de que no podamos comunicarnos con ellos, no quiere decir que podamos presuponer que no tengan esa autocomprensión en otros niveles. Y creo que precisamente otra de las causas de la "falsa" seguridad del homo sapiens sapiens es saber o creer que otros seres diferente a ellos no disponen de este dispositivo llamado mente, por las grandes capacidades que tiene. Cuando en algún futuro próximo o lejano se descubra que sí existe, creo que eso sí puede dejar un poco inquietos y causar temor a nuestra especie. ¿Celo, recelo, envidia, temor? ¿La otra tropa no humana también tienen los mismos implementos que nosotros: qué hacemos? Realmente seguimos siendo simios de sabana.

Seis son los supuestos estados psicológicos involucrados en un evento:

Estado psicológico	Mundo exterior	Denominación
-saber y querer el resultado	Actúa y se produce el resultado	Dolo en primer grado
-saber y aceptar el resultado	Actúa y se produce el resultado	Dolo en segundo grado
-creer y aceptar el resultado	Actúa y se produce el resultado	Dolo eventual
-creer y no aceptar el resultado	Actúa y se produce el resultado	Culpa consciente
-ni saber (ni creer) ni aceptar el resultado (pero existió una imprudencia, una negligencia una impericia del sujeto)	Actúa y se produce el resultado	Culpa inconsciente
Ni sabe (ni cree), ni acepta el resultado, pero no hay negligencia, ni imprudencia, ni impericia denominados casos fortuitos ⁽¹⁴⁾ o fuerza mayor. ⁽¹⁵⁾	Actúa y se produce el resultado	Accidente

(14) Eventos previsible **pero inevitables**: “la duración de un puente”. Es previsible que en algún momento colapse por el deterioro, pero es inevitable dada la naturaleza misma de los materiales, e inclusive dada la naturaleza misma de las cosas, “nada es para siempre”.

(15) **Eventos imprevisibles e inevitables**: inundaciones, huracanes, lluvias, relámpagos, fuerzas de la naturaleza que son estocásticas y con dimensiones superiores a las fuerzas o tecnologías humanas actuales.

Ejemplos:

Luis tiene un vehículo y lo lleva a reparar al taller mecánico de Juan:

1. Juan quiere matar a Luis, y se asegura que el carro en que viajará Luis esté sin frenos. Luis muere al chocar su vehículo, al no poder frenarlo.
2. Juan sabe que si deja los frenos del vehículo de Luis defectuosos posiblemente se mate. Luis muere al chocar su vehículo, porque no pudo detenerlo a tiempo.
3. Juan cree que si deja los frenos del vehículo de Luis defectuosos posiblemente se mate. Luis muere al poder frenar su vehículo.
4. Juan cree que si deja los frenos defectuosos del vehículo de Luis sin reparar, posiblemente no se mate, porque podrá tenerlo de otra manera. Luis muere al no poder frenar su vehículo.
5. Juan no sabe ni creyó que dejó los frenos del vehículo de Luis sin reparar. Luis murió porque no pudo frenar su vehículo.

Otro ejemplo:

1. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con María, una muchachita de 14 años, sin saber ni creer que tiene esa edad.
2. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con Maria, una muchachita de 14 años de edad, sin importarle si tiene o no esa edad.
3. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con Maria, una muchachita de 14 años de edad, sabiendo que tenía esa edad.
4. Juan tiene relaciones sexuales consentidas con María, precisamente porque ella tiene 14 años de edad.

A la luz de estos casos, y con la finalidad de brindar una reorganización conceptual, a la luz de algunos lineamientos sobre la ciencia cognoscitiva,⁽¹⁶⁾ trataremos de analizar (y eventualmente desmitificar) el concepto tradicional de dolo y la funcionalidad que tienen las

(16) De aproximadamente 50 años de edad (exactamente 11 de setiembre de 1956) según GARDNER, Howard. *La nueva ciencia de la mente*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1987, p. 44 (traducido del original en inglés *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books Inc., 1985).

construcciones dogmáticas jurídicas, a la luz de las apreciaciones científicas sobre la mente humana.⁽¹⁷⁾

En este sentido, hipotetizaremos a modo de prueba heurística, si todo proceso de juzgamiento y administración de justicia humana esta basado en la conjetura de la existencia de ciertos estados mentales en los individuos particulares. Es decir en la suposición de CID, y no en el conocimiento directo de dicho CID.

Dado lo anterior, (segunda hipótesis) que el proceso de atribución de responsabilidad en nuestra sociedad es abierto y discrecional a la creencia que se “forme” la persona que juzga (y no al descubrimiento o verificación empírica de dicho estado mental del sujeto).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PREHISTÓRICOS

1. Origen del dolo: ¿especies anteriores?

El CID es realmente muy antiguo en el ser humano. Inclusive, por estudios paleoantropológicos es hasta casi necesario suponer que ni siquiera fue exclusiva de nuestra especie (*homo sapiens sapiens*), sino que se originó y existió en otra especie de la misma familia de *homínidos* antecesora a la nuestra: el *homo ergaster*,⁽¹⁸⁾ es decir, hace aproximadamente 1.6 millones de años. Por lo que no es correcto

(17) Véase también THAGARD, Paul, *Mind. Introduction to Cognitive Science*. Massachussets, MIT Press, 1996.

(18) Directamente el *homo ergaster*, si se supone que el *homo ergaster* se quedó en África y originó posteriormente el *homo sapiens sapiens*. Pero de igual manera, otros antecesores comunes, como el *homo erectus*, que sí salió de África y se dirigió a Asia, y también entró en Europa (donde se le denomina *homo heidelbergensis*) eventualmente desarrollaron igualmente complejas manadas o tropas, donde era menester diseñar sistemas de mando, organización y relaciones de cooperación o ayuda entre sus miembros. Existe más duda, con el *homo neandertalesis*. Pero en este último caso no hay prueba, ni a favor ni en contra de ninguna suposición acerca de la existencia del dolo en esta especie, lo anterior por eventual inexistencia de creatividad en esta especie, que pudiera generar una teoría de la mente. Véase CALVIN, William, *A brief History of the Mind. From Apes to Intellect and Beyond*, Oxford, University Press, 2004, p. 129.

sugerir que dicha intención surge hace aproximadamente 200.000 con nuestra especie, sino que tiene una fecha de nacimiento considerablemente mayor (1.4 millones de años mayor para ser exactos). Por lo que, el ser humano lleva más tiempo de ser “malo” de lo que comúnmente se cree.

Lo anterior se explica, por el hecho de que el *homo ergaster* y “heredadamente” el *homo sapiens sapiens* empiezan a afrontar una serie de problemas y necesidades mayores, a los “acostumbrados” debido a su constitución grupal. Se requieren diversas, complejas y sobre todo especiales interacciones sociales de cooperación, dominio y obediencia⁽¹⁹⁾ (intratropa) y competencia (intertropa)⁽²⁰⁾ para la supervivencia de la especie.

Se desarrollan pautas de comportamiento *exigidas* por su grupo o tropa. Y para ello “colabora” mucho el aumento de tamaño del órgano destinado para entender esas relaciones: un cerebro más grande.⁽²¹⁾ Con mayor capacidad cerebral, no solo se tienen nociones pre-semióticas⁽²²⁾ de las percepciones de los objetos, cosas o animales, sino también se conceptúa, categoriza⁽²³⁾ y memoriza más sectores importantes del

(19) GARDNER, Howard, Laskin Emma. *Mentes líderes*. Una anatomía del liderazgo. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998, p. 42-43 (traducido del original en inglés *Leading Minds. An Anatomy of Leadership*, Basic Books, 1995).

(20) ARCE ARENALES, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004. p. 55: “La supervivencia en nuestra especie es, fundamentalmente, la supervivencia de la tropa. Aún más: por encima de de cincuenta y cinco millones de años de evolución determinan una vida en sociedad para todos los primates. Entre todos los vertebrados, los mamíferos somos la clase social más evidente. Entre los mamíferos los primates constituimos el orden más necesariamente social, y entre los primates los homínidos hemos llegado a ser la familia social por excelencia. Pertenecer a una tropa es un imperativo ineluctable entre nosotros...”

(21) GLYNN Ian. *An Anatomy of Thought. The Origin and Machinery of the Mind*. New York, Oxford University Press. 1999, p. 48 y 50-51.

(22) ECO, Umberto. *Tratado General de Semiótica*, Barcelona, Editorial Lumen, 1977. También *Kant y el Ornitorrinco*, Barcelona, Editorial Lumen, 1997.

(23) SMITH, Edward E. Concepts and Categorization in *An Invitation to Cognitive Science*, edited by Daniel N. Osherson and Edward E. Smith, Massachusetts, MIT, Vol. 3, pp. 3-33.

mundo físico. Igualmente se re-crean nociones de la realidad y calculan o sopesan, las acciones o actos para la supervivencia de la tropa (caza, alimentación, protección, reproducción). Este desarrollo mental no sería posible sin un cerebro más grande y más aún sin un mecanismo o maquinaria genéticamente heredada como lo es lenguaje.⁽²⁴⁾

Como indica Luckmann:

“...La lengua, cualquier lengua histórica concreta, es, en esta cuestión, **significativa** no sólo a causa de esta función instrumental. Como se mostró en los análisis precedentes, el sopesamiento [cálculo] de proyectos tiene una “prehistoria”. En la vida de un hombre se conforman legajos especiales de intereses que actúan como motivos-porque de proyectos específicos y que se consolidan como disposiciones hacia posibilidades específicas de futuro. Muchos de tales “pre-sopesamientos” de proyectos pasan casi automáticamente a adaptarse a actos habituales. En las situaciones de actos problemáticos en que distintos proyectos entran en conflicto entre sí, pueden hacerse expresamente conscientes en aras del objetivo de una decisión. En la medida en que el sopesamiento ha sido **adherido lingüísticamente** –y como que mayormente proviene de situaciones de actos problemáticos propios de su tiempo, cosa que sucede muchísimas veces–, **será traído a la memoria bajo forma lingüística en la situación problemática actual**. Pero las formas lingüísticas no sólo contienen las fijaciones de un sopesamiento primitivo; también son apropiadas para despertar de nuevo el recuerdo de un interés vital en un determinado acto posible. Pues cada **lengua** contiene una **oferta previa** la valoración de experiencias y actos, que no es percibida por el hombre agente de ningún modo a distancia neutral como objetivos puramente instrumentales (la fijación en la memoria, el

(24) Véase “The Brain Basis of Syntactic Processes. Architecture, Ontogeny and Phylogeny” de Michael D. Patterson y Benjamin Martin Bly en *Cognitive Science* edited by BENJAMIN MARTIN BLY AND DAVID E. RUMELHART, California. Academic Press, 1999, pp. 289-292.

compartir, etc.), **sino que tiene una carga sentimental y predispone a la acción...** (negrilla no es del original).⁽²⁵⁾

Pero más aún, los individuos empiezan a tener ideas de sí mismos, ideas de los otros individuos que componen su grupo, y a disponer de pautas de comportamiento⁽²⁶⁾ del grupo (¿reglas?).

“...Las distintas sociedades disponen, como es evidente, de diferentes bagajes culturales sociales. Estos no sólo se diferencian por el contenido, sino –como es menos evidente– por la estructura, siendo más o menos constante y cambiables. Ello depende sobre todo del tipo general de la estructura social y del grado de diferenciación de sus instituciones... Lo que el concepto de “hombre socializado” quiere siempre decir se refiere en todo caso y sobre todo al modo y manera como el hombre actúa: el repertorio de sus actos debe en lo esencial extraerse del repertorio social de actos. Un adulto “normal” emplea medidas consolidadas histórico-vitalmente al elegir entre proyectos⁽²⁷⁾ concurrentes; la historia de su vida es una historia social (de otro modo no sería “normal” en el sentido de la visión predominante del mundo de su sociedad y de su época), y en ésta su “historia social propia” asume parte del repertorio social de actos. Pues es evidente que los

(25) LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1996, pp. 94-95 (Traducción de Francesc Ballesteros del original en alemán *Theorie des sozialen Handelns*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1992).

(26) “...por otro lado, si acaso un individuo se aparta apreciablemente de las normativas de asociación del grupo al cual pertenece, las consecuencias puede ser severas, yendo desde el rechazo o la burla hasta la separación total: el ostracismo de los antiguos, el destierro o la excomunión no son sino ejemplos “históricos” de una pena que en tiempos “prehistóricos” pudo haber representado casi siempre una sentencia de muerte...” Arce Arenales, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004. p. 56.

(27) Planes para actuar.

elementos del repertorio social de actos no se le ajustan al hombre incipientemente “normal” mediante una inyección. Más bien están propiciados por formas de relaciones sociales más o menos reguladas (padre/hijo, profesor/alumno, entre amigos, entre colegas, etc.) con mayor o menor éxito; atendiendo a paradigmas, castigos, premios, loanzas, órdenes, favores, explicaciones. En este sentido, **la lengua juega un rol mediatizador muy grande. Así se adquieren las escalas de valores, los cálculos sobre realizabilidad y las fórmulas de justificación en el almacén subjetivo de las experiencias intersubjetivas, de las experiencias de los actos de otros hombres (los cuales se entienden como “respuestas” a los actos de los otros hombres). Los impulsos originarios se transforman así en las tendencias a actuar (motivos-porque), las necesidades brutas en intereses explícitos sobre posibilidades concretas de futuro (motivos-para)...**⁽²⁸⁾ (negrilla no es del original).

Se puede perfectamente suponer la creación de una primitiva y rudimentaria *teoría de la mente*, que permita representar las imágenes⁽²⁹⁾ principales para todo proceso de premio o castigo, obediencia o desobediencia, ingenio y creatividad,⁽³⁰⁾ a saber:

(28) LUCKMANN, Thomas, *op. cit.*, p. 93.

(29) ARCE ARENALES, Manuel. *Visitas al desván*. San José. Editores Alambique, 2002, p. 159.

(30) “La idea clave en la concepción psicológica de la creatividad ha sido la del pensamiento divergente. En las medidas estándar, se considera a las personas inteligentes como convergentes –personas que dados algunos datos o un problema, pueden encontrar la respuesta correcta (o, por lo menos, la convencional). En cambio cuando se da un estímulo o problema, las personas creativas tienden a hacer asociaciones diferentes, algunas de las cuales, al menos, son peculiares y posiblemente únicas...” GARDNER, Howard. *Mentes creativas*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. 1995, p. 38 (traducido del original en inglés *Creating minds. An anatomy of Creativity*. Basic Books, 1993).

- a) La imagen de uno mismo.
- b) La imagen que los otros tiene de uno.
- c) La imagen que uno cree que los otros tienen de uno.
- d) La imagen que los otros creen que uno tienen de sí mismo.

Es decir, todo individuo podría representarse el cumplimiento de dichas pautas, tanto para sí mismo, como para los demás. Y a su vez, recursivamente cada individuo podría representarse la representación que tienen de uno los otros, y hasta los otros pueden representarse la representación que tiene uno de sí mismo de ese cumplimiento (o no) de pautas de comportamiento. Es decir, se pueden generar ideas sobre lo que se hace (o por qué lo hace), tanto por uno mismo, como por los demás. Y a su vez, se pueden generar ideas sobre lo que uno cree que los demás piensan, y también lo que los otros creen que uno piensa o hace.

Tal prototeoría de la mente,⁽³¹⁾ es absolutamente necesaria para entender las “comprensiones” y valoraciones que se hacen de las intenciones de los individuos. Ya que sin la existencia de ellas, no se podría generar ningún tipo de reproche.

Si un sujeto no tiene representación de lo que conoce, hace o quiere, no se le pueden señalar incumplimientos, culpas o responsabilidades. Aunque eso no pudiera ser conocido por los demás y prueba de ello fue como a lo largo de la historia muchos actos fueron considerados “malos”, sin conocer la ausencia de representaciones del sujeto de sus actos, por causa de enfermedades mentales u otros males. Se les castigaba como si “pensaran”.⁽³²⁾

(31) “He defendido el punto de vista de que una vez que los niños comprenden la función representacional de los estados mentales, su comprensión de la mente merece llamarse “teoría de la mente”, porque disponen de cierta explicación (mecanismo mental) de la relación funcional de los estados mentales en el mundo...” PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1994, pp. 268 y también pp. 254 a 263 (traducido del original en inglés *Understanding the representational mind*. Massachussets, MIT Press, 1991).

(32) En el peor de los casos, la evolución (o involución) mental humana ha sido la historia de cómo la representación mental de uno pueda ser compatible con la representación mental de los demás. Así el problema no es que un sujeto se le castigue “como” si pensara, sino más bien se le castiga porque no piensa como piensan los demás. Ejemplo de ello, Sócrates, La Inquisición, Galileo, Copérnico, Darwin, OMC, TLC, etc.

Históricamente este mecanismo de espejos, reflejos y proyecciones fue posiblemente el insipientemente utilizado para coordinar las relaciones *intra-tropa* como *inter-tropa*. Con ello el *homo ergaster* inicialmente, y el *homo sapiens sapiens* posteriormente, aprendieron a “leer la mente” de los demás miembros de su grupo. Ello obviamente es un mecanismo de *control* que brinda una [falsa] seguridad, tranquilidad y estabilidad tanto al organismo, como al grupo.

Con este conjunto de creencias y el mecanismo que las genera, se amplifica el conocimiento del mundo: se sabe **más** que lo que permiten “ver” u “oír” los sentidos. Se cree saber más y hasta saberlo *todo*. No solo sé lo que pienso, sino que sé lo que piensan los demás; y por ello puedo *esperar* que los otros (con lo que sé que piensan) actúen de la manera que creo y hasta que quiero. Inclusive se “sabe” lo que [supuestamente] creen que los demás de uno, y los otros a su vez creen saber que saben lo que yo creo de mí mismo.⁽³³⁾ ¡Y lo mejor de ello es acertar! Es como un niño esperando que el mago saque el conejo del sombrero.⁽³⁴⁾

Lamentablemente experimentaciones con *homo ergaster* actualmente son imposibles. Esta especie se extinguió hace aproximadamente 600.000 años, pero aún así se cree que estuvieron en el planeta alrededor de un millón de años. Tiempo posiblemente superior al que eventualmente dure nuestra especie, si continúa con el actual ritmo de “vida” [destrucción] que lleva.

2. *Homo sapiens sapiens*

En nuestra especie, es evidente la existencia del CID, dado que todos formamos parte de esta especie, y lo podemos atestiguar individualmente (por consenso intersubjetivo) al declarar honestamente que

(33) Para un interesantísimo texto sobre aplicaciones de lenguajes y meta-lenguajes en creencias y metacreencias ver SMULLYAN, Raimond, *Juegos por siempre misteriosos. Recorriendo los caminos abiertos por Gödel sobre la verdad y la probabilidad*, Barcelona, Gedisa editorial, 1995.

(34) Aunque no saca el conejo del sombrero sino de la manga del traje. Pero es como un acto de “magia”. El sentido mágico o místico de acertar, de jugar a adivinar. Una tendencia que subyace en todo espíritu creativo: asombrarse y asombrar a los demás.

en algún momento de la vida se ha tenido la intención de cometer una falta sea esta de índole moral, religiosa, legal, social, política,⁽³⁵⁾ etc.

Así el problema no es si existe esa intención en nuestra especie (como si es un problema imposible averiguar en el homo ergaster), sino más bien cómo se manifiesta. Es decir, ¿qué significa “delinquir”? ¿cómo se delinque?, ¿qué es delito o falta?

Efectivamente actos intencionales hay muchos, pero no es lo mismo el conocimiento y voluntad de dormir, comer, fumar o hacer el amor, a la intención de matar, violar, robar, dañar o estafar. Lo anterior, bajo nuestros propios y únicos parámetros mentales es “evidente”, dado que no tenemos otro cerebro u otra cabeza (eventualmente otra inteligencia) para analizarnos desde otra perspectiva que no sea nosotros mismos.⁽³⁶⁾ Eso actualmente no es posible.

De igual manera, sin entrar en consideraciones históricas, antropológicas, religiosas, culturales e inclusive ideológicas podemos “resumir”⁽³⁷⁾ el problema al mismo instrumento que nos brindó la capacidad de pensar más y mejor (o menos peor): el lenguaje.

(35) En cuanto a la política allí es difícil cometer alguna falta, dado que lo único incorrecto o malo en la política es perder.

(36) Véase DENNETT, Daniel, *La conciencia explicada*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995, p. 82-94 (traducido del original en inglés “Consciousness explained”, Little, Brown and Company, 1991) donde discute la posibilidad de la perspectiva de la tercera persona, el estudio de la actitud intencional y el método de la heterofenomenología.

(37) Lamentablemente no encuentro una expresión menos incómoda para trasladar el problema de la racionalidad de las creencias más que como un asunto acerca de la **fideliad de y hacia nuestro lenguaje**, ya que como bien señala NOZICK “...la racionalidad de una creencia está conectada con una densa red de razonamientos, evidencia y evaluación de evidencias en cadenas de enunciados que se solapan. La observación puede nutrir a esa red, pero a partir de cierto nivel de descripción el proceso es proposicional. Esto muestra que la racionalidad no es simplemente un tipo cualquiera de instrumentalidad. Requiere cierto tipo de instrumento, a saber: *razones y razonamientos*. Supongamos, pues, que un particular procedimiento es una vía fiable para llegar a una creencia verdadera. Si una acción o una creencia arrojada por tal procedimiento ha de ser racional, no sólo tiene el procedimiento que

“...es patente que cada lengua contiene formas (por ejemplo adjetivos) que son valorativas de por sí y que están montadas en escalas valorativas. Ya las divisiones del sopesamiento, longitud, peso, etc., que yacen antes de cada valoración y que parecen servir de unidades de medida neutrales, conllevan huellas de pre-sopesamiento (largo y corto, grande y pequeño, grueso y delgado). Tales pre-sopesamientos, no obstante, son captables bajo formas lingüísticas que están afinadas en el sector significativo del movimiento, gusto, olor, etc. (grosero, dulce, pestífero, insulso, amargo, fragante). La valoración es de lo más clara en las indicaciones sobre la intensidad de las impresiones y la corrección de la conducta (furioso, desenfadado, sereno, autocontrolado, etc.). Muchas lenguas brindan formas comparativas y superlativas como medio de ayuda para la valoración (bueno, mejor, óptimo; tonto, más tonto, tontísimo). Todos estos medios lingüísticos ayudan en la “calibración” de las disposiciones relevantes para el acto, no sólo para el recuerdo de las valoraciones mutuas sobre disposiciones emprendidas tiempo atrás...” Luckmann, Thomas. *Op. cit.*, p. 95.

En este sentido la noción de “delito”, “falta”, “infracción”, “culpa”, “pecado”, siempre estará supeditada a la interpretación cultural que le dé una sociedad concreta en un lugar y tiempo determinado.

Si bien este es un tema sumamente interesante de abordar, este trabajo no tiene esa finalidad ni estas pretensiones. El estudio del dolo desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva, no es el estudio de la

entrañar una red de razones y razonamiento, sino que esto debe explicar (en parte) por qué el razonamiento es fiable...” NOZICK, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995, p. 106 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés “The nature of rationality”, New Jersey, Princeton University Press, 1993). También RESCHER Nicolas, *La Racionalidad*. Madrid. Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993, p. 223 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés “Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason”, Oxford University Press, 1988).

diversidad o plasticidad⁽³⁸⁾ del *homo sapiens sapiens* para determinar, discernir y discriminar qué es lo bueno de lo malo, qué es lo correcto de lo incorrecto, o lo moral de lo inmoral, dado que inicialmente ellos son contenidos semánticos sujetos a las variables y construcciones histórico-políticas vigentes en un lugar y tiempo determinados para una tropa específica.⁽³⁹⁾

La finalidad de este trabajo va en otro sentido. Es analizar *heurísticamente* la viabilidad de las construcciones mentales que el mismo *homo sapiens sapiens* ha diseñado para determinar la existencia del CID, independientemente de las variables semánticas que tenga la palabra delinquir, o los contenidos culturalmente atribuidos a este proceder. Contestar preguntas relativas a: ¿cómo se puede saber el conocimiento que tiene el sujeto que delinque?, ¿cómo se sabe que el sujeto sabe que hace algo “malo”? ¿Bajo qué parámetros proyectamos y juzgamos las acciones de los otros? Estas preguntas trataremos de responderlas en las siguientes páginas.

¿Qué solución práctica se le ha dado a este inconveniente a lo largo de la historia? Veamos.

III. ANÁLISIS DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE CID A LO LARGO DE LA HISTORIA

1. Evolución de la conceptualización de CID

Obviamente no es lo mismo el CID que el *concepto* de CID.⁽⁴⁰⁾ Una cosa es la cosa, y otra el concepto de la cosa. Una cosa es una silla

(38) BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu editores, cuarta edición en español, 1976, p. 69 (Traducción de Silvia Zuleta de la edición en inglés “The Social Construction of Reality”, New York, Doubleday & Company Inc., no indica año de publicación).

(39) Por demás, este tipo de temáticas precisamente forma el “grueso” de toda la literatura y bibliografía que diversas áreas del conocimiento enfocan desde múltiples perspectivas: el derecho, la historia, la sociología, la antropología, etc.

(40) “...Permítasenos primero discutir este punto del argumento: que una palabra no tiene significado si nada le corresponde a ella. Es importante

y otra el *concepto* de “silla”. Por lo mismo, es distinto el dolo (como comportamiento y voluntad reales) del concepto de dolo. Por lo anterior, es difícil, sino imposible determinar históricamente sobre la existencia de CID concretos, si precisamente ellas existieron en mentes humanas concretas que ya no existen.

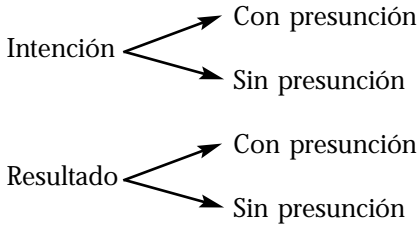
Época	Conceptuación	CID
200.000 años a 1792 a.C.	Sin datos	Sin datos
Código de Hamurabi	La responsabilidad se define por el resultado	No se presume ⁽⁴²⁾
Ley Mosaica o Torá ⁽⁴³⁾	La responsabilidad se define por el resultado	No se presume ⁽⁴⁴⁾
Derecho romano	La responsabilidad se define por la intención , sin que para ello se produjera el resultado	Se presume ⁽⁴⁵⁾
Derecho germánico	La responsabilidad se define a partir del resultado producido	Se presume
Derecho canónico	Se castiga la intención o voluntad mala y no el resultado	No se presume ⁽⁴⁶⁾
Siglo XVI e inicio del s. XIX	Si <i>habría debido prever</i> las consecuencias de su acción se castiga la intención	Se presume ⁽⁴⁷⁾
Siglo XIX e inicio del s. XIX	La responsabilidad se define a partir del resultado producido	Se presume ⁽⁴⁸⁾
Actualidad ⁽⁴⁹⁾	La responsabilidad se define por la conjunción de CID y el resultado	No se presume ⁽⁵⁰⁾

notar que la palabra “significado” ha sido usada ilícitamente si es usada para significar la cosa que le “corresponde” a la palabra. Esto es confundir el significado de un nombre con el portador del nombre. Cuando el “Sr. N.N.” muere, se dice que el portador del nombre murió, no que el significado murió. Y afirmar que el significado muere con la cosa que le “corresponde” puede ser un sinsentido, si el nombre cesa al morir su significado –la cosa– no podríamos decir que “Sr. N.N.” está muerto...” WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Cambridge, The Macmillan Company, 1953, p. 20 párrafo 40.

De lo que podemos tener referencia, es como los diversos sistemas de “organización social” trataron de conceptualizar este proceso. Por lo cual, con el siguiente cuadro comparativo observaremos algunas nociones que tomaron en cuenta para determinar la existencia del CID, a partir de las conceptualizaciones previas que se estipularon en diversos períodos.⁽⁴¹⁾

-
- (41) Cuadro que sintetiza los señalamientos de GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco, *El dolo*, San José, Editorial Juritexto, 1999.
 - (42) Varias de las aproximadamente 300 leyes hacen expresa referencia a la necesidad de pruebas. Inclusive una de ellas señala lo siguiente: “Si un señor acusa a (otro) señor y presenta contra él denuncia de homicidio, pero no la puede probar, su acusador será castigado con la muerte.”
 - (43) Quinto libro del Pentateuco (de los 73 que forman La Biblia) para la tradición judeo-cristiana occidental.
 - (44) Por referencias como las siguientes: *Deuteronomio, capítulo 17, versículo 6*: “No se podrá ejecutar al reo de muerte más que por la declaración de dos o tres testigos; nadie será condenado a muerte por la declaración de un solo testigo.” Y más adelante en el *capítulo 19, versículo 15*: “Un solo testigo no basta para probar la culpabilidad de un hombre en cualquier clase de falta o delito que sea. La sentencia se apoyará en la declaración de dos o tres testigos, cualquiera que sea el delito.” Según se cree data de aproximadamente 1200 años antes de Cristo, donde inicialmente los procesos eran orales y luego escritos.
 - (45) Se castiga como homicida a quien con intención de robar, lleva consigo un arma capaz de producir la muerte, sin que sea excusa del delincuente que diga que era para infundir temor.
 - (46) Por ello la infinidad de juicios para obtener una confesión del infiel, hereje o pecador.
 - (47) Por interpretación y estudios de los glosadores y postglosadores italianos de los textos romanos, se vuelve al mecanismo romano.
 - (48) Por estudios de autores alemanes entre ellos Feuerbach, se vuelve al sistema germano.
 - (49) Respecto a sistemas euro-occidentales. Se desconoce normativa china, musulmana, africana.
 - (50) La no presunción del CID, en realidad no es tan cierta, como veremos posteriormente.

Así históricamente se observa que se han utilizado todas las combinaciones posibles:



Del anterior esbozo histórico, se pueden ver algunas circunstancias paradójicas, como las siguientes:

- a) Se puede decir que al inicio de los inicios de nuestra especie es completamente desconocido, el proceder sobre la importancia o no, del CID, para la posibilidad de juzgar a no a sus miembros. Es evidente que en un grupo donde la cooperación intratropa y la competencia intertropas (aparte de la organización jerárquica posiblemente existente), actos como el egoísmo, la traición, la desobediencia al líder, fueron el primer tipo de faltas surgidas (y también pensadas) por el homo sapiens sapiens. No se sabe si desde el inicio del surgimiento de la especie o bien mediante una evolución “cultural” posterior, se consideró necesario hacer procesos para juzgar dichas faltas; ni se sabe tampoco qué tipo de prueba se establecía para determinar la existencia del CID en el sujeto. Lo anterior tal vez, como una división del trabajo, dado que las tropas iban en creciente aumento.

- b) Lo que bien se empieza a observar, es que es hasta muy tarde en la historia, y en las primeras codificaciones que se tiene conocimiento, si se establecieron algunos mecanismo primitivos de juzgamiento, donde en particular, se solicitaba la prueba del CID. Lo anterior, es un evidente avance conceptual y hasta mental sobre la existencia y realidad de los hechos y eventos. Dado que si bien, tanto en esa época como ahora, un testigo puede mentir, era necesario probarlo.⁽⁵¹⁾ Posiblemente producto del espíritu racionalizador que ha caracterizado a esta especie.⁽⁵²⁾

(51) Sobre el particular véase el excelente ensayo de ARCE ARENALES, Manuel, “Recomendación, chisme, referencia, reputación”, en *De Leguas*

- c) Creo que este mismo espíritu “racionalizador”,⁽⁵³⁾ en exceso (considero yo) fue el que trató de imperar en los derechos *romano* y *germano*, al presuponer ellos, ciertas intenciones o eventuales actuaciones de sus miembros, en la realidad. Lo anterior, tal vez, tenía la finalidad de poder sobre-controlar u anticipar sus actos. Lo que da pie, eventualmente a crasos errores de interpretación, como puede ser que simples actos de preparación para cometer una falta, también pudieran ser actos sin ninguna intención ni finalidad, pero ambos igualmente “malos” eran punibles; o bien la idea reinante sobre el delincuente habitual o reincidente: “si lo hizo una vez, lo va a volver a hacer”. Típicos esquemas estigmatizadores de los individuos.
- d) En particular con el derecho germano, se da una doble circunstancia: se puede pensar que la idea de presuponer la existencia del CID, efectivamente surja de la idea correcta sobre la imposibilidad de conocer correcta y completamente las mentes ajenas. Por ello, se instaura su presuposición, ante la existencia de una acción específica. Pero la segunda situación vista, es que dicha imposibilidad instauró en este derecho, la idea de obligar al individuo a probar la no intención o responsabilidad del hecho. Es decir, se presume culpable hasta que demuestre su inocencia. La cual es una situación muy apremiante para el inculpado, dado que si no tiene medios para probar su inocencia, se le considera culpable. Aquí, por ende, no importa ni interesa lo que pensó el sujeto, sino si tiene pruebas para probar que no fue.

y minutos, San Jose, Editores Alambique, 2004, p. 33-38, donde bien señala: “Tres son las fuentes con las cuales los seres humanos construyen su imagen del mundo: el testimonio de sus sentidos, las arquitecturas lógicas dictadas por su razón y la información recabada o absorbida de otros humanos. De estas tres, con mucho, la más importante tanto por la latitud como por la profundidad de su incidencia es la última...”

- (52) Bueno, por lo menos, a algunos de sus miembros.
- (53) Es la tendencia a sobreestimar las funciones de la mente y sus resultados, como la adivinación (buena o mala de lo que va a pasar), la anticipación de los eventos, la sagacidad de presuponer mediante indicios lo que pasó o pasará, y otras ideas creadas o recreadas por la misma mente en conjunción con el lenguaje y hasta la inteligencia maquiavélica.

- e) Otro caso paradójico, y también extremo se observó con el Derecho canónico, donde para atribuir la responsabilidad era la intención, pero **no** se presuponía su existencia. Por lo que era menester, obtener una confesión para probarla fehacientemente. Los claros excesos en los mecanismos de obtención de esta intención son conocidos por todos, y los grandes yerros también cometidos: por los sufrimientos se obtenían confesiones de inocentes. Es paradójico este caso, porque realistamente hablando, el proceder del derecho canónico, si bien a veces brutal y despiadado, era técnicamente correcto. Lo relevante es el CID, pero no se presupone, sino que hay que verificarlo. El problema fue la forma de su verificación.
- f) Y posteriormente, desde el siglo XVI hasta el siglo veinte (por aproximadamente 500 años) se retomaron los esquemas anteriores: el romano y el germano. Por lo que las concepciones oscilan como el péndulo de un reloj: primero en buscar el objeto de interés: la intención o el resultado. Y segundo entre presuponer su existencia o no.
- g) Estas oscilaciones, casi puedo asegurar, no han tenido una justificación psicológica o eventualmente científica (más por las mismas épocas de surgimiento), sino por políticas procesales de los abogados: se escoge uno u otro sistema, por el facilismo probatorio de las responsabilidades.⁽⁵⁴⁾

2. Análisis de las opciones históricamente sugeridas

Como se aprecia históricamente, el ser humano ha barajado prácticamente todas las posibles combinaciones en la búsqueda del CID. Le ha dado relevancia a la intención y la ha presupuesto o bien ha solicitado su prueba. Igualmente le ha otorgado primacía al resultado, y de la misma manera ha presupuesto la existencia del CID, como bien lo ha solicitado probar expresamente.

(54) Un evidente principio de economía en ambos casos: a) presuponer la intención facilita atribuir la responsabilidad dado que basta tener objetos u hacer actos “dudosos” para tener un culpable, b) ante un resultado, presuponer el CID, delega el trabajo probatorio al inculpado, y el juez o jueza simplemente se limitan a oír las justificaciones o excusas, no tienen que buscar ninguna prueba para inculpar.

De igual manera los mismos sistemas, se han vuelto a repetir, una y otra vez, sin que se haya determinado el mecanismo correcto o adecuado para determinar la existencia del CID. ¿O bien será que tal vez, no exista un mecanismo correcto? Analicemos cada una de esas posibilidades.

Lo que primeramente destaca de esta pequeña y sucinta revisión,⁽⁵⁵⁾ es que siempre se hizo necesario “saber” (o creer que se sabía) lo que pensaba la persona infractora. Pero en la práctica, este tipo de conocimiento y su verdad o correspondencia con la realidad, no siempre fue decisivo para la decisión. Bien se aprecia ello, en los casos donde, por ejemplo, se presume el CID: como el derecho romano y el germano. Allí no había interés real o sincero de saber si hubo CID o bien si hubo una confusión, falsa creencia o fue un simple error. Lo que da pie a excesos en las creencias de las personas sobre un sujeto específico: sea bien para considerarlo culpable de un hecho que ni aún había empezado a cometer; o bien para considerarlo peligroso por sí mismo. Creencias adicionales formuladas y agregadas complementariamente a las ideas básicas que se puede tener sobre dicha persona.

Pero también, se aprecia que los sistemas donde no se presume el CID, su búsqueda se puede tornar extrema, como en el Derecho canónico, o bien absolutamente estéril,⁽⁵⁶⁾ en situaciones donde bien puede falsearse la verdad (¿lo mató en legítima defensa o no?, ¿cómo saberlo?), o hasta donde el CID reales sean ignorados por las otras personas.

Revisemos brevemente algunas de estas consecuencias.

a) Intención presupuesta sin resultado

Cuando se presupone la intención, cualquier acción considerada dudosa, da pie para la creencia sobre la existencia del CID. Ello crea una situación de “hiper⁽⁵⁷⁾-peligrosidad”, de gran sobre-aviso y un

(55) Por demás, evidentemente muy sesgada, dado que no se analizan otras culturas no eurooccidentales, como la china, la musulmana, las aborígenes americanas.

(56) Y como veremos más adelante, hasta completamente alejada de la realidad. Precisamente la pregunta clave es ¿la realidad de quién: el infractor o el juzgador?

(57) Amplificación tanto en la cantidad como en la calidad.

“siempre en alerta” tanto del sujeto eventualmente infractor, para evitar dar malas señales, como de las demás personas atendiendo conspicuamente cualquier (énfasis en esta última palabra) comportamiento.

Sus imágenes, representaciones y teorías de la mente, trabajan sobre estimulados ya que reaccionan ante cualquier mero indicio, y alienta las más disparatadas suposiciones y sospechas. Sobrecarga una visión de la realidad con estigmas sin fundamento y hasta falsas creencias de las personas. Casi se puede decir que reina el axioma de “Todas las personas son malas por naturaleza”, y hay que cuidarse de ellas.

Este caso particular de hiper-creencias, como señalé anteriormente, creo que es producto de un exceso en la tendencia abductiva y conjetural del ser humano, al tratar de maximizar el funcionamiento simbólico de cualquier acto. Por el peligro que siempre representa el otro, el mecanismo facilita su control, ya que el sujeto que no quiere ser infractor, pretenderá cuidarse de alzar sospechas infundadas. Se vive siempre en un peligro latente de ser considerado culpable, si no se restringen de manera considerable las acciones y hasta pensamientos del sujeto.

b) Intención no presupuesta sin resultado

Este sistema es aparentemente el más realista, ya que parte de la imposibilidad de conocer directamente el CID del sujeto, pero por esa misma idea, es también el más cruel y hasta grotesco, ya que se debe someter a examen y extracción ese conocimiento. Lo cual eventualmente puede ser posible obtenerlo, siempre y cuando exista. Pero qué pasa si no existe. ¿Cómo se verifica la no existencia de algo? ¿Cuándo se tiene por acabado el examen? ¿Cuándo se sabe que no hay nada? Tal y como lo practicó el Derecho canónico, a ambos tipos de personas (infractores o no) se les hacía sufrir los mecanismos para obtener el CID. Y como se indicó, a veces, por librarse de la penuria y los dolores se “creaba” esa intención, como medio liberador de la tortura. Efectivamente no se puede presuponer la intención. El asunto es, más bien, ¿cómo obtenerla?

c) Resultado con presuposición de CID

Este sistema aplicado en el derecho germánico y trasladado posteriormente a varias legislaciones, entre ellas la nuestra hasta 1941,

establecía que ante un resultado delictivo, el CID se presume. Esta concepción lo que hace es obviar el problema de la existencia real o no del CID. Lo que le interesa es la creencia contraria, es decir, el no CID.

Si la persona no sabía o no quería cometer la falta, que lo pruebe. Este sistema se dice que obvia y traslada el problema, por lo siguiente: si se cree que ante un hecho delictivo, presupone CID, esta concepción está precisamente creyendo que existe CID. Si ello fuera así, es decir, si cree apriorísticamente que existió, no debería solicitar prueba en contra de su existencia, ya que justamente de antemano cree en su existencia. Si se cree de antemano, no hay manera de cambiar esa creencia, a menos que realmente no se crea absolutamente en esa presunción. Es como decir que “creo en los triángulos, pero demuéstreme que no creo en los triángulos”. Es una contradicción.

Si se fuera estrictamente consecuente, para qué demostrar la inocencia, si ella no tiene cabida. Es como un asiento de un bus: pueden sentarse dos personas, Sr. Inocente o la Sra. Culpable, pero no los dos al mismo tiempo. Si se sentó la Sra. Culpable, ya el señor Inocente no puede ocupar ese lugar.

La única manera de entender esta concepción de modo sensato es considerar que la presunción no es absoluta, sino relativa o condicionada. Es decir, que la Sra. Culpable se sienta en el asiento mental, mientras no aparezca el Sr. Inocente. Pero con ello también deviene otra consecuencia: la existencia de CID también es condicionada. Esto quiere decir, que no es seguro que exista el CID, y precisamente se confirma esta incerteza con la prueba de inocencia.

El problema cognitivo surge cuando, no aparece el Sr. Inocencia. ¿Cómo y por qué la inseguridad de la existencia de CID, se vuelve certeza absoluta, por otra inexistencia: imposibilidad de ofrecer prueba liberadora de responsabilidad? Una incerteza se transforma en cierta, no por la prueba directa de su existencia, sino por la NO prueba de lo contrario. Evidente falacia de ignorancia: como se ignora prueba liberadora, por ende es culpable.

Nada tiene que ver la existencia o no de un estado mental, con la existencia contingente y aún permanencia de medios de prueba (testigos, documentos, facturas perdidas). Y más aún, que esa contingencia material y externa al sujeto, determine la existencia interna del estado mental.

Son evidentes en este caso también las consecuencias nefastas para el individuo, si no logra obtener testigos, peritos, documentos, exámenes u otro medio de prueba: será condenado, no por tener CID, sino por no ser hábil para encontrar prueba. Y lo inverso también acontece: el sujeto que tuvo el CID, provocó el resultado, pero fue hábil falseado la prueba, saldrá libre.

Por lo que otra paradoja aparece: la supuesta creencia de presumir el CID, aunque se vea como la más exigente para el sujeto, es en realidad, la más fácil de burlar. No le prueban su CID, pero eso significa que:

- Para el sujeto con CID, le da más opción de enfocarse en la falsificación de prueba.
- Para el sujeto sin CID, lo obliga a lo imposible, demostrar algo que no existe.

d) Resultado sin presuposición de CID

Este último sistema, fue posiblemente usado al inicio de las codificaciones de las faltas, y actualmente es uno de los que impera en muchas legislaciones eurooccidentales. Parece ser que es el mecanismo al cual se retornó, después de observar las ineficiencias de los anteriores. Ello no quiere decir, que sea el más bueno o el mejor. Todo lo contrario, es el menos peor.

Ante un resultado delictivo, hay que probar además que el sujeto tenía CID. Esto en la práctica se transforma en una serie de “no”, para conjeturar que existía CID. Así se empieza que “no estaba en estado de incapacidad”, “no estaba borracho”, “no estaba dormido”, “no es analfabeto”, “no desconocía la ley”, “no se estaba defendiendo”, “no fue un error” etc., etc., etc.; con lo cual se puede afirmar que “estaba en plenas capacidades”, “estaba sobrio”, “estaba despierto”, “sabía leer y escribir”, “conocía la ley”, “estaba agrediendo”, “jamás se equivocó”, para indicar que tenía conocimiento de lo que hacía. Y con ello, luego los actos externos le demuestran la voluntad de hacerlo.

En este sistema de igual manera el sujeto puede (si quiere) probar que no tuvo CID. Que lo que aconteció fue un error, o una necesidad, o una justificación legal que ameritó provocar el resultado, pero que no fue CID.

En realidad, con estas inferencias no se está conociendo directamente el CID, sino que se hace una representación o recreación de lo que pudo saber o pensar el sujeto.⁽⁵⁸⁾ Se efectúa un conocimiento indirecto. Pero ¿es posible conocerlo directamente?, y sobre todo, ¿qué tan confiable es?

IV. ANÁLISIS COGNOSCITIVO DEL CID

1. Prolegómenos conceptuales: saber, creer, conocimiento

Es menester para continuar de modo preciso con el estudio del CVD detenerse brevemente en un punto semántico importante: ¿qué es conocimiento?, ¿qué significa saber?, ¿qué significa creer algo?⁽⁵⁹⁾ Pondré un ejemplo:

Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje. Al frente de su casa, está la casa de su vecino donde tienen amarrado un hermoso perro. Ana ve el perro y observa que empieza a mordisquear su correa hasta rasgarla y una vez rota, el perro sale corriendo para otro lugar.

Mi mismo caso: Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje, cuando de pronto ve al perro de su vecino pasar al frente de su casa con la correa amarrada a su cuello.

En el primer caso: Ana ¿cree que el perro se soltó o sabe que el perro se soltó? La respuesta sería que Ana sabe que se soltó. Sería extraño si ella manifestara que cree que el perro se soltó.

(58) Al respecto véase también Denett, Daniel, "True Believers: The Intentional Strategy and Why It Works" en ROSENTAL, David. *The Nature of Mind*. New York, Oxford University Press, 1991, pp. 339-353. En español, DENNETT, David, *La actitud intencional*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1998 (traducido del original en inglés *The Intentional Stance*, Massachusetts, MIT Press, 1987).

(59) Para un estudio más técnico y pormenorizado, que el presentado aquí véase DANCY, Jonathan, *Introducción a la epistemología contemporánea*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1993. También HINTIKKA Jaakko. *Saber y creer. Una introducción a la lógica de las dos nociones*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1979 (traducido del original en inglés "Knowledge and belief", Cornell University, 1962).

En el segundo caso: Ana ¿sabe que el perro se soltó o cree que el perro se soltó solo? La respuesta sería que cree que se soltó. Seriamente no podría ella afirmar que *sabe* que el perro se soltó.

En el primero sabe porque lo vio. En el segundo no lo vio, por eso no sabe, pero si puede creerlo, aunque pudo soltarse de otra manera (su dueño lo soltó).

En el saber hay una “certeza”, en la creencia hay una probabilidad. Ambas generan conocimiento, solo que de cierto tipo distinto. Con un grado mayor o menor de seguridad. Uno genera un conocimiento verdadero y justificado. El otro un conocimiento probable. Es decir, hay un grado y una intensidad de la certeza de ese conocimiento (y hasta del conocimiento mismo, que puede ser total o parcial, correcto o falseado, percibido, soñado, imaginado o esta inventado) que influye notoriamente en una sabiduría de una creencia.

Sin querer nuevamente entrar en detalles en temáticas que abarca bibliotecas enteras, como en este caso, está sencilla distinción nos permitirá tratar de entender el CID que puede o debe tener un sujeto. ¿Qué tipo de conocimiento tiene un sujeto que va a cometer una falta? ¿Conocimiento de qué: de los medios, los fines, la acción?

2. El CID del sujeto infractor

Por ejemplo, Juan es químico especialista en hidróxido de potasio (potasa cáustica) y le da de tomar hidróxido de potasio a una persona. Esa persona muere.

Otro caso. Marco es un niño de 5 años y le da de tomar “burbujitas” (potasa) a su papá. Su papá muere.

¿Qué tipo de conocimiento supuestamente tiene Juan sobre la potasa y que conocimiento tiene Marco? Es casi un hecho que Juan sabe y sabe mucho más que muchas personas, por su propia profesión. Mientras que Marcos, no sabe mucho o nada sobre el KOH. ¿El tipo, grado e intensidad del conocimiento repercute en la valoración? Evidentemente sí. Aquí es menester volver al cuadro inicial de este trabajo para ir ponderar los diversos tipos de conocimiento y “querencias”.

Tipo de conocimiento

Tipo de voluntad

Dolo en primer grado

Saber el resultado

Querer el resultado

Dolo en segundo grado

Saber el resultado

Aceptar el resultado

Dolo eventual

Crear el resultado

Aceptar el resultado

Culpa consciente

Crear el resultado

No aceptar el resultado

Culpa inconsciente

No saber, ni creer el resultado

No aceptar el resultado

(pero existió una imprudencia, una negligencia o una impericia del sujeto)

Accidente

No sabe, ni cree, el resultado

No aceptar el resultado

(pero no hay negligencia, ni imprudencia, ni impericia del sujeto)

Aquí se da otra curiosidad metodológica, ya que si bien se puede tratar de especular que tipo de conocimiento es necesario para determinar el CID de un sujeto, y efectivamente alegar en las disputas por sanciones, qué tipo de conocimiento realmente se tenía o no (por ejemplo, “*Yo no sabía que fumar marihuana es prohibido*”), lo relevante en una tropa determinada, es que la otra persona que lo juzga supuestamente sepa que tipo de conocimiento tuvo el infractor a efectos de determinar una falta o delito.⁽⁶⁰⁾

(60) Este tipo de conocimiento sí es relevante en las relaciones inter-tropas, como cuando se analizan los casos de aborígenes de Talamanca que desconocen, algunas pautas de comportamiento de la “sociedad costarricense”. O bien, cuando vienen miembros de pueblos extranjeros que por su formación y conformación cultural, desconocen (e inversamente desconocemos) sus creencias y comportamientos. Ello no excluye para nosotros la falta, pero sí disminuye considerablemente su reproche. En

Así el problema se traslada, no a la averiguación directa del tipo de conocimiento o voluntad, sino a determinar el tipo de conocimiento que tienen los sujetos sobre el CID del infractor. En resumen: actualmente lo importante es si los otros lo creen culpable o inocente, sin importar si el mismo infractor se cree o sabe que es culpable o no.⁽⁶¹⁾

3. El conocimiento del CID de un individuo. Conocer el conocimiento (y la voluntad) del otro

Churchland plantea muy bien el problema:

“...¿cómo puede alguien justificar su creencia en que las generalizaciones psicoconductuales correspondientes valen también para otras criaturas, cuando todo lo que es posible observar es sólo la mitad de la presunta conexión: la conducta de la criatura? Los estados mentales de la criatura, si efectivamente los tiene, sólo son observables directamente por ella misma. No los podemos observar. Y tampoco tenemos ninguna posibilidad de conseguir el apoyo empírico necesario. Evidentemente, entonces, no podemos tener ninguna justificación para

otros casos inclusive excusa y justifica su actuar, dado que “no sabía realmente” lo que hacía. Todo depende del otro simio que lo esté evaluando. Y aquí es precisamente donde radica el punto central de este trabajo.

- (61) Antiguamente por ello era importantísimo “sacarle” de alguna manera la confesión al reo, dado que era la forma por la cual, de forma directa, se podía saber si quiso hacerlo o no. Y para ello se diseñaron los más sofisticados mecanismos expiatorios, que casi literalmente exprimían al sujeto. De igual manera no hay que obviar los sentimientos de culpa que también podían desarrollarse dado que arcaicamente es muy posible suponer la **indefinición** de las faltas en sus diversos tipos y estratos (una masa indisoluble de aspectos grupales, con magia, derecho, moral, política y religión, que generaban remordimientos, y necesidades de castigo propios del infractor (“castígueme porque he pecado”) por miedo a perder la aceptación de la tropa, perder el amor del padre, o proyectivamente perder el afecto del líder del grupo, o la autoridad. Para un interesante enfoque sobre el surgimiento del sentimiento de culpa ver FREUD, Sigmund, *El malestar de la cultura*, México, Alianza Editorial Mexicana, 1989, pp. 64-74.

creer en esas generalizaciones psicoconductuales. Y en consecuencia, no podemos tener ninguna justificación para hacer inferencias acerca de la conducta de otra criatura, acerca de que posee estados mentales. Y esto equivale a decir que ¡no podemos tener ninguna justificación para creer que alguna otra criatura, salvo uno mismo, posea estados mentales!...”⁽⁶²⁾

¿Es posible conocer el CID de una persona de modo directo?

Como aclara Schütz:

“...Por lo tanto, el postulado de que puedo observar las vivencias de otra persona exactamente de la misma manera en que es persona lo hace, es absurdo, pues presupone que yo mismo he vivido todos los estados conscientes y los actos intencionales dentro de los cuales se constituyó esa experiencia. Pero eso solo podría suceder dentro de mi propio vivir y en mis propios actos de atención a mi vivir. Y esas vivencias mías tendrían entonces que duplicar las del otro hasta sus mínimos detalles, incluidas las impresiones, sus zonas circundantes de protensión y retensión, los actos reflexivos, las fantasías, etcétera. Pero aún hay más: yo tendría que ser capaz de recordar todas las vivencias del otro y, por lo tanto, de haber vivido esas vivencias en el mismo orden en que él lo hizo; y finalmente debería haberle otorgado exactamente el mismo grado de atención que él les acordó. En síntesis, mi corriente de conciencia tendría que coincidir con la del otro, lo cual equivale a decir que yo tendría que ser la otra persona...al estar constituido dentro de la corriente única de conciencia de cada individuo, *es esencialmente inaccesible a todos los demás individuos*”.⁽⁶³⁾

(62) CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1999, p. 108 (traducido del original en inglés “Matter and Consciousness”, Massachusetts, MIT Press, 1988).

(63) SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*. Barcelona, Editorial Paidós, 1993, p. 129.

No existe una forma directa de conocer las mentes de los otros individuos. Lo anterior, no quiere decir que no puedan existir comunicaciones o relaciones entre los individuos precisamente para conocer sus creencias, deseos, expectativas, sino todo lo contrario: es necesario para la supervivencia de una tropa es que la mente establezca precisamente instrumentos (el lenguaje) y condiciones mínimas e indispensables para establecer una relación comunicativa con los otros miembros de la tropa, como son:⁽⁶⁴⁾

- a) Una recíproca atención.
- b) Una sincronización de las corrientes de consciencia de lo sujetos.
- c) Una reciprocidad de perspectivas, motivos.
- d) Una concordancia de sistemas de relevancia o preferencias.

Con estas condiciones, y el poderosísimo cerebro brindando la información y los instrumentos necesarios para realizar estos estados mentales (percepción, consciencia, memoria, lenguaje, emociones), es como se puede entablar esta relación. En este tipo de relación (denominadas “cara a cara”) la expresión misma del sujeto es “fiel” reflejo de lo que piensa (si está interrelación es honesta). Y si bien, en ese caso siempre se mantiene *el principio de la imposibilidad de acceso* a la mente del otro, la interpretación de su lenguaje y las manifestaciones expresas del sujeto nos permiten representarnos qué quiere, qué piensa o qué sabe, o bien, qué no quiere, no piensa o no sabe.⁽⁶⁵⁾

El inconveniente surge cuando no se puede o no se quiere tener esas relaciones “cara a cara”, en las cuáles nunca se dispone de la

(64) LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social...* Op. cit., p. 120.

(65) Por eso la mayoría de los sistemas de administración de justicia donde se discuten bienes importantes como la vida, sus actos son orales. La recepción de los testigos es oral. Aunque sobre este punto es demoledor el texto de Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, Editoria Losada, 1953, que explica contundentemente cómo el mecanismo de averiguación de la verdad en un sistema judicial está plagado de defectos y hacen contracentífico dicha búsqueda. Sobre este punto regresaremos posteriormente en este trabajo. Pero igualmente, las evaluaciones pedagógicas que se lleven a cabo en la enseñanza primera, secundaria o universitaria, de manera oral, cumplen su máxima eficacia si se realizan de modo “cara a cara”. Así se sabe si el otro sabe o no sabe.

información suficiente o verdadera⁽⁶⁶⁾ para establecer la existencia de CID.⁽⁶⁷⁾

¿Cómo se procede en este caso? Parece necesario admitir que se juzga a las personas por las intenciones que uno **cree**⁽⁶⁸⁾ que tuvo la persona en ese momento, si en primera instancia no se dispone de la información que nos brinde las intenciones del propio autor.

(66) Véase GOLEMAN, Daniel. *La Psicología del autoengaño*. Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1997, p. 292 (traducido del original en inglés "Vital lies, simple truths", 1985): "Existe un impulso casi gravitatorio que tiende a alejar de la mente las realidades desagradables. Nuestra capacidad colectiva para enfrentar hechos dolorosos no es mayor que la individual. Nos desconectamos, nos apartamos, eludimos la realidad, y finalmente olvidamos, y olvidamos que hemos olvidado. Una laguna mental oculta la dura realidad..."

(67) No se puede obviar que ella se puede falsear, y hasta sea absolutamente necesario para la supervivencia falsearla. En este sentido los desarrollos en la Inteligencia Maquiavélica pueden dar una pertinente referencia y explicación de esta situación.

(68) En este punto es importante hacer una importante digresión: en la administración de justicia, más que en cualquier otro tipo de instancias sociales, es donde más claramente se observa el uso necesario de la creencia y no de la sabiduría (conocimiento certero) de un caso. Primeramente, se ve en la persona que averigua los hechos, que es el juez. El juez o jueza no puede ni debe conocer directamente los hechos. Por el contrario, le está prohibido saber los hechos del caso, dado que si sabe que paso, debe fungir en realidad como un testigo y no como un juez; y porque ese saber (que cualquiera pensaría que es hasta mejor) perjudica su posición de persona imparcial, objetiva y neutral. Por lo que en realidad la pertinencia de la verdad se ve aquí menguada por un criterio de recto proceder. Pero entonces qué es más importante aquí ¿la verdad o la correctitud? En este sentido, el juez o jueza precisamente deben actuar como sujetos a-científicos: no conocer ni saber directamente los hechos, sino que se los den por referencia. Segundo, las referencias que usa un juez o jueza son conocimiento de segundo orden: el juez sabe lo que le dicen, pero no sabe si eso es cierto o no. Un testigo puede mentir y aún así el juez le cree. El juez o jueza no tiene conocimiento directo (porque no revisa directamente las experiencias ni la memoria del testigo), sino que revisa lo que le dicen, pudiendo ser esto cierto o falso, total o parcial, disminuido o amplificado, de diversos grados e intensidades, e inclusive lo que es científicamente peor, re-creado, inventado, modificado, perturbado y hasta olvidado. La memoria

“...En las acciones de todos los días, se **espera** que el individuo reconozca la situación social en que se encuentra y que sea capaz de juzgar sus acciones desde la perspectiva de la persona ofendida. Por ello, cuando un individuo actúa en lo social, se **espera** de él que valore correctamente la situación y que adecue y valore sus comportamientos a las perspectivas de los demás. “Los demás” pueden ser individuos concretos o un “otro” general, en aquellos valores que la sociedad considera dignos de protección y que solamente de manera mediata se acoplan con un individuo concreto. Cuando las acciones de alguien chocan con la *reciprocidad de las perspectivas* que requieren las acciones sociales de todos los días, es valorado negativamente, porque no vio, no fue capaz de ver, las perspectivas de las acciones sociales y si actuó intencionalmente, demuestra con sus acciones y por la orientación de su conducta, **que los demás no le interesan...**”⁽⁶⁹⁾ (negrilla no es del original).

Ese conocimiento es importante para establecer los diversos grados de responsabilidad legal. El juzgamiento de un homo sapiens sapiens adulto se efectúa por una **analogía o auto-interpretación** institucionalizada. A uno lo juzgan por las intenciones, que las otras personas creen que uno tuvo en ese momento y realmente no por las propias.⁽⁷⁰⁾

no es una cosa inmóvil y estable, precisamente es todo lo contrario, es un proceso dinámico, cambiante, parcial y que da relevancia solo a ciertos aspectos. Y aquí viene la tercera gran consideración: el mismo testigo no es un observador científico, es un observador ocasional, oportunista, que no mide, ni cuenta, ni califica todo lo observado, sino solo una parte, y que además está expuesto a todos los vaivenes emocionales, experimentales y a las limitaciones intelectuales que sus capacidades perceptivas le proporcionan. En síntesis: es muy correcto decir que en la administración de justicia realmente no se sabe lo que pasó, y es porque está en **esencia** no saber la verdad, solo creerla.

(69) GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco, *El dolo*, San José, Editorial Juritexto, 1999, p. 21.

(70) “Sin embargo, si reflexionamos sobre lo que hipotéticamente tratan de explicar nuestras representaciones mentales –a saber, ciertos rasgos de

Pero más asombroso aún es como bien señala Arce Arenales, todas estas representaciones presentan serios inconvenientes cognitivos:

“...Por regla general, ninguna de estas imágenes coincide con ninguna otra, y ninguna coincide con aquello que pretende representar...”

Así las representaciones⁽⁷¹⁾ que tienen los individuos, y las representaciones que se tiene de dichos individuos, remotamente serán iguales.⁽⁷²⁾ Y ello se puede probar en el siguiente cuadro comparativo:

En uno mismo	En los otros	Coincidencia
α : La imagen de uno mismo	No existe imagen α	Ninguna
No existe imagen β	β : La imagen que los otros tienen de uno	Ninguna
χ : La imagen que uno cree que los otros tienen de uno	No existe imagen χ	Ninguna
No existe imagen δ	δ : La imagen que los otros creen que uno tiene de sí mismo.	Ninguna

nuestras capacidades cognitivas-, podemos inferir de forma plausible que la semántica de nuestro sistema mental de representación debe tener ciertas características. Preteóricamente, las capacidades cognitivas humanas tienen las tres propiedades siguientes: 1. Cada capacidad es *intencional*, es decir, incluye estados que poseen contenido o versan “sobre” algo. 2. En principio, todas las capacidades pueden ser *pragmáticamente evaluadas*, es decir, pueden ejercitarse con diferentes grados de éxito. 3. La mayoría de las capacidades son productivas, es decir, una vez que la persona posee la capacidad en cuestión, por regla general, está en posición de poder manifestarla en un número prácticamente ilimitado de nuevas maneras...” *Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas*, op. cit., vol. II, p. 1117.

(71) “Las representaciones no sólo representan algo, sino que representan algo de una cierta manera. Expuse cuatro criterios más al especificar que

Como se desprende ninguna representación o imagen es coincidente con ninguna otra. Y además obsérvese inclusive, que en los casos χ y δ ambas son creencias y no saberes (es decir, no son conocimientos indubitables), sujetos a una eventual y muy baja probabilidad de acierto.

Así en la práctica se suele dar por lo menos dos posibles resultados:

Que exista una **coincidencia** entre el CID del infractor y del juzgador, o bien que exista una **divergencia** entre el CID del infractor con respecto al juzgador.

Y, si por lo menos son 6 los estos psíquicos relevantes hay una probabilidad de 1/6 de acertar, es decir, 16.6%, y una probabilidad de 5/6 de fallar, es decir, 83.3%.⁽⁷³⁾

Por lo anterior, además de que muchas, por no decir todas de nuestras representaciones tanto individuales como sociales, sobre las otras personas suelen ser falsas, porque son fantasías o ficciones proyectadas (de nosotros) sobre lo que creemos de los otros individuos, además hay un alto grado de probabilidad de fallar.

Por todo lo anterior, los resultados de estos malabares, cognitivamente hablando nunca tendrán, ni podrán tener jamás un sustrato veritativo real, de la manera como actualmente se siguen aplicando, ya que son muchas veces resultado de la mera casualidad,⁽⁷⁴⁾ o bien basado en la “psicología popular” de la mente.⁽⁷⁵⁾

la relación de representación es asimétrica, singular, permite la representación errónea y capacita para la representación de entes inexistentes...” PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional...* op. cit., p. 54.

(72) “...más bien, la cuestión reside en que el significado que doy a las vivencias de otro no puede ser exactamente el mismo significado que les da el otro cuando proceso a interpretarlas...” SCHÜTZ, Alfred. *Op. cit.*, p. 129.

(73) Es como tirar exactamente un dado.

(74) Además la situación no se vislumbra prometedora dada otra particular peculiaridad cognoscitiva que presenta el campo jurídico: el problema que presenta dicho campo de estudio es la dicotomía que existe entre la **validez lógica** respecto de la validez jurídica, dado que puede darse

4. La valoración de la prueba

A lo anterior se agrega una curiosidad de los procesos de juzgamiento y que es la forma de valorar la **prueba**⁽⁷⁶⁾ del CID. Ya que además, no siempre la mente se comportaba de la misma manera, ante los “hechos” de un caso. Suena extraño lo indicado últimamente, pero fue cierto en la práctica. Y observémoslo un ejemplo: “una persona mata a otra”.

la posibilidad de que NO exista la validez lógica pero si la **validez jurídica** en una decisión. ¿Cómo es posible ello? Esto es posible dado que la juridicidad de una decisión, no solamente la otorga la vinculación de las palabras, sino también elementos externos a la lógica como son la autoridad (socialmente constituida) y las formalidades de presentación de las decisiones, que permiten la existencia y consolidación de decisiones que pueden ser abiertamente ilógicas pero jurídicamente aplicables. Así en la relación de la lógica y el Derecho pueden darse cuatro tipos de resultados fruto de la coincidencia o no de la validez en cada uno de dichos campos, a saber:

1) validez lógica y validez jurídica	Coincidencia entre ambas
2) invalidez lógica e invalidez jurídica	Coincidencia entre ambas
3) validez lógica e invalidez jurídica	Incongruencia
4) invalidez lógica y validez jurídica	Incongruencia

Como se observa, en el campo jurídico se pueden dar dos posibles opciones [3) y 4)] que son abiertamente irracionales, pero jurídicamente posibles. Lo cual ha motivado, aunque parezca mentira, el descrédito de la Lógica en el campo jurídico, ya que se cree que la lógica falló o no se aplica, o que cuando se aplica no funciona en el Derecho. ¡Tal vez, haya que analizar inversamente el asunto y entender que puede ser el Derecho [concretamente los abogados] los que no saben, no sirven o no les gusta la lógica! Bien que mal, ello no quiere decir que porque no exista congruencia entre la lógica y el Derecho en el **50%** de los casos posibles, se tenga que dejar de lado el otro **50%** de los casos donde sí hay congruencia entre ellos, ya que precisamente son la mitad de las situaciones. Pero bueno, qué diferencia hay entre este resultado y arrojar una moneda al aire, para determinar quién ganó la apuesta.

(75) CHURCHLAND, Paul M., Op. cit. p. 113-114, explica la viabilidad de una construcción de teorías de la mente, mientras cumplan las funciones de predecir y explicar.

(76) La prueba es la información que corrobora la existencia de un hecho. No es el hecho mismo, sino datos que hacen referencia a ellos. Los vehículos que transmiten esa prueba se llaman medios de prueba. Así no es lo mismo un testigo que el testimonio de ese testigo.

Tipo de CID	¿Quién prueba?	¿Qué prueba?	Prueba
Intención presupuesta sin resultado	Acusado	Que no tuvo la intención	Confesión
Intención sin presuposición sin resultado	Acusador	Que tuvo la intención	Confesión
Resultado e intención presupuesta	Acusado	Que no lo hizo	Confesión y otras pruebas
Resultado e intención sin presuponer	Acusador	Que lo hizo	Confesión y otras pruebas

Ahora bien, piénsese que se agrega una quinta columna a este cuadro, donde se establece cómo se valora la prueba, así:

Tipo de CID	¿Quién prueba?	¿Qué prueba?	Prueba	Valoración de la prueba
Intención presupuesta sin resultado	Acusado	Que no tuvo la intención	Confesión (testigos accesoriamente)	PROBADO NO PROBADO
Intención sin presuposición sin resultado	Acusador	Que tuvo la intención	Confesión (testigos accesoriamente)	
Resultado e intención presupuesta	Acusado	Que no lo hizo	Confesión y otras pruebas	
Resultado e intención sin presuponer	Acusador	Que lo hizo	Confesión y otras pruebas	

Esta quinta columna lo que establece es el resultado de **probado** o bien **no probado** (la intención o resultado).

Cualquiera pensaría que ello es sencillo si se presenta la existencia de la prueba. Es decir, si en la primera fila, el acusado mediante una confesión expresa que no tuvo la intención de matar la persona, ello daría por resultado su inocencia, dado que hubo una confesión y así se “probó”. Pero ello no es cierto.

En este y en todos los demás casos, el juez o jueza tiene la posibilidad de considerar que ello no es suficiente. Y las razones por las cuales no se da ese *criterio de suficiencia*, son precisamente las que se establecen en los mismos sistemas legales cómo la manera por la cual debe valorarse las pruebas, como explicaremos a continuación.

Siguiendo con nuestro ejemplo, y para introducir la primera forma de valorar la prueba; en este primer caso donde ya el acusado confesó que no tuvo la intención de matar, el juez o jueza pudo señalar que su conciencia le dice que no es cierto lo dicho por el acusado, o bien, que su conciencia le dice que es culpable, o bien, que su conciencia le dice que el acusado miente.

Así en este primer sistema de valoración de la prueba denominado “*de conciencia*”, no era suficiente (de allí el criterio de suficiencia) la presentación o existencia del *medio de prueba*, sino que además había que agregarle el elemento de la convicción del juez, en razón de que su conciencia le dictaba que era lo que debía creer y lo que debía hacer.⁽⁷⁷⁾

Evidentemente este sistema es muy subjetivo, en el sentido de dejar al mero arbitrio del juez o jueza (no la existencia de la prueba) sino su validez como prueba (lo que eventualmente redundaría en su “existencia legal” que no es lo mismo que su existencia física).

De igual manera se podía solicitar no tanto la valoración de la prueba a conciencia, sino la existencia de una cierta cantidad de testigos

(77) Existencia física es que existe, como por ejemplo un testigo. Pero existencia legal, es el reconocimiento que un juez o jueza le da en un proceso para probar un hecho. Así puede existir un testigo (físicamente existente), pero si no se presenta o no llega, no existe legalmente.

o medios de prueba.⁽⁷⁸⁾ Aquí no importaba si el juez o jueza creía o no lo dicho por los testigos, era suficiente la existencia de una cierta cantidad de testigos para probar el hecho. Era un cálculo matemático. No se permitía dudar de ellos, porque el sistema no es de conciencia, sino de sumatoria.⁽⁷⁹⁾

Evidentemente en este sistema, gana quien consiga más testigos, no si estos dicen la verdad o no, y peor aún, no interesa si el mismo juez les cree o no. Dada la presencia de una cantidad de prueba, se probaba el hecho. Este sistema se llama de **prueba tasada**.

Surge también históricamente un tercer sistema denominado **sana crítica**. Que es el uso de la reglas de la experiencia, lógica y psicología. No es la valoración a conciencia, ni el sistema de prueba tasada, sino que hay ciertas reglas del sentido común, que enseña la experiencia, la lógica y la psicología, para dar por probado un hecho.

El inconveniente que tiene un sistema así, es la definición misma de dichas reglas: ¿cuál experiencia?, ¿cuál lógica?, ¿cuál psicología?, o si el juez o jueza tendrán experiencia, o conocimientos en lógica o

(78) Reitero normas del *Deuteronomio, capítulo 17, versículo 6*: “No se podrá ejecutar al reo de muerte más que por la declaración de dos o tres testigos; nadie será condenado a muerte por la declaración de un solo testigo.” Y más adelante en el capítulo 19, versículo 15: “Un solo testigo no basta para probar la culpabilidad de un hombre en cualquier clase de falta o delito que sea. La sentencia se apoyará en la declaración de dos o tres testigos, cualquiera que sea el delito.”

(79) Así actualmente en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 351 del *Código Procesal Civil* establece:

“Artículo 351. Admisibilidad. No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación. En tal caso toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado...”

Lo anterior significa que si yo hice un contrato por un valor de 10.000 dólares, y la suma mínima del recurso de casación es de 1.000 dólares, mis testigos solamente podrán probar hasta 100 dólares la existencia del contrato. Más de 100 dólares debo probarlo por un documento público o privado. Aunque tenga cien testigos del acto, todos y cada uno de ellos solamente tienen la potencia de probar 100 dólares.

psicología. Sobre estas reglas no hay un conocimiento intersubjetivo, ni precisión, ni rigurosidad. Hay un entendimiento del sentido común, muy vago y ambiguo; que si bien no raya con la absoluta arbitrariedad del sistema de conciencia, ni con el rigor matemático del sistema de la prueba tasada, si se nutre de las vaguedades y discrecionalidades interpretativas de tiene proceso semiótico. Y para ello se somete a los cinco son los principios que rigen toda interpretación jurídica:⁽⁸⁰⁾ el principio de multiplicidad, independencia, impermanencia, imposibilidad y el principio de selección. Todos ellos muestran que una norma (o cualquier texto o palabra en general) tiene básicamente tres posibles intenciones: la del autor, la del lector y la del “texto”.

Estas tres “lecturas” pueden ser idénticas y coincidir, o bien ser divergentes y hasta contradictorias. Como puede darse hasta un total de ocho posibles interpretaciones, esto evidencia una *multiplicidad* de sentidos. Ninguna de ellas depende de las otras para ser correcta o válida, por lo que son independientes entre sí. También históricamente se sabe que pueden variar [y de hecho varían!] con el paso del tiempo. Cada interpretación no es un objeto o cosa física, sino un producto del cerebro humano, una función mental y como tal, sometida a los cambios que sufre la mente humana, como variaciones en la forma de pensar, nuevos conocimientos adquiridos, exámenes más evolucionados y precisos, renovadas consideraciones y experiencias, etc. Ninguna de ellas permanece fija e inmutable. Por lo cual, las interpretaciones tampoco son *permanentes*. Así que realísimamente hablando, no es posible que ante tantos lectores como jueces, abogados, diputados, políticos, etc., se dé un único y verdadero significado, sino que se corrobora el principio de la *imposibilidad* de una única interpretación jurídica.

(80) GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. *Mitos y manías de la interpretación jurídica* en Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, N. 106, 2005.

CONCLUSIONES

El juzgamiento de las acciones de las personas se efectúa de conformidad con las siguientes consideraciones:

- 1) El CID es esencialmente inaccesible por métodos directos de conocimiento.
- 2) Su existencia se evidencia por manifestaciones directas verbales o conductuales del sujeto, que no tienen que necesariamente corresponder con la realidad pensada.
- 3) Las manifestaciones externas del CID pueden ser ocultadas, disimuladas o tergiversadas.
- 4) Ante la actual imposibilidad de indagar las mentes de las otras personas, se inventa la creencia (ficticia) de presuponer el CID de un sujeto específico y su correcto conocimiento por parte de cualquier otra persona.
- 5) Dicha ficción no tiene otro objetivo que obligar a pensar y actuar a los individuos de una manera específica con lo cual se estandariza un solo tipo de pensamiento y comportamiento grupal que deben tener las personas, si quieren convivir en la tropa.
- 6) Este pensamiento generalizado cuando es incumplido, es impuesto por la persona juzgadora, con las ausencias científicas de corroboración de su existencia, y con la ayuda de los mecanismos grupales impuestos: esto es las presunciones o no del CID, creencia y no sabiduría de los hechos, las limitaciones de los medios de prueba, el posible acierto o error sobre la existencia del CID y la ponderación de la prueba misma del CID.
- 7) Este “pensamiento generalizado” tiene una función pedagógica y grupal, ya que organiza la convivencia en la tropa y disimula la preocupación real de nunca saber realmente cuál fue el o los estados mentales reales que tuvo el autor de un delito.

BIBLIOGRAFÍA

Diccionarios

Diccionario Oxford de la mente, dirigido por RICHARD L. GREGORY, Madrid, Alianza Editorial, 1995 (traducido del original en inglés *The Oxford Companion to the Mind*, Oxford University Press, 1987).

Enciclopedia MIT de ciencias cognitivas, editores ROBERT A. WILSON Y FRANK C. KEIL, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2002, Volumen I (traducido del original en inglés *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Massachusetts Institute of Technology, 1999).

Dictionary of Cognitive Science, editor OLIVIER HOUDÉ, New York, Psychology Prees, LTD, 2004.

Libros

ARCE ARENALES, Manuel. *De Leguas y minutos*. San José. Editores Alambique. 2004.

_____. *Visitas al desván*. San José. Editores Alambique, 2002.

BENJAMIN MARTIN BLY AND DAVID E. RUMELHART (ed.) *Cognitive Science*, California. Academic Press, 1999.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu editores, cuarta edición en español, 1976 (Traducción de Silvia Zuleta de la edición en inglés "The Social Construction of Reality", New York, Doubleday & Company Inc., no indica año de publicación).

CALVIN, William. *A brief History of the Mind. From Apes to Intellect and Beyond*, Oxford, University Press, 2004.

CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1999 (traducido del original en inglés "Matter and Consciousness", Massachusetts, MIT Press, 1988).

DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1993.

DENNETT, Daniel. *La conciencia explicada*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995 (traducido del original en inglés "Consciousness explained", Little, Brown and Company, 1991).

- _____. *La actitud intencional*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998 (traducido del original en inglés *The Intencional Stance*, Massachusetts, MIT Press, 1987).
- ECO, Umberto. *Tratado General de Semiótica*. Barcelona, Editorial Lumen, 1977. También *Kant y el Ornitorrinco*, Barcelona, Editorial Lumen, 1997.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1953
- FREUD, Sigmund. *El malestar de la cultura*. México, Alianza Editorial Mexicana, 1989.
- GARDNER, Howard. *La nueva ciencia de la mente*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1987 (traducido del original en inglés *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books Inc., 1985).
- _____. *Mentes creativas*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. 1995 (traducido del original en inglés *Creating minds. An anatomy of Creativity*. Basic Books, 1993).
- _____ and Laskin Emma. *Mentes líderes*. Una anatomía del liderazgo. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998 (traducido del original en inglés *Leading Minds. An Anatomy of Leadership*, Basic Books, 1995).
- GLYNN Ian. *An Anatomy of Thought. The Origin and Machinery of the Mind*. New York, Oxford University Press. 1999.
- GOLEMAN, Daniel. *La Psicología del autoengaño*. Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1997 (traducido del original en inglés "Vital lies, simple truths", 1985).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Francisco. *El dolo*. San José, Editorial Juritexto, 1999.
- GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. *Lógica jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003.
- HINTIKKA Jaakko. Saber y creer. *Una introducción a la lógica de las dos nociones*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1979 (traducido del original en inglés "Knowledge and belief", Cornell University, 1962).
- LUCKMANN, Thomas. *Teoría de la acción social*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1996 (Traducción de Francese Ballesteros del original en alemán *Theorie des sozialen Handelns*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1992).

- MC CAWLEY, James. *Everything that Linguists have Always Wanted to Know about Logic* but were ashamed to ask*. Chicago and London. The University of Chicago Press, 2nd ed., 1993.
- MICHELLE, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá. Editorial Temis. 1989.
- NOZICK (Robert). *La naturaleza de la racionalidad*. Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés "The nature of rationality", New Jersey, Princeton University Press, 1993).
- PERNER, Josef. *Comprender la mente representacional*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 1994 (traducido del original en inglés Understanding the representational mind. Massachussets, MIT Press, 1991).
- RESCHER Nicolas. *La Racionalidad*. Madrid. Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés "Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason", Oxford University Press, 1988).
- ROSENTHAL, David. *The Nature of Mind*. New York, Oxford University Press, 1991.
- SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*. Barcelona, Editorial Paidós, 1993.
- SMITH, Edward E. Concepts and Categorization in *An Invitation to Cognitive Science*, edited by Daniel N. Osherson and Edward E. Smith, Massachusetts, MIT, Vol. 3.
- SMULLYAN, Raimond. *Juegos por siempre misteriosos. Recorriendo los caminos abiertos por Gödel sobre la verdad y la probabilidad*, Barcelona, Gedisa editorial, 1995.
- STERNBERG, Robert J. *The Nature of Cognition*, edited by Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1999.
- THAGARD, Paul. *Mind. Introduction to Cognitive Science*. Massachussets, MIT Press, 1996.
- VON ECKARDT, Barbara. *What Is Cognitive Science?* Massachusetts. Massachusetts Institute of Technology. 1993.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigation*. Cambridge, The Macmillan Company, 1953.

**COMMON REGULATIONS ON THE LEGAL SOURCES,
PRINCIPLES AND OBJECTS OF THE COPYRIGHT
LAW OF RUSSIAN FEDERATION^(*)**

*Valeriya Tyumentseva^(**)*
Abogada rusa

(Recibido 07/02/07; aceptado 25/06/07)

RESUMEN

Las provisiones de la Ley mencionadas serán examinadas. Sin embargo, debe ser considerado según la ley Federal del 18 de diciembre, 2006, No. de 231 FZ “acerca de la implementación de la parte 4 del Código Civil de Federación Rusa”, la ley antedicha dejará su fuerza legal simultáneamente con la entrada de la fuerza de la Parte 4 del Código Civil de Federación Rusa.

Las relaciones que desarrollan se refieren a los resultados de las actividades creadoras del propietario de Derecho de Autor son regulados por la Ley Federal de Federación Rusa No. 5351-1 “acerca del Derecho de Autor y los Derechos vecinos que fue publicado por el Alto Concilio de la Federación Rusa el 9 de julio, 1993, y entrado con fuerza el 3 de agosto del mismo año.

A pesar de las diferencias en los sistemas legales de Reino Unido y Rusia con respecto a esos sistemas legales, que a ellos son relacionados –el sistema de ley no escrita que actúa en el Reino Unido, y en el sistema legal continental que actúa en Rusia–, en tiempo actual hay una tendencia de la unificación general de la ley y la legislación en el campo de la ley del derecho de autor debido a la penetración universal de las provisiones y los principios del derecho internacional en los sistemas legales nacionales.

Palabras Clave: Derechos de Autor, Federación Rusa, Tratado, Derechos, Derecho de Propiedad Intelectual.

ABSTRACT

The relations that develop in concern with the results of the creative activities of the copyright proprietor are regulated by the Federal law of Russian Federation No. 5351-1 “About copyright and neighboring rights that was issued by the High Council of Russian Federation on the 9th of July, 1993, and entered into force on the 3rd of August of the same year.

The provisions of the abovementioned Law will be examined, however, it must be considered that according to the Federal law of the 18th of December, 2006, No. 231-FZ “About the implementation of part four of the Civil code of Russian Federation”, the abovementioned law

will cease its legal force simultaneously with the entering into force of the Part four of the Civil code of Russian Federation.

Regardless of the differences in the legal systems of United Kingdom and Russia concerning those legal systems, to which they are related – the common law system that acts in United Kingdom, and the continental legal system that acts in Russia, at current time there is a tendency of the general unification of law and legislation in the field of copyright law due to the universal penetration of the provisions and principles of the international law into the national legal systems

Key words: Rights, Russian Federation, Copyright law, Treaty; Property rights of the author.

At current time, the relations that develop in concern with the results of the creative activities of the copyright proprietor are regulated by the Federal law of Russian Federation No. 5351-1 “About copyright and neighboring rights” (further along the text – the Law) that was issued by the High Council of Russian Federation on the 9th of July, 1993, and entered into force on the 3rd of August of the same year. In this article, the provisions of the abovementioned Law will be examined, however, it must be considered that according to the Federal law of the 18th of December, 2006, No. 231-FZ “About the implementation of part four of the Civil code of Russian Federation”, the abovementioned law will cease its legal force simultaneously with the entering into force of the Part four of the Civil code of Russian Federation.

According to article 2 of the Law, the legislation of Russian Federation about copyright is based upon the Constitution of Russian Federation, the Civil code of Russian Federation, the abovementioned Law, the Federal law of the 23rd of September, 1992, No. 3523-1 “About the legal protection of the software for the electronic computer equipment and databases” and other federal laws. However, it must be considered that in case of a collision of the provisions of the national legislation and provisions of the international agreements of Russian Federation, according to article 15 of the Constitution of Russian Federation and article 3 of the Law, the provisions of the international agreements will be implemented.

The highest act of the national legislation of Russian Federation is the Constitution issued by the nation-wide voting on the 12th of December, 1993. It contains the main principles of the copyright law – the legal guarantees to each of the liberty of literary, artistic, scientific, technical and other types of creative work, teaching, as well as the protection of intellectual property by the law. Throughout the territory of Russian Federation, the basic international principles of copyright, regulated by the Bern Treaty on the protection of literary and artistic works of the 9th of September, 1886 (further along the text – the Treaty), are implemented, as well as the national principles of copyright law, regulated by the Law. They are as follows:

- (1) citizenship principle (national principle) – according to the section “a” (1) and (2) of article 3 of the Treaty and section 2 of part 1 of article 5 of the Law, the protection is provided to the works promulgated, as well as not promulgated, the authors of

which are either citizens of the countries-participants, or resident living on their territory;

- (2) territorial principle of providing legal protection – according to section “b” (1) of article 3 of the Treaty and section 1 of part 1 of article 5 of the Law, the protection is provided to the works promulgated in one of the countries-participants, or simultaneously in one of the countries-participants and in a third country, considering that the author is not a citizen of either on of the countries-participants;
- (3) national regime principle – according to article 2 of the Treaty and section 1 of part 1 of article 5 of the Law, the works of the citizens of any country-participants of the Treaty, as well as works first issued on the territory of such country, are provided the same capacity and means of protection on the territory of another country-participant as the works of the authors-citizens of this country first issued on the territory of this country;
- (4) principle of protection regardless of any formalities – according to section 2 of article 4 of the Treaty and part 1 of article 9 of the Law, the conduct of rights and their implementation in countries-participants of the Treaty is not connected with the enforcement of any formalities, including formalities regulated by the legislation of the country, the citizen of which the author is, as well as the country, where the work has been divulgated;
- (5) principle of terminal protection – according to article 5 of the Treaty and part 1 of article 27 of the Law, according to the common rule (there are several short-term periods in concern with certain objects), the property rights of the author and his/her legal successor are kept in force, according to the provisions of the Treaty, during the period of 50 years after the death of the author, while according to the provisions of the Law, during 70 years after the death of the author;
- (6) principle of providing protection in favor of the author and his/her legal successors – according to part 6 of article 2 of the Treaty, the protection of copyright is provided in favor of the author and his/her legal successors, i.e. in case of a conflict, the provisions of the Treaty are to be interpreted in favor of the author and his/her legal successors;

- (7) reciprocity principle – according to section 3 of part 1 of article 5 of the Law, legal protection of the works created and kept outside of the territory of Russian Federation, is provided to the citizens of other countries according to the appropriate international treaties.

Therefore, the Law allows the implementation the national principle as well as the principle of reciprocity in concern with the non-residents. According to the common rule regulated by section 1 of part 1 of article 5 of the Law, the principle of the national regime is implemented. However, in case of direct provision in an international treaty, according to section 3 of part 1 of article 5 of the Law, the reciprocity principle will be enforced.

In concern with the principle of terminal protection of property rights of the author and hi/her successors, according to the common rule regulated by part 1 of article 27 of the Law, copyright is enforced throughout the lifetime of the author and 70 years after his/her death, apart from cases, stated by this article. This rule is implemented with an exception regulated by a special provision. So, according to paragraph 2 of part 4 of article 5 of the Law, in case of a specific international treaty being enforced, the term of enforcement of the copyright on the territory of Russian Federation may not exceed the term of enforcement of the copyright, stated in the country of origin of the work.

The promulgated by the Treaty principle of providing protection in favor of the author and his/her legal successors is not stated in the Law of Russian Federation, however, considering that the provisions of the international treaties of Russian Federation are directly enforced on the territory of Russia, this principle must also be implemented in Russia.⁽¹⁾

(1) In the Resolution of its Plenary session of the 10th of October, 2003, No. 5 the High court of Russian Federation stated that international treaties of Russian Federation, as well as generally adopted principles and provisions of the international law, are a part of its legal system, which corresponds to the part 4 of article 15 of the Constitution of Russian Federation and part 1 of article 5 of the Federal law “About international treaties of Russian Federation”. It is also apparent from part 4 of article 15, part 1 of article 17 and article 18 of the Constitution of Russian Federation, that the rights and freedoms of a person, according to generally adopted principles and provisions of the international law, as well as international treaties of Russian Federation, are implemented directly on the territory of the jurisdiction of Russian Federation.

In concern with those values, which are recognized on the territory of Russian Federation as the objects of copyright law, according to article 6 of the Law, the object of copyright law is considered a work that is the result of creative activities in the field of science, literature or/and art, regardless of its purpose or worth, as well as the means of its expression. The article mentioned above regulates the types of objects, as well as the results of creative activities that are not considered object of copyright according to the Law. Therefore, the objects of the copyright law include the following:

- (1) literary works (including computer software equipment);
- (2) dramatic and musical-dramatic works, script works;
- (3) choreographic works and pantomimes;
- (4) musical works with text or without the text;
- (5) audiovisual works (cinema, television, video films, slide films, transparency films and other cinema and television works);
- (6) the works of art, sculpture, graphics, design, graphic pictures, comics and other works of visual arts;
- (7) the works of decorative applied and graphic arts;
- (8) the works of architecture, municipal engineering and gardening decorative arts;
- (9) photographic works and works made in ways similar to photography;
- (10) geographical, geological and other maps, plans, sketches and plastic works concerning geography, topography and other sciences;
- (11) other works.

Therefore, the list of objects of copyright law is closed. This arises from the definition of the object of copyright law itself, i.e. all objects capable of receiving protection are considered works.⁽²⁾ However, the Law leaves the list of works, which may be considered as objects of copyright law, open. Therefore, if a certain type of work is not listed in this article, but it corresponds with all the characteristics of a work according to the Law, this work will be recognized as an object of copyright law.

(2) Bently L., Sherman B. Intellectual Property Rights: Copyright law/Translation from Eng. by V.L. Volfson. – SPb.: Publish house “Juridical center Press”, 2004. – p. 103.

At that, as it was mentioned earlier, the form of expression of the work is not of legal importance for recognizing the rights of the author to it. The Law lists some of the types of forms, such as written, oral, audio- or video-recording, three dimensional and other forms; therefore, this list is also not exhaustive. The mentioned works may be promulgated, as well as not promulgated, originate in Russia or in other countries, the authors of which may be Russian citizens, as well as citizens of other countries or stateless persons. Having overlooked the main characteristics of the object of copyright law, it is quite difficult to formulate an exhaustive definition of an object of copyright law. Essentially, the object of copyright is a work, that corresponds with the qualities of novelty, the ability to be reproduced, having an objective form of expression and being the result of the creative activities of the author, regardless of a certain form of expression, worth and purpose of the work, the citizenship of the author, as well as the country of the origin of the work, the fact of it being promulgated and following any formalities, for example, the registration procedure.

Interesting that such an object of copyright as design⁽³⁾ may receive legal protection not only as an object of copyright, but also as an registered design under the condition that the external appearance of the model corresponds to all of the abovementioned characteristics of a work. A similar concept of design works is followed in United Kingdom. Thus, in the Copyright, Designs and Patents Act of United Kingdom of 1988 (further along the text – the UK Law), designs may be not only unregistered, which are considered the objects of copyright, but also registered, i.e. registered designs. Part III of the UK Law is dedicated to designs, i.e. property rights on designs. In part 2 of article 213 of the UK Law, design is considered design of any aspect of a form or shape (internal or external) of the whole object or its part. The rights on the design belong to the author only if and when the design was fixed in design documents, or if it is realize in the subject of the design (part 6 of article 213 of the UK Law). Design incorporated into a registered design is registered at the patent office; details about it are listed in the Registry of designs. Design that does not concern manufactured products, may receive legal protection as an object of copyright in cases, when its characteristics correspond with the requirements set for artistic works in accordance with the UK Law. For registration body the main, however, not the only criterion for recognition of an object as a registered design is design documentation.

(3) The resolution of the Economic court of Moscow district of the 29th of May, 2006. Case No. КГ-Ф40/4297-06.

In concern with the differentiation of a design in Russian legislation as an object of copyright and/or registered design, Patent Law of Russian Federation of the 23rd of September, 1992, No. 3517-1 (further along the text – the Patent Law) recognizes a registered design as a allowable, if it meets the requirement of novelty and originality (paragraph 2 of part 1 or article 6 of the Patent Law). In an earlier edition of the Patent Law, there was a criterion of industrial applicability. The exclusion of this characteristic substantially expanded the boundaries of patentability of objects. In case a design meets the abovementioned requirements, it may be registered at the patent bureau and, therefore, obtain legal protection as a registered design. The principle difference of the legal protection of objects of copyright and registered designs concludes in the fact that protective actions in concern with the works, as objects of copyright, are directed onto the protection of the contents of the work, rather than the form of the work itself. Therefore, in order for a specific design to receive the protection as an object of copyright, it must meet the requirements of a work according to the Law, i.e. of novelty, the ability to be reproduced, having an objective form of expression and being the result of the creative activities of the author; and as a registered design it must not only meet such requirements as novelty and originality, but also must be registered according to the Patent Law.

Summoning up, it must be said that, regardless of the differences in the legal systems of United Kingdom and Russia concerning those legal systems, to which they are related – the common law system that acts in United Kingdom, and the continental legal system that acts in Russia, at current time there is a tendency of the general unification of law and legislation in the field of copyright law due to the universal penetration of the provisions and principles of the international law into the national legal systems. In particular, the conclusion may be made that there is a certain rapprochement of the systems of copyright law.⁽⁴⁾ A vivid example of such a tendency is the Part four of the Civil code of Russian Federation, which was mentioned in this article, however, this would be an object of a new exploration and publication.

(4) A French author Delia Lipszyc differentiates the legal systems of copyright law onto the system acting in the countries belonging to the continental legal system – *droit d'auteur* – and the system, acting in countries belonging to the common law system – copyright. See Lipszyc D. *Copyright and neighboring rights.*/Translation from Fr.; preface by M. Fedotova. – M.: Ladomir, Publishing house UNESCO, 2002. – p. 35.

MAGIA VERBAL: LA MANIPULACIÓN DEL LENGUAJE EN EL DISCURSO JURÍDICO, POLÍTICO Y SOCIAL (*)

Dr. Minor E. Salas

“Todo el que pretenda imponer su dominio al hombre, ha de apoderarse de su lenguaje.”

MAEDER, H.

“Supongamos que alguien afirme: El gusta distima a los doches. Nadie sabe lo que esto significa; yo tampoco. Pero si suponemos que eso es castellano, sabemos que los doches son distimados por el gusta. Sabemos además que un distimador de doches es un gusta. Además, si los doches son galones, sabemos que algunos galones son distimados por el gusta. *Y así podemos seguir, y, en efecto, a menudo seguimos.*”

C.K. OGDEN / I.A. RICHARDS(**)

(Recibido 22/02/07; aceptado 25/06/07)

(*) Una versión, algo modificada, de este trabajo se publicó también en: *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 14, Julio-Diciembre del 2006, Universidad Complutense de Madrid, España, Sitio Web: <http://www.ucm.es/info/nomadas/14/>

(**) Epígrafes tomados respectivamente de: Felipe Mellizo, *El lenguaje de los políticos*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1968, p. 21 y de C.K. Ogden / I.A. Richards, *El significado del significado. Una investigación sobre la influencia del lenguaje en el pensamiento y sobre ciencia simbólica*, traducción de Eduardo Prieto, 2. edición, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1964, p. 63. La cursiva no es del original.

RESUMEN

El presente trabajo se ubica dentro del campo de la epistemología de las ciencias sociales (con especial énfasis en la política, la sociología y el derecho). La tesis fundamental que atraviesa el texto es que el análisis social suele estar obstaculizado por dos vicios graves del pensamiento, que hemos denominado respectivamente magia verbal y naturalismo lingüístico. Según el primero, las palabras ejercen un poder absoluto sobre la realidad, de tal suerte que, invocando la palabra (o la fórmula lingüística adecuada), la realidad también cambia. Según el segundo, hay una identidad ontológica entre el lenguaje y el mundo. Tanto la magia verbal como el naturalismo lingüístico son utilizados para generar emociones irracionales (especialmente en la arena política), para mover a la acción, para manipular y, por qué no, para mentirle a la gente.

Palabras clave: discurso, magia verbal, naturalismo lingüístico, filosofía analítica, estructuras filo y ontogenéticas, juegos del lenguaje, gramática, auto-engaño, pensamiento mitológico, modelos de éxtasis y catarsis.

ABSTRACT

This article belongs to the field of epistemology of social sciences (with an special emphasis on political science, sociology and law). The fundamental thesis that runs throughout is that social scientists frequently face two main intellectual obstacles in their work. I have called those obstacles: *word magic* and *linguistic naturalism* respectively. According to the first, words have an absolute power over reality; in such a way that to communicate the word (or the right word-formulae) implies that reality changes simultaneously. According to the second, there exists an ontological identity between language and the world. Word magic and linguistic naturalism are used generally to foster irrational emotions (especially in the political arena), to move toward action, to manipulate and, last but not least, to deceive people.

Keywords: discourse, word magic, linguistic naturalism, analytical philosophy, philo and ontogenetical-structures, language games, grammar, self-deceiving, mythological thought, ecstasies-and-catharsis models.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Orígenes (mítico-antropológicos) del naturalismo lingüístico y de la magia verbal
- III. El carácter catártico (o medicinal) del lenguaje
- IV. Preguntas que conducen a la “nada”
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Lo más peligroso para los seres humanos –decía el poeta alemán Schelling– es la tiranía de los conceptos oscuros.⁽¹⁾ Es indudable que esta afirmación contiene mucho de verdad. Mas hay en ella también algo de falsedad. Aún más peligroso que el lenguaje abiertamente oscuro es el lenguaje aparentemente claro que, sin embargo, induce a confusiones y a errores. Detrás de una plétora de palabrería es posible descubrir, o bien una buena dosis de arrogancia o bien falta de inteligencia. Pero, al menos se sabe que se trata de eso. No obstante, son pocos los que desconfían del lenguaje claro. Allí radica su error. No basta con desconfiar de los términos confusos, sino que también hay que hacerlo respecto a precisos. Sobre los múltiples usos del lenguaje conviene mantener siempre –recordando la frase de Confucio– una actitud de alerta, y no tolerar descuidos.⁽²⁾

En este trabajo se estudiarán los abusos del lenguaje que suelen darse en el campo jurídico, en la teoría social y política. Es evidente que son muchas, y muy variadas, las *manipulaciones* del lenguaje en esas esferas. De allí que resulte necesario delimitar más netamente esta investigación. Desde ya hay que aclarar que éste no es un ensayo de lingüística, de filología o de semiótica (campos estos en los cuales los niveles de especialización –¿o de pedantería?– han llegado muy alto). Lo que vamos a hacer es, más bien, utilizar algunas categorías *básicas* de la filosofía analítica del lenguaje para denunciar ciertas prácticas lingüísticas corrientes en el pensamiento de las ciencias sociales.⁽³⁾ En especial, nos vamos a concentrar en el estudio de **dos** fenómenos que,

(1) Schelling, F. W. J., *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*, in: Werke, selección en tres tomos, editada y con introducción de Otto Weiß, Fritz Eckardt, Leipzig, 1907, tomo 2, página 568.

(2) La máxima de Confucio es la siguiente:
“Cuando el lenguaje no concuerda, entonces todo aquello que se dice, se transforma en todo aquello que no se intentó decir...
Por lo tanto, no se ha de tolerar ninguna arbitrariedad con las palabras.”
Citado en Rütters, B., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, C.H. Beck Verlag, Munich, Alemania, 1999, p. 88 (trad. de MES).

(3) Sobre los desarrollos de la filosofía analítica ha sido de utilidad la obra de T. Blume y C. Demmerling, *Grundprobleme der analytischen Sprachphilosophie*, UTB für Wissenschaft, Paderborn, 1998.

si bien es cierto han sido explorados con algún detalle, continúan ejerciendo su influencia en los más diversos campos de la fenomenología social.

a) El primero de estos temas es el conocido como *naturalismo lingüístico*.⁽⁴⁾ Bajo este concepto se va a entender aquella tendencia (al parecer antiquísima) de los seres humanos de atribuirle a todos los nombres (substantivos) un correspondiente referente empírico. Es decir, se trata, finalmente, de la conocida “teoría del significado”, según la cual el sentido de un término está dado por su nombre o referencia (Russell y Strawson aluden a la “teoría de la denotación”).⁽⁵⁾

b) En estrecha relación con el naturalismo lingüístico está también el otro fenómeno al que se dedicará gran parte de las reflexiones de este ensayo, nos referimos a la magia verbal (word-magic).⁽⁶⁾ Este término apunta, esencialmente, hacia **dos** fenómenos distintos (pero relacionados): 1) o bien hacia la creencia de que las palabras son las cosas; es decir, que hay una *identidad* ontológica entre las dos, 2) o bien hacia el hecho de que las palabras tienen *poder* absoluto sobre las cosas; es decir, que mediante un simple cambio conceptual la realidad se transforma *ipso facto*.⁽⁷⁾

(4) Respecto al “naturalismo lingüístico” consultar E. P. Haba, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, Vllamarán S.A., Escuela Judicial, San José, 2003, tomo I, p. 184; Koch, H.J., y Rüssman, H., *Juristische Begründungslehre*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, p. 159 y la referencia que allí se hace a la obra de Kutschera. Para una discusión general de este y otros problemas de la filosofía del lenguaje, véase la compilación de trabajos en: Tilman Borsche (editor), *Klassiker der Sprachphilosophie. Von Platon bis Noam Chomski*, C.H.Beck Verlag, München, 1996.

(5) Véase los trabajos recogidos en: Parkinson, G.H.R., *La teoría del significado*, traducción de Paloma Villegas, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1976. La crítica a la teoría de la denotación se plasma ya con Frege, véase: *Funktion, Begriff, Bedeutung*, 3. edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1969.

(6) Al parecer el primer autor en utilizar esa expresión es, precisamente, C.K. Ogden, quien en la década de los 20 publicó un libro con ese título (al cual no he podido tener acceso).

(7) Se trata aquí de una primera aproximación a estos términos, pues, como se verá luego, hay algunas diferencias importantes entre conceptos como “naturalismo lingüístico”, “magia verbal”, “falacia verbo-ideológica”, “poder

Antes de analizar ambos conceptos, es necesario hacer una distinción importante: tratándose de la política real (*Realpolitik* según el lenguaje de Bismarck) de un determinado sistema social o de la praxis jurídica de un cierto ordenamiento es prácticamente imposible que no se dé allí una manipulación del lenguaje con propósitos muy diversos. Mucho de lo que se dice en la arena política cumple, fundamentalmente, una función estratégico-electoral; es decir, lo que se quiere es convencer a la gente para que vote por un cierto partido político o para que apruebe una determinada medida (fiscal, monetaria, comercial, etc.). En este plano es, casi inevitable, el uso de la propaganda, de la manipulación y, a veces –también hay que decirlo– de la mentira y del engaño. Así pues, no es extraño que, tratándose de las prácticas sociales (en sus más heterogéneas manifestaciones), el lenguaje sea manipulado, torcido y retorcido, para alcanzar ciertas metas. En este trabajo no nos ocuparemos directamente de este plano de análisis. Por el contrario, lo que interesa explorar es más bien el nivel *teorético*. Es decir, aquí vale la ya clásica distinción entre el lenguaje objeto (el de las prácticas reales del derecho y de la política) y el meta-lenguaje (el de unos análisis realizados por los especialistas en aquellos campos).

En resumer: si bien es comprensible estratégicamente –aunque no aceptable moralmente– que el vocabulario de la política y del derecho esté plagado de mitos, de propaganda y hasta de falsedades, pues allí se buscan objetivos muy contradictorios, no es de ningún modo admisible que también en el plano teorético (el de la meta-teoría) se presenten esos mismos vicios. En lo sucesivo interesa destacar que, lamentablemente, esta exigencia no se cumple. Es decir, que los estudios especializados de prestigiosos teóricos sociales y jurídicos también caen, en no rara ocasión, en los encantos de la magia verbal y del naturalismo lingüístico, originándose así toda serie de confusiones que perjudican el desarrollo de una concepción científico-realista de las agrupaciones humanas.⁽⁸⁾

del lenguaje”, etc. Por el momento, podemos prescindir de esas diferencias y tener en cuenta simplemente el hecho de que entre todos ellos hay ciertos “parecidos de familia”. El eje central consiste en que esas categorías desconocen básicamente dos cosas: a) El carácter convencional del lenguaje y b) Los múltiples usos que tienen las palabras. Para una discusión detallada, véase la obra de E.P. Haba citada supra, en especial los párrafos 12 y 32 del tomo I.

- (8) La crítica radical a algunos de estos teóricos sociales se encuentra en el excelente trabajo de Sokal, A., y Bricmont, J., *Imposturas Intelectuales*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1999.

II. ORÍGENES (MÍTICO-ANTROPOLÓGICOS) DEL NATURALISMO LINGÜÍSTICO Y DE LA MAGIA VERBAL

Al parecer en las primeras fases evolutivas del ser humano, es decir, en su formación como homínido, y, posteriormente, en el desarrollo de los primeros sistemas míticos y filosóficos, no existía una separación neta entre los nombres que se le asignaba a las cosas y las cosas mismas. Es decir, detrás de cada palabra había necesariamente un fenómeno físico que se correspondía con ésta. Al invocar la palabra se invocaba también la realidad. Si yo pronunciaba la palabra “rayo” o “relámpago”, y estas eran consideradas tabú en la tradición folclórica, era de esperar que cayese sobre mí (en uno u otro momento) una descarga eléctrica que me dejara sin vida. *“La concepción primitiva consiste, indudablemente, en que el nombre indica, o describe, la cosa. De donde se seguiría de inmediato que por la presencia del nombre uno podría demostrar la existencia de la cosa.”*⁽⁹⁾

En su extraordinario libro: *Erkenntnis und Illusion*⁽¹⁰⁾ (lamentablemente no traducido al castellano) el teórico social Ernst Topitsch refiere a que el fenómeno del naturalismo lingüístico (o *Wortrealismus*, como él le llama) es el responsable por el surgimiento de toda una serie de mitos sociales. Todos estos mitos encuentran su origen en ciertas estructuras lingüísticas heredadas por los seres humanos desde tiempos inmemoriales. Al respecto nos dice el autor: *“De una enorme trascendencia para el desarrollo de las concepciones míticas y filosóficas es, finalmente, la creencia en una relación interna esencial, o incluso, una identidad entre la palabra y la cosa. Ello conduce no solo a las más variadas formas de magia verbal, sino también, y en última instancia, al realismo verbal; o sea, a la convicción de que la existencia de una palabra se equipara con el objeto que ésta designa.”*⁽¹¹⁾

(9) Ogden, C.K., Richards, I.A., *op. cit.*, p. 21.

(10) Topitsch, E., *Erkenntnis und Illusion. Grundstrukturen unserer Weltauffassung*, 2. edición aumentada y corregida, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988. Sobre el tema de las bases míticas de las estructuras sociales, considero que esta obra es absolutamente indispensable. Igualmente, puede verse el libro, sin duda también extraordinario, de Leszek Kolakowski, *La Presencia del Mito*, traducción de Gerardo Bolado, Cátedra, Madrid, 1999.

(11) Topitsch, E., *op. cit.*, p. 8-9.

Igualmente, en el estudio clásico de Alf Ross (su libro: *Tû-Tû*),⁽¹²⁾ en torno a la tribu Aisat-Naf, de las islas Noisuli, se describen los extremos a que puede llegar la relación entre las cosas y las palabras, así como los *efectos mágicos* que se le atribuyen a esta relación. Esta tribu, según el relato de Ross, cree que en caso de que ciertos hechos sucedan, por ejemplo, si un hombre se encuentra con su suegra (cuestión que está rotundamente prohibida), o si un hombre mata a uno de los animales sagrados, o si alguno ingiere comida preparada para el jefe, entonces surge la maldición Tû-Tû. Los miembros que cometen la infracción, según el lenguaje de los Aisat-Naf, se ponen en un *estado Tû-Tû*, por lo cual se requiere una ceremonia especial de purificación. Lo importante de rescatar en este caso, es, fundamentalmente, la circunstancia de que entre el acaecimiento del hecho empírico (e.g. encontrarse con la suegra) y la palabra Tû-Tû hay una relación directa o inmediata. Mientras no se produzca ninguna de las circunstancias especiales prohibidas por los Aisat-Naf, entonces no se podrá utilizar correctamente la palabra Tû-Tû. Una vez que la palabra se pronuncia (en virtud del hecho), entonces se produce el encantamiento, por lo que habrá que realizar la respectiva ceremonia religiosa para purificar al miembro que se ha puesto Tû-Tû.

Al parecer, los orígenes mágicos atribuidos a las palabras tienen también una estrecha relación con la estructura misma del lenguaje, es decir, con su *gramática*. De esta circunstancia ha dado cuenta Benjamin Lee Whorf cuando señaló (mucho antes que Wittgenstein) que el hecho de que nuestro lenguaje clasifique (*muy grosso modo*) la realidad en dos niveles: el de los sustantivos y el de los verbos, determina la manera como visualizamos el mundo. Whorf llevó su tesis al extremo de sostener que los lenguajes con distintas gramáticas originan visiones de mundo radicalmente diferentes: *“Los seres humanos que utilizan lenguajes con gramáticas muy distintas son conducidos, por estas gramáticas, a*

(12) Ross, A., “*Tû-Tû*”, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961. Tómese nota de que los términos “salvaje”, “primitivo” etc., se utilizan hoy día muy poco en la antropología; sin embargo, en décadas anteriores era usual. En lo que aquí respecta, utilizamos dichas nociones sin un ánimo peyorativo, sino, simplemente, para indicar el tipo de visiones de mundo propias de las sociedades sin escritura. Véase al respecto: Claude Lévi-Strauss, *Myth and Meaning*, del cual solo he podido consultar la edición alemana: *Mythos und Bedeutung*, Suhrkamp, edición especial, Frankfurt am Main, 1996.

realizar observaciones y valoraciones típicamente diferentes sobre fenómenos externos similares.”⁽¹³⁾

En todo caso, lo importante de rescatar es que la división de la realidad sobre la base de los nombres origina una tendencia a *sustantivizar* (u *ontologizar*) los más heterogéneos niveles de la realidad, cayéndose en la creencia de que toda palabra designa un objeto empíricamente real. Esta concepción no es, evidentemente, nada inocente. Se puede asumir que detrás de la palabra “silla” hay un objeto físico respectivo, o que detrás de la palabra “animal” se encuentra un cuadrúpedo, etc. Pero, y aquí es donde se da el gran *salto metafísico*, no es posible asumir, como mucha gente y teóricos sociales lo hacen, que detrás del término “libertad” hay una cosa que se corresponde con la esencia de la “libertad” o que detrás del vocablo “democracia” hay también un fenómeno físico real, o que existe “el” Derecho, “la” Justicia, “la” Patria, etc. A partir de esta circunstancia, Jerome Frank asoció el pensamiento mágico con el desarrollo del lenguaje en los niños. *“La magia verbal es una consecuencia natural de estas creencias del niño pequeño sobre la naturaleza de las palabras. Al ser incapaz de reconocer que las palabras son símbolos, entonces la concepción del niño, según la cual las palabras están adheridas a las cosas, le conduce, adicionalmente, a la creencia de que los nombres son las causas de las cosas y que pueden ser utilizados directamente para influir sobre ellas. Esto permanece siendo ‘natural’ siempre que el símbolo y la cosa significada no sean separados entre sí.”*⁽¹⁴⁾

Por otra parte, una de las manifestaciones más frecuentes y trascendentes de la magia verbal en el pensamiento primitivo (pero, por supuesto, también en el lenguaje actual) consiste en considerar que se puede **cambiar la realidad** modificando simplemente el nombre de los fenómenos. Es decir, ¡el poder sobre el mundo está dado por el poder sobre las palabras! De allí que todo radique, según esta creencia, en encontrar la receta lingüística adecuada para modificar la realidad. *“Si usted posee su nombre o la fórmula o el encantamiento que lo ata, usted puede controlar el espíritu, genio, demonio maligno o sea lo que fuere ese poder.”*⁽¹⁵⁾

(13) Whorf, B.L., *Sprache, Denken, Wirklichkeit. Beiträge zur Metalinguistik und Sprachphilosophie*, traducido al alemán por Peter Krausser, Rowohlts Enzyklopädie, 22. Edición, Hamburgo, 1999.

(14) Frank, J., *op. cit.*, p. 74.

(15) Al respecto Neumann-Duesberg, H., *Sprache im Recht*, Regensberg-Münster, 1949, p. 110.

Antiguamente, el alquimista pronunciaba el sortilegio para convertir el hierro en oro, el espiritista pronunciaba el nombre de la persona para que sobre ella recayera la maldición, o el hechicero insertaba espinas sobre la imagen de la persona odiada para que esta se enfermara, etc. Hoy día (y esta es una de las tesis principales de este ensayo), las cosas no han cambiado en lo sustancial, es decir, en sus *estructuras psicológicas profundas*. El político, el sociólogo y el jurista consideran, con no poca frecuencia, que la llave mágica consiste en cambiar unos cuantos nombres: si denominamos a un sistema político “democrático”, entonces desaparecerán (¡como por arte de magia!) todas las desigualdades reales; si llamamos a un sistema de esclavitud laboral “libertad de empresa”, entonces la explotación desaparecerá; si denominamos a una banda de ladrones “partido político”, ellos estarán legitimados para acceder al gobierno, si a la cárcel la llamamos “centro de reclusión”, las violaciones a los derechos humanos que allí se cometen desaparecerán, si a las mujeres se les llama, no la notario sino la notaria, no la cirujano sino la cirujana, no la acompañante, sino la acompañanta, entonces se logrará una igualdad de géneros, etc. ¡Esto es magia verbal en acción!

Pero, por su parte, la magia del verbo no termina allí. En el Derecho, por ejemplo, fue común durante muchos siglos (¡y lo sigue siendo hoy día!) que si no se respetaba una determinada fórmula lingüística, o sea, una fórmula procedimental, entonces el negocio jurídico en cuestión resultaba inválido o la demanda era rechazada *ad portas*. Mediante esta exigencia de formalismos se cometieron (y se cometen en la actualidad) grandes injusticias. En este sentido, los ritos de la religión y de la brujería guardan un estrecho parecido *estructural* con los ritos del Derecho. Por supuesto, que este elemento ceremonial no es nada inocente. En él va implícita la idea del poder de las palabras.⁽¹⁶⁾ No es el ser humano detrás de la acción jurídica, sino la fórmula lingüística la que instituye la validez de lo actuado. Al respecto, nos dice Neumann-Duesberg: “*A tal origen mágico se remontan, según mi opinión, las viejas fórmulas verbales y los procedimientos rituales en el culto, la religión y el derecho. Especialmente, los certa et sollemnia verba fueron, en tiempos primitivos, comunes a todas las actividades de culto y a las jurídicas. En este sentido, las fórmulas para orar y las fórmulas jurídicas se correspondían unas con otras. Del mismo modo*

(16) Sobre este tema específico, consúltese la obra de C.K. Ogden y I.A. Richards ya mencionada, en particular el capítulo II.

que el orador tiene que invocar la deidad correcta, así también debía el demandante emplear la actio correspondiente."⁽¹⁷⁾

Aún en nuestros días, presuntamente dominados por el conocimiento y la tecno-ciencia, subsisten resabios bastante evidentes de la vieja magia verbal. En el lenguaje ordinario se habla de "*dar la palabra*" (en el sentido de prometer algo) como si la palabra fuera una cosa y tuviera un poder inapelable sobre las personas. Igualmente, la repulsión por el lenguaje obsceno, o la existencia de delitos como el de difamación o injurias, son una muestra del poder que continúa ejerciendo el lenguaje en la conciencia de los individuos. Así, por ejemplo, es curioso encontrar en muchos Códigos Penales delitos de palabra contra los muertos. En el caso de Costa Rica, está el artículo 148: "*Ofensa a la memoria de un difunto: "Será sancionado con diez a cincuenta días multa, el que ofendiere la memoria de una persona muerta con expresiones injuriosas o difamatorias..."*"

Igualmente, en los rituales religiosos y jurídicos perviven las viejas fórmulas y, esencialmente, los juramentos, que pretenden, a través de su pronunciación, vincular al sujeto a un conjunto de obligaciones inexorables, las cuales, sino se cumplen, serán vengadas por Dios, por la Patria o por alguna otra entidad superior.⁽¹⁸⁾ Veamos, como ejemplo, una típica fórmula de juramentación: "*Juráis a Dios o ante lo más sagrado de vuestras convicciones y prometéis a la Patria y a la Universidad, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes y responsabilidades que impone el ejercicio de vuestra profesión. Si así lo hicierdes, Vuestra conciencia os lo indique, y si no, la Patria y la Universidad os lo demanden*". Aquí es evidente que el contenido cognitivo de estas palabras es nulo. Ellas apelan a otra dimensión que no es, precisamente, la racional.

En estos supuestos nos encontramos ante una forma de *idolatría-verbal* de carácter psicológico. Los orígenes de esta idolatría han sido rastreados –por autores como Sigmund Freud o Bronislaw Malinowski– hasta las primitivas manifestaciones del *animismo*. Bajo animismo (o animatismo) entendía este autor (Freud), la tendencia de los individuos

(17) Neumann-Duesberg, *op. cit.*, p. 25.

(18) Véase el excelente libro de Neumann-Duesberg ya citado, en especial el capítulo titulado: "*Certa et solemnia verba*", pp. 24 y ss.

a atribuirle vida a todos los seres inanimados; es decir, a la totalidad de la naturaleza.⁽¹⁹⁾ Según esta concepción, una roca o un trozo de metal, al igual que un animal o una persona, tienen vida propia y pueden ejercer una influencia sobre los destinos del ser humano. Se trata de una transferencia radical de las características humanas (*personificación*) al entorno, ello con el propósito de hacer menos hostil dicho entorno; es decir, nos encontramos con el conocido fenómeno de la *antropologización* de la naturaleza física, el cual da lugar no solo a sistemas como el de la filosofía panteísta (Spinoza, Bruno, Schelling), sino también a las más diversas religiones del mundo. Ya lo indicaba David Hume, en su *Natural History of Religion*: “*Existe una tendencia universal entre los seres humanos a concebir todos los demás seres igual que sí mismos y a transferir a los objetos aquellas características que les resultan más familiares y de las cuales están íntimamente conscientes.*”⁽²⁰⁾

En síntesis: el naturalismo lingüístico y la magia verbal –definidos en términos de la creencia de que las palabras son o tienen poder absoluto sobre las cosas– se originan en etapas muy tempranas del desarrollo humano. Es probable que dicha creencia encuentre, incluso, una base *filo- y ontogénica* (es decir, que esté integrada a nuestras estructuras básicas de pensamiento).⁽²¹⁾ La idea de considerar el lenguaje como un reflejo de la realidad y, eventualmente, del pensamiento racional, ha conducido a un proceso de independización conceptual de corte fundamentalmente *místico-metafísico*; es decir, a un proceso donde lo único que importa son las palabras en cuanto tales, más allá de si tienen o no sentido. Un ejemplo paradigmático de este proceso está dado por algunas (no todas) las discusiones escolásticas en torno a

(19) Véase, en especial, el capítulo III de *Totem y Tabú*: “Animismus, Magie und Allmacht der Gedanken”, publicado en el libro: *Kulturtheoretische Schriften*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1974, pp. 364 y ss. Es necesario indicar que allí Freud distingue entre “animismo” y “animatismo”, distinción que, para nuestros efectos, es prescindible.

(20) Hume, D., *The Natural History of Religion*, A. and H. Bradlaugh Booner, Londres, sin año de publicación, Sección III, p. 11. El texto original dice: “*There is an universal tendency among mankind to conceive all beings like themselves and to transfer to every object those qualities with which they are familiarly acquainted and of which they are intimately conscious.*”

(21) Por sobre todos la obra de Topitsch ya citada (nota 9).

la naturaleza de Dios, de la trinidad, de los ángeles, etc. Allí el interés básico de la llamada teología racional reposa en la articulación dogmática de una base coherente conceptualmente; es decir, en una elaboración estrictamente sintáctica de las categorías,⁽²²⁾ sin importar la consideración de elementos semánticos o pragmáticos. Al final de cuentas, estas discusiones terminaban (y terminan en la actualidad) en un *“inmaculado cielo de los conceptos”*, alejado de toda realidad empíricamente constatable.⁽²³⁾ Algo muy parecido acontece también en el campo de la dogmática jurídica, tal y como lo denunció Jhering hace más de doscientos años. La duda que nos surge (pero que no podrá ser dilucidada en este trabajo) es si las teorías sociales y políticas de moda en la actualidad (e.g. Habermas y su situación ideal del habla, Giddens y su teoría de la estructuración, Luhmann y su *autopoiesis*, el postmodernismo, entre otras) no contendrán en sus elementos básicos mucho de magia verbal. Es por ello pertinente recordar, para terminar este apartado, la opinión de Goethe en torno a las teorías filosóficas (y jurídicas), las cuales calificaba como: *“Ligerezas de un espíritu impaciente que quiere deshacerse gustosamente de los hechos y, en su lugar, colocar únicamente imágenes, conceptos y, a veces, tan solo palabras.”*⁽²⁴⁾

III. EL CARÁCTER CATÁRTICO (O MEDICINAL) DEL LENGUAJE

Una de las confusiones más frecuentes respecto al lenguaje consiste en asumir que éste solo sirve para *transmitir ideas* (rationales). Las personas, sean ellas científicos sociales o no, se ponen en un estado

(22) Carnap le niega a las proposiciones de la escolástica (tales como: “Dios es justo”, “Dios es omnisciente”, etc.) el carácter de proposiciones con sentido –¡incluso en el plano sintáctico!– pues él considera que allí se violentan reglas básicas de la sintaxis, en el sentido de que atributos como “justo” o “bueno” solo se pueden predicar de entes empíricamente existentes. Véase al respecto el conocido artículo: “Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache”, recogido en: Kurt Rudolf Fischer (editor), *Österreichische Philosophie von Brentano bis Wittgenstein*, UTB für Wissenschaft, Viena, 1999.

(23) Por supuesto, este proceder no es solo propio de la escolástica (la cual, dicho sea de paso, tuvo grandes desarrollos en el ámbito lógico), sino también de corrientes como la filosofía del espíritu de Hegel, la hermenéutica de Heidegger, la teoría de sistemas de Luhmann, la teoría discursiva de Habermas, etc., donde lo importante es la “pureza” conceptual de las categorías, más que su significación empírica.

(24) Goethe, W., *Maximen und Reflexionen*, número 428.

de ánimo tal que no cuestionan la posibilidad de que el lenguaje sirva también para otras muchas cosas. Esta circunstancia no le pasó por alto a Mefistófeles, al concluir lapidariamente: "*Los hombres creen, generalmente, cuando oyen palabras, que por fuerza deben contener alguna idea [y algún sentido].*" Durante muchos años, esta idea básica pasó inadvertida, y no fue sino hasta las Investigaciones Filosóficas de Wittgenstein, cuando se dio un adecuado tratamiento del problema. Fue él quien vio, con mayor claridad, que las palabras no solo sirven para formular ideas, sino también para otras muchísimas cosas más: expresar sentimientos, dar órdenes, describir objetos, informar sobre diferentes hechos, cantar, resolver acertijos, hacer bromas, pedir, agradecer, maldecir, saludar, etc., etc.⁽²⁵⁾

El carácter *pluri-funcional* del lenguaje tiene enormes consecuencias, las cuales son frecuentemente olvidadas o ignoradas en el análisis social. Desconocer la diversidad de los usos del lenguaje, ha llevado a muchos teóricos a atribuirle a las palabras un carácter esencialmente *cognitivo*, es decir *simbólico* y, por lo tanto, *racional*. Sin embargo, los estudios antropológicos y etnológicos⁽²⁶⁾ han demostrado

-
- (25) El pasaje concreto de Wittgenstein es el siguiente: "*Führe dir die Mannigfaltigkeit der Sprachspiele an diesen Beispielen, and anderen, vor Augen:
Befehlen, und nach Befehlen handeln –
Beschreiben eines Gegenstands nach dem Ansehen, oder nach Messungen –
Herstellen eines Gegenstands nach einer Beschreibung (Zeichnung) –
Berichten eines Hergangs –
Über den Hergang Vermutungen anstellen –
Eine Hypothese aufstellen und prüfen –
Darstellen der Ergebnisse eines Experiments durch Tabellen und Diagramme –
Eine Geschichte erfinden; und lesen –
Theater spielen –
Reigen singen –
Rätsel raten –
Einen Witz machen; erzählen –
Ein angewandtes Rechenexempel lösen –
Aus einer Sprache in die andere übersetzen –
Bitten, Danken, Fluchen, Grüßen, Beten.*" *op. cit.*, § 23.

- (26) Compárese al respecto el artículo de Malinowski, "El problema del significado en las lenguas primitivas", recogido en la obra de Ogden y Richards mencionada, p. 312 y ss.

que, desde tiempos inmemoriales, el uso del lenguaje ha tenido esencialmente un contenido catártico, es decir, de liberación de fuerzas irracionales o de impulsos reprimidos en la psiquis humana. Los cantos religiosos, las letanías, las oraciones, las ceremonias místicas, o, en nuestros días, los discursos políticos y la propaganda televisiva cumplen, exactamente, esta función. En fin, el lenguaje es –tal y como lo vio atinadamente Malinowski– “*un modo de acción y no un instrumento de reflexión*”.⁽²⁷⁾ De allí que, Ernst Topitsch haya señalado que las palabras constituyen la base de lo que él llama los *modelos de éxtasis y catarsis*. “*Lo esencial de estas construcciones [lingüísticas] consiste en el uso de expresiones altamente indeterminadas, las cuales despiertan ciertos sentimientos, pero no indican nada preciso...*” De allí que dicho autor, secundando a Vilfredo Pareto, considere que nos encontramos aquí con una verdadera música verbal (*musica di vocaboli*), cuya tarea principal reposa en la generación de estados de embriaguez y letargo espiritual.⁽²⁸⁾

De lo que se trata, con el uso emotivo del lenguaje, no es de transmitir un mensaje racionalmente aprehensible o cognitivamente significativo, sino de despertar ciertos *estados de ánimo* en quien escucha las palabras.⁽²⁹⁾ Estas no son, pues, un medio de transmisión de pensamientos, sino un instrumento psicológico de provocación. Lo que se requiere es que el receptor entre en un *trance*; es decir, que no cuestione el significado real de lo que escucha, sino que lo atienda tal cual, o sea, en su dimensión fonética, y actúe en concordancia con lo esperado. Las palabras aquí “*ya no actúan como signos sino como sonidos; son notaciones musicales al servicio de una psicología emocional*.”⁽³⁰⁾ Como es bien sabido, en ninguna forma literaria se expresa este uso del lenguaje con mayor fuerza que en la poesía. De allí que Ciorán haya sostenido, y con mucha razón, que: “*Aún hallándonos a mil leguas de la poesía, dependemos de ella todavía por esa súbita necesidad de aullar –último estadio del lirismo*.”⁽³¹⁾

(27) Malinowski, S., *op.cit.*, p. 331.

(28) Topitsch, E., *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(29) Una importante contribución en el clásico libro de Stevenson, Ch., *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven y Londres, 14. reimpresión, 1972.

(30) Véase Ogden, C.K., y Richards, I.A., *op.cit.*, p. 60.

(31) Ciorán, E.M., *Silogismos de la amargura*, traducción de Rafael Panizo, TusQuets Editores, 3. edición, Barcelona, 1997, p. 16.

La consideración del lenguaje como un instrumento de comunicación puramente racional y científico, imperante en el discurso socio-jurídico, deja de lado, de una manera ilusa, la dimensión emotiva de las palabras. Las categorías de racional/irracional no encuentran acá una aplicación directa. En el discurso persuasivo (del cual se compone, en gran medida, nuestra comunicación cotidiana) no tienen vigencia los criterios de significación cognitiva. Todo lo contrario. Se puede afirmar que entre más irracional sea el lenguaje empleado, entre más alejado de cualquier referente empírico, entre más se acerque éste al “*aulido*” del que nos habla Ciorán, mayor será su efecto persuasivo. El grito eufórico de las masas enardecidas es la mejor prueba de ello. Cualquier signo de sensatez operará, bajo estas circunstancias, como un obstáculo a la acción. La mejor atmósfera que puede encontrar este uso particular del lenguaje es un escenario dominado por la rabia, el espanto, el furor o el delirio de los participantes. Quien haya visto lo que pueden producir unas cuantas palabras abstrusas (pueblo, justicia, libertad, patria) en una muchedumbre irracional, no tendrá dificultad en comprender el fenómeno que se está describiendo. Un ejemplo bastará para demostrar el *poder de las palabras* al que referimos:

“Tres millones de personas, armadas en la sagrada causa de la libertad, y en un país como este que poseemos, resultan invencibles frente a cualquier fuerza que el enemigo despache en nuestra contra. Además, Señor, no peharemos nuestras batallas solos, pues existe un Dios justo, quien preside sobre los destinos de las naciones y quien levantará a sus aliados para que peleen nuestras cruzadas. La batalla, Señor, no es solo para los fuertes. Es también para los vigilantes, los activos, los valientes. Además, Señor, no tenemos elección. Aun si fuésemos lo suficientemente fuertes para desearlo, ya es demasiado tarde para retirarse de la contienda. ¡No existe la retractación sino es en la sumisión y en la esclavitud! ¡Nuestras cadenas se han roto! Sus chasquidos se escuchan en las praderas de Boston. La guerra es inevitable. Así pues, ¡dejadla venir! Repito Señor: ¡Dejadla venir! // Resulta vano, Señor, prolongar este asunto. Los hombres podrán gritar: ¡Paz, Paz!, pero la paz ya no existe. La guerra ya ha empezado. El próximo galeón que parta hacia el norte traerá hasta nuestros oídos el retumbar de las armas. ¡Nuestros alientos ya están en el campo de batalla! ¡Por qué permanecemos, entonces, inactivos? ¿Qué es lo que los hombres desean? ¿Qué es lo que quieren? ¿Es la vida tan preciada, o la paz tan dulce, como para ser comprada

al precio de las cadenas y de la esclavitud? ¡Prohíbelo, Oh Dios Omnipotente! Ignoro el curso que otros han de tomar; pero en lo que a mí respecta: ¡dadme libertad o dadme muerte!⁽³²⁾

El lector disculpará lo extenso de esta cita, sin embargo, nos parece que es un ejemplo paradigmático del poder emotivo del lenguaje. Examinado desde el punto de vista racional, el discurso citado no contiene, prácticamente, ningún elemento informativo.⁽³³⁾ Se trata, simplemente, de una poderosa apelación a las emociones que llevó, dicho sea de paso, a la matanza de no pocas personas en la Revolución Americana. Discursos similares a este son, por lo demás, una legión en la historia de los movimientos políticos y sociales.

Por supuesto, no hay que llamarse a engaños o a mentiras piadosas. Ya lo hemos dicho al inicio de este artículo. La magia verbal que se ha descrito no es propia solo de los templos religiosos, de los congresos parlamentarios o de los estadios de fútbol. Allí es donde se manifiesta más claramente lo que ya, de por sí, se encuentra presente en el uso ordinario y hasta científico del lenguaje. Lo importante, para un teórico social, no es solo tomar nota de los efectos disuasivos que produce un sermón religioso en una congregación de fieles, sino de los “embrujo” presentes en su propia disciplina. Es decir, es en la esfera científica (meta-teórica) donde se requiere mayor atención y cuidado, pues es justamente allí donde, se supone, la pasión debería ser dominada por la razón.⁽³⁴⁾

La lectura de los textos filosóficos es un buen ejemplo de lo que se está diciendo. Tomemos ahora un pasaje del filósofo español Miguel de Unamuno:

(32) Famoso discurso pronunciado por Patrick Henry en 1775. Tomado de Cook, R.J., *One hundred and one famous poems*, Contemporary Books Inc., Chicago, 1958, p. 177 (traducción de MES).

(33) Más allá, claro está, del aspecto trivial de informarnos que explotó una guerra, que hay algunas personas que desean la “paz”, etc.

(34) Téngase presente, no obstante, lo dicho por Wittgenstein: “*Die Leidenschaft verspricht etwas. Unser Gerede dagegen ist kraftlos*” (que traducido libremente diría: ¡Allí donde habla la pasión, calla la razón! Citado en: Kurt Rudof Fischer, *op. cit.*, p. 223.

“Más, más y cada vez más; quiero ser yo y, sin dejar de serlo, ser además los otros, adentrarme la totalidad de las cosas visibles e invisibles, extenderme a lo ilimitado del espacio y prolongarme a lo inacabable del tiempo. De no serlo todo y por siempre, es como si no fuera, y por lo menos ser todo yo, y serlo para siempre jamás. Y ser todo yo, es ser todos los demás. ¡O todo o nada!... ¡Eternidad! ¡Eternidad! Éste es el anhelo; la sed de eternidad es lo que se llama amor entre los hombres, y quien a otro ama es que quiere eternizarse en él. Lo que no es eterno tampoco es real.”⁽³⁵⁾

Es claro que en el pasaje transcrito el componente principal es el *afectivo* (no el cognitivo). El autor quiere, más que transmitir un mensaje racionalmente aprovechable, despertar un *estado de ánimo* en su lector. Ese estado de ánimo se identifica con la necesidad emocional –y por supuesto irracional– de alcanzar la eternidad. Lo que en el texto subyace, finalmente, es muy sencillo de expresar en el plano lingüístico. El mensaje, instrumentalmente visto, es incluso trivial: el deseo de no morir. Sin embargo, ese mensaje está al servicio de una necesidad afectiva mucho más profunda. Esa necesidad se identifica con la certeza de la muerte y del aniquilamiento. Incapaz de suprimir la conciencia, pero también impotente para superarla, es decir, incapaz de trascender su propio cuerpo, al ser humano no le queda más remedio que la angustia en la comprensión de sus límites y de su inevitable contingencia. “*Para quien haya respirado la Muerte, ¡qué desolación el olor del Verbo!*” (Ciorán). Esa es la angustia que quiere compartir con nosotros Unamuno. No es una angustia racional, reflexiva, cuerda; sino una angustia de locura, de agonía, una angustia del alma, como diría él. Pero, aquí, lo repetimos, el lenguaje está al servicio de las emociones y no de la razón instrumental.⁽³⁶⁾

En definitiva: el naturalismo lingüístico y la magia verbal cumplen, en la praxis vital pero también en la teoría, el papel de un analgésico, es decir, de un engaño lingüístico colectivo, que permite

(35) Unamuno, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, Ediciones Orbis S.A., Argentina, et. al., 1984, p. 29.

(36) En este sitio, como en otros, no quiero decir que la “pasión” esté siempre separada de la “razón” (más allá de lo que se entiende con estos términos), sino simplemente que hay usos del lenguaje que benefician más lo uno que lo otro.

una compensación imaginaria respecto a las contingencias del mundo real. Por medio de las fórmulas del lenguaje las personas alcanzan un estado espiritual que no es posible alcanzar en la vida real. A este respecto resultan muy atinadas las palabras de Erich Fromm: “*En la medida en que la sociedad no permite satisfacciones verdaderas, las satisfacciones fantaseadas sirven como sustituto y se convierten en un poderoso soporte de la estabilidad social. Cuanto mayores sean los renunciamientos que los hombres padecen en realidad, tanto mayor deberá ser la preocupación por la compensación. Las satisfacciones obtenidas en la fantasía tienen la doble función característica de todo narcótico: obran como analgésico y a la vez como freno al cambio activo de la realidad. Las satisfacciones fantaseadas en común tienen una ventaja esencial sobre los ensueños individuales: en virtud de su universalidad, las fantasías son percibidas por la mente consciente como si fueran reales. Una ilusión de la que participan todos se convierte en realidad.*”⁽³⁷⁾

IV. PREGUNTAS QUE CONDUCEN A LA “NADA”

Existe una estrecha relación entre el naturalismo lingüístico, la magia verbal y lo que Friedrich Waismann denominaba la *lógica de la pregunta*.⁽³⁸⁾ Por lo general, la ingenuidad en el uso del lenguaje se refleja no solo en el planteamiento de proposiciones asertivas (hipótesis, explicaciones, afirmaciones), sino también en la **formulación de preguntas**. Las personas tienen a creer que –simplemente porque la gramática lo permite– es posible preguntar sobre cualquier cosa y obtener respuestas racionales al respecto. Todo consiste, según esta idea, en colocar las palabras en el orden respectivo o en poner unos signos de interrogación, para que ya la pregunta esté formulada y, acto seguido, nos demos a la tarea de buscar la respuesta. Si la pregunta no se puede responder es porque, o bien la persona es ignorante o bien no cuenta con suficiente información, pero, de seguro, que **si** existe una respuesta. Todo está en buscarla. Este, repetimos, es quizás uno de los *mitos* más arraigados de toda la mentalidad ordinaria (y científica) de los seres humanos. Él ha conducido a las más descabellas y absurdas

(37) Fromm, E., *El dogma de cristo y otros ensayos sobre religión, psicología y cultura*, traducción de Gerardo Steenks, Editorial Paidós, Buenos Aires, sin año de publicación, p. 28, cursiva nuestra.

(38) Véase Waismann, F., *Logik, Sprache, Philosophie*, Reclam, Stuttgart, 1976, en especial el capítulo titulado: “Zur Logik des Frages”, p. 565 y ss.

disputas, de las cuales la historia de la filosofía (y hasta de la ciencia) está llena.

Este mito, por supuesto, ha sido denunciado en reiteradas ocasiones, sin que por ello haya cesado su poder de seducción. Ya en 1910, un autor uruguayo, Carlos Vaz Ferreira, refería a lo que él llamaba las falacias verbo-ideológicas en los siguientes términos: “*Supongan, pues, ustedes, que se plantea alguna de las proposiciones que encontramos en estos pasajes: ‘el Ser, ¿es vibración o no es vibración?’, o esta otra más típica, todavía: ‘el Alma, ¿es negativa o no es negativa?’ La falacia que yo les señalo [consiste en] dejar pasar esta formulación verbal, la de admitir el problema [como legítimo]..., ya sea para sostener o sea para combatir que el alma es negativa; es absolutamente lo mismo: en cuanto el problema se admite, en cuanto se admite la cuestión, ya el sofisma está producido y no hay salvación lógica posible. Hay que rechazar estos problemas; y hay que acostumbrarse a adquirir una especie de instinto que nos hace sentir la inadecuación verbal...aun antes de empezar a pensar sobre las cuestiones.*”⁽³⁹⁾

Carnap radicalizó aún más la crítica. Sostuvo que las preguntas sobre entidades como el “Ser”, el “Alma”, la “Nada”, “Dios”, lo “Eterno”, lo “Absoluto”, el “Espíritu”, la “Esencia”, el “Yo”, etc., violentan, de una manera grosera, las reglas básicas de la sintaxis. Al respecto indicó: “*La sintaxis de un lenguaje específica qué combinaciones de palabras son admisibles y cuáles inadmisibles. Sin embargo, la sintaxis gramatical de un lenguaje natural no es capaz de realizar la tarea de eliminar todos los casos de combinaciones de palabras que resulten sin sentido. Tomemos como ejemplo las dos secuencias de palabras siguientes: 1) César es Y, y 2) César es un número primo.*”⁽⁴⁰⁾ En este caso, nos dice Carnap, la proposición (2) resulta contraria a todas las reglas sintácticas (contrario a la proposición 1, que es correcta pero está incompleta: César es un general). De allí que, a pesar de que la proposición “César es un número primo” “*aparenta ser una proposición no lo es, no declara nada, no expresa ninguna relación objetiva existente o inexistente. Por ello llamaremos a esta secuencia de palabras ‘pseudo-proposición’.*”⁽⁴¹⁾

(39) Vaz Ferreira, C., *Lógica Viva*, Editorial Losada S.A., 2. edición, Buenos Aires, 1952, p. 100.

(40) Carnap, R., *op. cit.*, p. 189.

(41) En su famoso artículo ya citado: “Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache”, recogido en: Kurt Rudolf Fischer (editor),

Por su parte, y siempre respecto al problema de la lógica de las preguntas, G.E. Moore, nos dice: "*Tengo la impresión de que en todos los estudios filosóficos...las dificultades y desacuerdos, de los cuales la historia está repleta, se deben, fundamentalmente, a una causa, a saber, al intento de responder preguntas sin haber descubierto previamente qué tipo de preguntas son las que se quieren responder*".⁽⁴²⁾ De allí que nosotros consideremos que uno de los logros personales e intelectuales más significativos que pueda obtener un teórico, y en esto tenía toda la razón la filosofía analítica, es lograr comprender, y no sólo comprender, sino internalizar y practicar como mandamiento personal, que lo más importante en el quehacer teórico-científico no son tanto las respuestas que se puedan dar a determinados enigmas, sino, y fundamentalmente, qué tipo de preguntas se pueden formular válida y legitimante. De la formulación de la pregunta depende qué tipo de conocimiento se adquirirá: un conocimiento instrumental, aprovechable desde el punto de vista de la teoría social, o un saber-mítico, cuyo núcleo básico radica en apaciguar los demonios de la incertidumbre, es decir, un conocimiento que sirva de consuelo o de éxtasis para nuestro espíritu.

Esta distinción entre lo preguntable legitimamente, desde el punto de vista analítico, y lo no-preguntable, a pesar de su excesiva importancia, es quizás una de las distinciones más ignoradas en el campo de las ciencias sociales y jurídicas. Un ejemplo de ello, dada la importancia en ciertas áreas del saber, viene dado por la cuestión de los fines. La pregunta por cuál es el propósito de una X o Y institución (por

Österreichische Philosophie von Brentano bis Wittgenstein, UTB für Wissenschaft, Viena, 1999, p. 189. De lo dicho Carnap concluye sobre el sin-sentido de la metafísica tradicional, pero no por las razones que se suele creer. Al respecto indica: "*Ahora aparece claramente la diferencia entre nuestros puntos de vista y los de los antimetafísicos precedentes; nosotros no consideramos a la metafísica como una 'mera quimera' o un 'cuento de hadas'. Las proposiciones de los cuentos de hadas no entran en conflicto con la lógica sino sólo con la experiencia; tienen pleno sentido aunque sean falsas. La metafísica no es tampoco una 'superstición'; es perfectamente posible creer tanto en proposiciones verdaderas como en proposiciones falsas, pero no es posible creer en secuencias de palabras carentes de sentido.*", p. 193.

- (42) G.E. Moore, en el Prefacio a la obra: *Principia Ethica*, Prometheus Books, New York, 1988, página vii, Trad. de M.E.S. La advertencia la hizo Moore hace más de cien años y parece que la cosa no ha cambiado substancialmente como se verá en este trabajo.

ejemplo, de la sanción penal, de la prisión, etc.), planteada, sin más, es un típico “embrujo del lenguaje”. Es como si se preguntase a un nutricionista, valga el ejemplo un poco exagerado, pero que puede ayudar a aclarar el asunto: ¿cuál es el fin de la dieta? Resulta obvio que el nutricionista necesitaría, para aclarar tal interrogante con algún grado de corrección, de una serie de precisiones: ¿a qué tipo de dieta se refiere el que pregunta? ¿a una dieta de vegetales, a una de carnes blandas, a una dieta con consumo exclusivo de ciertos productos y no de otros, etc.? Una vez aclarado el ámbito del concepto abstracto y general: “dieta”, tendría el médico que continuar con otra serie de precisiones: por ejemplo, determinar quién (qué tipo de paciente) es el que formula la pregunta. No es lo mismo una dieta para el que tiene un padecimiento cardiaco, que para quien tiene un problema de diabetes, o para el que desea reducir de peso, o aquel que lo hace por meras razones estéticas, y así sucesivamente.

Responder a la pregunta por la “dieta universal” (o sea, por el fin general de un X o Y instituto) resulta, finalmente, un verdadero juego escolástico imposible de dilucidar racionalmente. Pero, y con esto anticipo la objeción, la validez de la pregunta depende exclusivamente de qué *tipo de respuesta* sea la que se quiere obtener. Si se reconoce, *a priori*, que la respuesta NO importa en lo mínimo, y que la pregunta por la dieta general se formula exclusivamente con propósitos de juego (¡lúdicos!), o que se hace para “pasar el rato” o justificar la vida (¡no morir de aburrimiento!), o que se hace simplemente para escribir un libro, aunque éste sea de muy poca o casi nada de utilidad para quien tiene algún padecimiento real que requiera dieta, o que lo que se busca es explorar las dimensiones estéticas de la escritura sobre dietas, o que se hace únicamente por razones de vanidad y asistir a los congresos sobre dietas, entonces habrá que reconocer que es válido y legítimo formular la pregunta por la dieta en los términos apuntados. Es más, desde dicho punto de vista resultaría justificable, en todos sus extremos, y hasta muy recomendable, la formulación de preguntas semejantes.

Sin embargo, y esto es lo crucial, si lo que se quiere con la formulación de la pregunta es la obtención de algún conocimiento de carácter real-instrumental, es decir, de algún saber que ayude, en mayor o menor grado, a aquellos que en la *realidad* requieren hacer dieta para aliviar sus males, entonces habrá que reconocer que el planteamiento de la “pregunta universal” es de poquísima utilidad para esos efectos, y que, por tanto, habrá que realizar las precisiones a que hicimos alusión, sino se quiere que la condición del paciente empeore o le lleve a la muerte.

Esta aclaración –elemental y explicada hace mucho tiempo en diversas áreas de la filosofía analítica– sigue siendo, hoy como ayer, uno de los principales enemigos de una metodología realista del derecho (y de las ciencias sociales en general), y piedra angular del *pensamiento mitológico*. Con qué harta frecuencia se leen discusiones y debates, pletóricos de todo tipo de sutilezas, sobre cuestiones como: el fin de la norma, el propósito de la interpretación jurídica, los fines de la sanción penal, etc. Creo que es necesario que regresemos, en este sentido, a la sabia afirmación de Hans Kelsen: “*La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle.*”

En definitiva: Los seres humanos suelen ser demasiado optimistas respecto a los alcances del lenguaje, pues con unas cuantas decenas de letras, interrogan al mundo y al universo: ¿eres finito o infinito? ¿tienes principio o fin? ¿eres eterno o contingente? Y lo más infantil: esperan una respuesta contenida en unas cuantas letras. Es probable que dicho infantilismo lingüístico propicie, finalmente, que los individuos conserven una buena *reserva de misticismo* latente en la gramática del lenguaje, tal y como hemos expuesto en estas páginas.

V. CONCLUSIONES GENERALES

1) El lenguaje es una herramienta que condiciona, en una gran medida, nuestra forma de pensar y de percibir el mundo. Según las investigaciones pioneras de Benjamín Lee Whorf, Edward Sapir, C.K. Ogden, I.A. Richards, Ludwig Wittgenstein y más recientemente de Noam Chomski, son nuestras estructuras mentales (nuestra “gramática”) las que dirigen los procesos psicológicos de percepción, valoración y cognición del entorno. En campos como la teoría social y jurídica el lenguaje tiene, entonces, una importancia capital, la cual es, empero, ignorada en muchos casos. De allí que, tal y como se ha ilustrado en este trabajo, en el análisis social y político perviven aún, aunque a veces de manera disfrazada, formas típicamente místicas (o mágicas) de argumentación.

2) El naturalismo lingüístico y la magia verbal son, contrario a lo que se cree, fenómenos muy frecuentes en la argumentación que entrañan, esencialmente, dos aspectos claves: a) La creencia de que las palabras son las cosas o se identifican con estas, de tal suerte que allí

donde hay una palabra es casi seguro que hay también un objeto y; b) La creencia de que las palabras ejercen *poder* absoluto sobre las cosas. Así, no es inusual, especialmente en el discurso de la política y del derecho, asumir –fantasiosamente– que solo con cambiar unos cuantos términos ya se ha cambiado el mundo. Un país será más equitativo e igualitario si se le llama “democrático”, una guerra será legítima si se le considera “santa”, una nación será enemiga de la humanidad (y por lo tanto podrá ser invadida) si se le califica de “terrorista”, y así sucesivamente.

3) Los usos del lenguaje son múltiples y variados. Empero, en la mentalidad ordinaria (¡y científica!), se suele asumir que las palabras sirven *solo* para transmitir ideas; es decir, que el lenguaje cumple una tarea cognitiva. De esta forma, se reduce el lenguaje a un nivel puramente reflexivo y racional, ignorándose, palmariamente, otras funciones propias de las palabras, especialmente en la arena política y jurídica. Tal y como dice Mellizo: “*La convivencia y la querrela son cuestión de palabras. Toda la historia se ha hecho hablando, para bien o para mal. Desde el primer tirano, vociferando a su pueblo las consignas mágicas, hasta el último, a cuyo servicio se ponen [hoy día] la prensa, la radio, la televisión. Todo arte de mandar ha sido un arte de hablar.*”⁽⁴³⁾

4) De todos los usos del lenguaje es, quizás, el uso *emotivo* el más importante. Lo que buscan las palabras es, generalmente, *mover a la acción*, más que comunicar pensamientos. Para lograr ese objetivo, el lenguaje se utiliza como una herramienta de persuasión, en la cual, las fórmulas mágicas, los usos retóricos, la propaganda y hasta la mentira están a la orden del día. Este uso del lenguaje, que ha sido descrito por Topitsch, como un “*modelo de éxtasis y catarsis*”, tiene como tarea mover las bases afectivas e irracionales de la conciencia humana hacia propósitos de *consuelo* espiritual.

5) Los estudios de carácter antropológico apuntan hacia el hecho de que tanto el naturalismo lingüístico como la magia verbal fueron fenómenos relativamente frecuentes en las culturas antiguas. En el llamado “pensamiento primitivo” (referido básicamente a civilizaciones sin escritura) solía creerse en el poder mágico del lenguaje. Si se contaba con la fórmula lingüística adecuada, entonces se podía transformar la realidad: hacer que cayera la lluvia, que crecieran las plantaciones o que

(43) Mellizo, F., *op. cit.*, p. 14.

el enemigo muriera. Esta creencia mítica aún no ha desaparecido de nuestra cultura moderna. Ella pervive, por ejemplo, en el lenguaje de la política o del derecho, donde se cree que cambiando los nombres desagradables de algunas cosas, entonces cambiará, paralelamente, la realidad misma. De aquí se puede concluir que el ser humano evoluciona rápidamente en sus ramas tecnológicas, pero, en cuanto a sus *estructuras básicas de pensamiento* se refiere, está mucho más cerca del gorila (sin ofender a éste) de lo que en general asumimos.

BIBLIOGRAFÍA

BORSCHKE, T. (editor), *Klassiker der Sprachphilosophie. Von Platon bis Noam Chomski*, C.H.Beck Verlag, München, 1996.

CARNAP, R., "Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache", recogido en: Kurt Rudolf Fischer (editor), *Österreichische Philosophie von Brentano bis Wittgenstein*, UTB für Wissenschaft, Viena, 1999.

CIORÁN, E.M., *Silogismos de la amargura*, traducción de Rafael Panizo, TusQuets Editores, 3. edición, Barcelona, 1997, p. 16.

FREGE, G., *Funktion, Begriff, Bedeutung*, 3. edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1969.

FREUD, S., *Totem y Tabu*, recogido en: *Kulturtheoretische Schriften*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1974.

FROMM, E., *El dogma de cristo y otros ensayos sobre religión, psicología y cultura*, traducción de Gerardo Steenks, Editorial Paidós, Buenos Aires, sin año de publicación.

HABA, E.P., *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, Vlamarán S.A., Escuela Judicial, San José, 2003, tomo I y II.

HUME, D., *The Natural History of Religion*, A. and H. Bradlaugh Booner, Londres, sin año de publicación.

KOCH, H.J., y Rüssman, H., *Juristische Begründungslehre*, Verlag C.H. Beck, München, 1982.

KOLAKOWSKI, L., *La Presencia del Mito*, traducción de Gerardo Bolado, Cátedra, Madrid, 1999.

LÉVI-STRAUSS, C., *Mythos und Bedeutung*, Suhrkamp, edición especial, Frankfurt am Main, 1996.

SALAS: Magia verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico...

- MELLIZO, F., *El lenguaje de los políticos*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1968.
- MOORE, G.E., *Principia Ethica*, Prometheus Books, New York, 1988.
- NEUMANN-DUESBERG, H., *Sprache im Recht*, Regensberg-Münster, 1949.
- OGDEN, C.K. / RICHARDS, I.A., *El significado del significado. Una investigación sobre la influencia del lenguaje en el pensamiento y sobre ciencia simbólica*, traducción de Eduardo Prieto, 2. edición, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1964.
- PARKINSON, G.H.R., *La teoría del significado*, traducción de Paloma Villegas, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1976.
- ROSS, A., "Tū-Tū", traducción de Genero R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- RÜTHERS, B., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, C.H. Beck Verlag, Munich, Alemania, 1999.
- SHELLING, F. W. J., *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*, in: Werke, selección en tres tomos, editada y con introducción de Otto Weiß, Fritz Eckardt, Leibzig, 1907.
- SOKAL, A., y BRICMONT, J., *Imposturas Intelectuales*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1999.
- STEVENSON, CH., *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven y Londres, 14. reimpresión, 1972.
- BLUME, T., y DEMMERLING, C., *Grundprobleme der analytischen Sprachphilosophie*, UTB für Wissenschaft, Padeborn, 1998.
- TOPITSCH, E., *Erkenntnis und Illusion. Grundstrukturen unserer Weltauffassung*, 2. edición aumentada y corregida, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988.
- UNAMUNO, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, Ediciones Orbis S.A., Argentina, et.al., 1984
- VAZ FERREIRA, C., *Lógica Viva*, Editorial Losada S.A., 2. edición, Buenos Aires, 1952.
- WAISMANN, F., *Logik, Sprache, Philosophie*, Reclam, Stuttgart, 1976, en especial el capítulo titulado: "Zur Logik des Frages", p. 565 y ss.
- WHORF, B.L., *Sprache, Denken, Wirklichkeit. Beiträge zur Metalinguistik und Sprachphilosophie*, traducido al alemán [del original en inglés] por Peter Krausser, Rowohlt's Enzyklopädie, 22. Edición, Hamburgo, 1999.

RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS DIPUTADOS

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)

Profesor de Derecho Público
Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(Recibido 18/01/07; aceptado 25/06/07)

(*) e-mail: jorgerp10@mail.com; jorger@hotmail.com.
Telfax (506) 250-1160; (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

En este artículo se analizará el numeral constitucional 110, con el objetivo de probar que está referido sólo a las opiniones de los diputados; y, no a los votos que ellos realicen.

Palabras clave: diputados, Constitución Política, historia constitucional, partidos políticos, fuero diputadil.

ABSTRACT

In this paper will be analyzed the constitutional article 110 with the objective of proving that it is referred to only the opinions of the deputies; and, not to the votes of these.

Keywords: deputies, Constitution, constitutional history, political parties, deputy protection.

SUMARIO

Introducción

- 1) Sala Constitucional. Jurisprudencia
- 2) Historia constitucional de Costa Rica
- 3) Sala Tercera. Jurisprudencia
- 4) Tesis de la doctrina costarricense
 - a) Eduardo Ortiz
 - b) Mauro Murillo
 - c) Hugo Muñoz
 - d) Rubén Hernández
- 5) Procuraduría General de la República. Criterio
- 6) Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Criterio

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En este estudio se hará una exposición de la irresponsabilidad de los diputados al tenor del artículo 110 de nuestra Constitución Política:

El diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea Legislativa.

El análisis partirá del voto de la Sala Constitucional 7242-04, tomando en consideración otros criterios jurisprudenciales, la normativa respectiva y la doctrina pertinente.

Hay razones probadas de carácter histórico y jurídico para indicar que el numeral 110 citado, se refiere solo a las opiniones; y, no a los votos de los diputados, al tenor de la vigente Carta Magna.

1) SALA CONSTITUCIONAL. JURISPRUDENCIA

Voto 7242-04. Respuesta a consulta facultativa de diputados

Considerando XVI.- g) Cuestionan los diputados consultantes la constitucionalidad del artículo 48 del Proyecto (de ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública) que corresponde al tipo penal de “*legislación o administración en provecho propio*” por no establecer con claridad si los beneficios que recibe el funcionario deben ser mediatos o inmediatos, con lo que podría estarse violentando los principios de razonabilidad y proporcionalidad; por castigarse con una ley ordinaria a los legisladores, quienes están protegidos por la Constitución Política ; y porque la norma podría llevar al absurdo de tener como coautores y cómplices de un delito a los cincuenta y siete legisladores –si se tratara de la aprobación unánime de una ley-.

La norma tiene el siguiente contenido:

Proyecto de ley contra la corrupción, promulgada como ley No. 8422 del 2004:

“**ARTÍCULO 48.-** Legislación o administración en provecho propio.

Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de

consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.”

Respecto de este proyecto de ley, la Sala Constitucional afirmó lo siguiente, de acuerdo al voto de mayoría de 4 magistrados: Carlos Arguedas, Luis Paulino Mora, Adrián Vargas y Alejandro Batalla.

En cuanto al primer aspecto que se pone en entredicho la misma disposición señala que el beneficio debe recaer *en forma directa*, lo que contesta negativamente la duda de constitucionalidad de los gestionantes.

En cambio, nuestro criterio es que la disposición del artículo 48 que se refiere específicamente a la reacción penal contra los legisladores que pronuncien votos favorables para la aprobación de las leyes, es contraria a lo que dispone el artículo 110 de la Constitución Política, en la parte que dice: *“El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea”*.

Este fuero de indemnidad alcanza a la *manifestación de opiniones* que los diputados hagan en los procedimientos legislativos; obviamente, tiene rango constitucional y es intangible para la ley ordinaria, porque está previsto como una garantía propia de quienes tienen el encargo de “representar a la Nación”, de modo que este mandato representativo se pueda ejercer con una irrestricta libertad.

Se trata, pues, de una garantía funcional que la ley ordinaria no puede recortar o reducir. Por otra parte, la expresión *“opiniones”* implica, evidentemente, la manifestación que se hace en los procedimientos legislativos de los puntos de vista o criterios de los diputados, cualesquiera que ellos sean y no importa de qué manera o en qué términos se expresen, ni por qué medio, es decir, si verbalmente o por escrito.

Ahora bien, *el voto es, bien mirado, una manifestación de opinión* que se produce en las fases decisorias de los procedimientos legislativos, como una consecuencia habitualmente necesaria y lógicamente derivada de la actividad deliberativa que lo precede.

A nuestro modo de ver, carece de consistencia sostener que la indemnidad que predica el *artículo 110 de la Constitución* se reduce a las *opiniones* que se manifiestan durante o con motivo de la deliberación, y no cubre las que se expresan en fase decisoria mediante el voto. *De allí, en suma, que la inclusión en el artículo 48 del proyecto del supuesto de "voto favorable de las leyes" contravenga lo que se dispone en el principio del artículo 110 de la Constitución.*-

Hasta aquí indicó la presentación del voto de mayoría (4 magistrados) que hago del **voto 7242-04**.

Por su parte, el voto de minoría o salvados de tres magistrados, Ana Virginia Calzada, Gilbert Armijo y Ernesto Jinesta argumentaron de la siguiente manera:

La irresponsabilidad de los diputados atañe exclusivamente a las *opiniones* que el legislador emita en la Asamblea legislativa. Y, al emitir su voto de aprobación de una ley, los diputados no están simplemente opinando, sino concurriendo con su voluntad a la formación del acto legislativo.

Agregando que el *artículo 48* pretende tan solo la tipificación de un delito funcional, donde la condición de sujeto activo se reduce a quienes reúnan las características que el tipo describe, en este caso, los diputados de la Asamblea Legislativa.

Es falso, además, que solo en la Constitución puedan tipificarse las conductas por las cuales pueda perseguirse a un diputado.

Con la inconstitucionalidad que declara la mayoría se está dejando un ámbito de impunidad a los diputados que riñe con la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Por mi parte, advierto que tanto el voto de mayoría como el de minoría no hacen referencia a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, en cuanto a este aspecto que analizamos.

Observación:

El criterio de este voto 7242- 04 de 4 magistrados , que hacen mayoría respecto de los siete jueces que integran la Sala Constitucional, está equivocado en dos vías:

- a) Histórica
- b) Jurídica

La tesis de esta sentencia 7242-04 es que el voto, bien mirado es una manifestación de opinión; y, que por lo tanto, el artículo 110 de la Carta Magna al mandar:

El diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea legislativa, incluye la irresponsabilidad por los votos que emita , ya que el voto es una opinión.

2) HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Durante un siglo (de 1848 a 1948), las Constituciones Políticas de nuestro país, afirmaron que los diputados eran no responsables por la expresión de opiniones y votos.

En la Carta Magna de 1948, los constituyentes eliminan la irresponsabilidad por los votos y dejan solo lo relativo a las opiniones.

¿Por qué?

La razón es histórica.

El Tribunal Nacional electoral que conoció del resultado de las elecciones de 1948, le traslada al Poder Legislativo la decisión del triunfador Ulate, basado en la lectura de telegramas enviados por los fiscales de su Partido Unión Nacional. El perdedor de estas elecciones fue Rafael Angel Calderón Guardia (1900-1970). El Presidente de este Tribunal, no firmó la declaratoria a favor de Ulate.

El 28 de febrero de 1948, el Tribunal Nacional Electoral declaró vencedor a Otilio Ulate Blanco (1891-1973) decisión que atacó Calderón Guardia, pidiendo anular estas elecciones. El Congreso, con mayoría de los adeptos al calderonismo (diputados caldero- comunistas) le da curso

a esta impugnación. El primero de marzo de 1948, el Poder Legislativo anuló las elecciones, favoreciendo así a Calderón Guardia.

El eje de la impugnación del calderonismo que presentó al Congreso el 28 de febrero de 1948, fue que el registro electoral actuó irregularmente porque excluyó a miles de votantes calderonistas o vanguardistas (comunistas) o de impedirles votar, al no mandarlos a tiempo a los centros respectivos de votación (Molina-Lehoucq, 1999, pp. 183 a 189; y, Lehoucq, 1997, pp. 16, 17).

Esa anulación de las elecciones de 1948 por el Poder legislativo fue uno de los detonantes para que explotara la guerra civil de este año.

¿Qué ocurre en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949?

Respecto de este tema, las actas 160 a 163 nos dan la información correspondiente, de acuerdo a los criterios expresados por los constituyentes respectivos:

Acta 60

Ricardo Esquivel: que no vuelvan a ocurrir los hechos del primero de marzo de 1948 (anulación de las elecciones, por el Poder Legislativo, a favor de Ulate, candidato declarado ganador por el Tribunal Nacional Electoral), (p. 67, T. II, Actas...).

Ramón Arroyo: lo que ocurrió el primero de marzo de 1948 violó la Constitución Política (p. 69, T. II, Actas...).

Acta 62

José María Zeledón: en el caso del Congreso del primero de marzo de 1948, cuyos 27 diputados, a pesar de todos los esfuerzos de la justicia, no han logrado ser sancionados en virtud de estar protegidos por el precepto constitucional del artículo 77 de la Carta Magna de 1871. De ninguna manera puede mantenerse un principio como éste (irresponsabilidad del diputado por la emisión del *voto* y opiniones), para que en el futuro no puedan presentarse violaciones graves y maliciosas a la Constitución Política, sin la respectiva sanción. (p. 81, T. II, Actas...).

Celso Gamboa Rodríguez: los 27 diputados del primero de marzo de 1948 y Calderón Guardia le están causando al país más daño ahora que antes. (p. 82, T. II, Actas...).

Acta 63

José María Zeledón: votaré la revisión planteada a la aprobación que hizo para que se lea el diputado es irresponsable por los votos y las opiniones emitidas. Establecer que los diputados son irresponsables por sus *votos* y opiniones emitidos en la Cámara, así hagan añicos la Constitución Política, es inmoral (p. 85, T. II, Actas...).

Acta 181

Se aprueba definitivamente el artículo 110:

El diputado no es responsable por las *opiniones* que emita en la Asamblea Legislativa (...) (p. 85, T. II, Actas...).

El *hecho histórico* probado, es que la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, eliminó expresamente de este numeral 110 lo relativo a los *votos* y dejó solo las expresiones o las *opiniones* de los diputados.

Por ello, la **sentencia 7242-04** analizada se equivoca cuando afirma que la Carta Magna, en el artículo 110, cuando dice *opiniones*, incluye a los *votos*, porque son la expresión de *opiniones*. La historia prueba que esta afirmación carece de verdad.

Obviamente, el error histórico conduce al error jurídico.

Votos 42893, 1072-93 y 9685-00

Considerando I, A: *irresponsabilidad: se trata de una verdadera inmunidad penal y la Constitución política le reconoce ese privilegio únicamente a los diputados de la Asamblea legislativa, al disponer en su artículo 110: el diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea.*

Con esta norma otorgó el constituyente, una plena irresponsabilidad penal al legislador por las opiniones que vierta en la Asamblea legislativa en el desempeño de su cargo, no pudiendo imponérsele por esos hechos pena alguna, ni aún cuando hubiere cesado en sus funciones. Concebida en su carácter funcional y no personal, la irresponsabilidad penal tiene como finalidad asegurar la libertad de los legisladores para expresar en el desempeño de sus funciones, sus ideas y

*juicios, sin el temor de que se les exija responsabilidad, que pueda menoscabar su independencia y por consiguiente, la del Poder Legislativo (considerando III, **voto 1072-93**; considerando XII, **voto 9685-00**).*

Estos votos o sentencias de la Sala Constitucional atañen solo a las *opiniones*, juicios e ideas expresadas por los diputados; no, a los *votos* que emitan.

Voto 5900-05

Esta acción de inconstitucionalidad la presentó Federico Malavassi Calvo et al, diputados de la Asamblea legislativa, en relación al artículo 48 de la Ley No. 8422 del 6 de octubre del 2004, contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

El por tanto de esta sentencia afirmó que se rechaza de plano la acción por no encontrarse en los supuestos que permiten exceptuar excepcionalmente la existencia de un asunto principal, respecto del cual la acción de inconstitucionalidad guarde el explicado carácter incidental, lo que procede es desestimar ad portas la gestión, como en efecto se hace.

3) SALA TERCERA. JURISPRUDENCIA

Sentencias 19-F- 88 de 1988 y 125-2004

La indemnidad se estableció no para beneficio personal del titular, sino para proteger el normal desarrollo de la función legislativa, en resguardo de la delicada función del cuerpo colegiado y en aras de un interés público superior.

Por consiguiente, si se desbordan su límites (determinados por las opiniones que emita en la Asamblea), el Diputado se hace responsable –como cualquier otro ciudadano– del contenido de sus afirmaciones y goza únicamente del privilegio de antejuicio ante la Asamblea Legislativa (inmunidad) durante el período de su mandato.

Es claro que los medios de comunicación colectiva no son el foro político dentro del cual se puedan verter opiniones que no

impliquen responsabilidad, ni están protegidas esas publicaciones en el párrafo primero del artículo 110 constitucional, pues la norma se refiere sólo a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa”.

(Sala Tercera, resolución número 19-F-88, de 15:00 horas del 21 de enero de 1988).

En relación con la jurisprudencia citada (125-2004 de la Sala Tercera), los suscritos Magistrados se permiten aclarar que la alusión a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa, no debe interpretarse en sentido restrictivo, es decir, en función del lugar en que se profieren, en la sede de ese poder de la República, sino más bien en función del cargo ejercido y en ese entendido, la indemnidad se aplica a todas las opiniones formuladas por el diputado donde quiera que se encuentre, en cualquier ámbito, siempre y cuando las emita en ejercicio de su cargo y no necesaria y exclusivamente dentro del inmueble en que se ubica físicamente la Asamblea Legislativa, pues podría ser responsable o no, tanto dentro, como fuera de esa edificación.

Acorde a lo señalado y acreditado en el fallo, que el encartado Célimo Guido Cruz, profirió frases ofensivas: “... usted está loco”, “... idiota”, “... mediocre”, en perjuicio del ofendido Carlos Enrique Salas Salazar, manifestaciones cuyo propósito era agraviar y no ejercitar control político, sin que sea atendible en esta sede la argumentación esgrimida, pretendiendo que se acepte como una prerrogativa de la investidura legislativa o parte integrante de la función de un diputado, proferir ofensas en detrimento de terceros, cuando ello no forma parte del ejercicio de su función o sea, no las indicó con ocasión del ejercicio de su cargo de diputado– manifestaciones que sí están cubiertas por el fuero constitucional de indemnidad– sino que más bien se trataba de sus opiniones de carácter personal y por las que sí le cabe responsabilidad.

En todo caso, ya esta Sala ha aclarado, que: “...La indemnidad se estableció no para beneficio personal del titular, sino para proteger el normal desarrollo de la función legislativa, en resguardo de la delicada función del cuerpo colegiado y en aras de un interés público superior. Por consiguiente, si se desbordan sus límites (determinados por las opiniones que emita en la Asamblea), el Diputado se hace responsable

–como cualquier otro ciudadano- del contenido de sus afirmaciones y goza únicamente del privilegio de antejudio ante la Asamblea Legislativa (inmunidad) durante el período de su mandato. Es claro que los medios de comunicación colectiva no son el foro político dentro del cual se puedan verter opiniones que no impliquen responsabilidad, ni están protegidas esas publicaciones en el párrafo primero del artículo 110 constitucional, pues la norma se refiere sólo a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa” (Sala Tercera, resolución número 19-F-88, de 15:00 horas del 21 de enero de 1988).

Arguye la defensa, que el Tribunal debió señalar cuáles son las funciones de un diputado; no obstante, ese extremo resulta intrascendente en este asunto, por no corresponder a los jueces de la República, delimitar la competencia de los legisladores, pues más bien queda claro que el constituyente las fijó de manera precisa dentro del marco de la Constitución Política. Al tenor del texto incluido en el fallo impugnado, se aprecia no sólo expresado debidamente el contenido de la prueba, sino su respectivo análisis y valoración , por lo que estima la Sala que no presenta los defectos manifestados. En efecto, en el presente asunto el razonamiento de los Juzgadores es derivado, coherente y legítimo, existiendo una exposición clara y adecuada acerca de por qué se dispuso condenar al justiciable.

Esta sentencia repite los **votos 482 y 1072, ambos de 1993**, de la Sala Constitucional al decir que *algunos juristas utilizan la palabra fuero, para referirse al privilegio o inmunidad de la cual gozan algunos funcionarios en razón de los cargos que ocupan y es ésta una institución jurídica nacida en los parlamentos – Inglaterra, se considera el país en el que se originó el privilegio- y se concede, en función del órgano y no a título personal.*

En consecuencia, no aprecian los suscritos Magistrados que la sentencia recurrida carezca de fundamento, por lo que procede declarar sin lugar el reclamo formulado en ese sentido.

Se casa la sentencia, resolviendo que los hechos tenidos por acreditados constituyen el delito de injurias por la prensa. (sentencia 125- 2004).

Hechos: el diputado Célido Guido Cruz en la barra de prensa de la Asamblea Legislativa llamó al diputado Carlos Salas Salazar “idiota”, “loco”, “mediocre”.

El *por tanto de esta sentencia 125-04*, condenó al diputado Guido como autor responsable de cometer el delito de injurias por la prensa en perjuicio de Salas.

La inmunidad o el fuero de los diputados, como miembros del Poder Legislativo, los protege de sus opiniones, expresiones o criterios que expresen mientras sean parlamentarios. No importa el lugar donde hagan esas expresiones. Por ello discrepo de esta sentencia, que condena al diputado Guido por haberle dicho a otro diputado “idiota”, “loco”, “mediocre”.

Una de las raíces históricas de este fuero, se encuentra en Inglaterra cuando los parlamentarios defienden su libertad de expresión del pensamiento, frente al poder del monarca.

El hecho clave para entender las sentencias del Poder Judicial, en general, consiste en analizar cada situación en particular para definir la trascendencia vital que pueda tener para la *legalidad* del orden establecido (democracia o Estado de derecho, meramente formal) frente a la *legitimidad* (la aceptación y reconocimiento que hace la sociedad, de la legalidad en términos sustanciales o materiales).

Así, por ejemplo, los regímenes dictatoriales nazi, fascista, socialista o franquista, tenían una legalidad formal; pero, no legitimidad.

4) TESIS DE LA DOCTRINA COSTARRICENSE

a) Criterio de Eduardo Ortiz

La irresponsabilidad (Artículo 110) consiste en la no sancionabilidad penal ni civil, de las opiniones y actos del diputado en la Asamblea Legislativa, es decir: en el ejercicio, de su función.

La irresponsabilidad en favor del parlamentario significa lo que dice su nombre y consiste en la impunidad penal y civil de sus actos, cualesquiera que estos sean, aunque no sean opiniones escritas ni verbales, que el diputado que no sean opiniones escritas ni verbales, que el diputado realice o declare en el ejercicio de su función, sea cual sea el lugar, el tempo o la naturaleza de esos actos.

Es lógico que sus votos quedan comprendidos, como también las expresiones, discursos, comentarios, escritos periodísticos o manifestaciones

de cualquier otra clase, aún las derivadas de su conducta, como tacitas implicaciones de ella, que el diputado pronuncie o por cualquier otro medio exprese en su función de tal; lo mismo en plenario que en comisión permanente, especial o de investigación, dentro o fuera del recinto parlamentario y aún dentro o fuera del país.

Todas esas manifestaciones no son sancionables y la excepción procesal sería, de darse el juicio por ellas, la de incompetencia por razón de la materia, en relación con todos los tribunales del país, con muerte del proceso una vez firme su acogimiento.

La norma de irresponsabilidad del diputado no es excepcional, pues manifiesta más bien tendencia positiva y doctrinal en el derecho parlamentario y constitucional comparado –que es un ramo autónoma del público interno– a favor de una amplia y adecuada protección del diputado y de su libertad de pensamiento y de acción n, que tiene sus orígenes en ilustres antecedentes históricos de Inglaterra y Francia, donde nació la institución.

Su interpretación no cabe ni literal ni restringida, como si fuera excepcional, pues esto último solo puede tenerse como procedente a costa de la historia y de la realidad de la institución en Costa Rica y en el mundo occidental (Ortiz, pp. 68 y 69, 1976).

Esta tesis incluye los votos y las opiniones.

b) Criterio de Mauro Murillo

Bien señala Murillo que la Carta Magna de 1871, determinó la irresponsabilidad de los diputados por las opiniones y los votos emitidos en la cámara.

La fórmula de irresponsabilidad por las opiniones y los votos, se mantiene desde 1848 durante cien años.

La Constituyente de 1949 excluyó, en el documento final aprobado como Carta Magna, excluyó el aspecto de los *votos* y dejó solo las *opiniones*.

Por su parte la Junta de Gobierno de 1948 envió a la Asamblea Nacional Constituyente en el texto del artículo 169 del proyecto de Constitución Política esta redacción:

Artículo 169: *los diputados no son responsables ante ningún tribunal ni ante ninguna autoridad por las opiniones que expresan o los votos que emitan en el ejercicio de su funciones* (Murillo, pp. 62 a 67, 1988; ANC, T. I, p. 48)

La tesis de Murillo es que el numeral constitucional 110, se refiere solo a las opiniones; y, a los votos, no.

c) Tesis de Hugo Muñoz Quesada

Este autor expresa que la irresponsabilidad de los diputados se aplica a las opiniones que emitan en el seno de la Asamblea legislativa, es decir, en las sesiones parlamentarias (Muñoz, p. 64, 1977)

La tesis de Muñoz consiste en focalizar solo las opiniones.

d) Tesis de Rubén Hernández

Dentro de la inmunidad parlamentaria están incluidos los votos, los discursos, los informes de comisiones, investigaciones y en general todos los actos y opiniones que el diputado rinda en el ejercicio de su función (Hernández, pp. 104- 105, 1991).

Esta tesis se refiere a los votos y a las opiniones.

5) PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. CRITERIO

a) Respecto de la diputada Evita Arguedas Maklouf

(Resolución No. PEP- RES No. 013- 2007 del 8 de marzo del 2007, firmada por la Licda. Andrea Calderón Gassmann, Procuradora Adjunta),

El *Por tanto* de esa resolución dijo:

POR TANTO

Con base en todas las razones expuestas, esta Procuraduría no advierte ningún acto de favorecimiento indebido de parte de la diputada Evita Arguedas Maklouf.

*Sin embargo, se estima que **existe un conflicto de intereses** en relación con su participación en la comisión especial encargada de conocer y dictaminar el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones (expediente N° 16.398), **dados sus intereses comerciales originados en la actividad de las empresas de radiocomunicación troncalizada con las cuales tiene ligámenes personales.***

Lo anterior, de frente al ámbito de cobertura de la legislación que se está discutiendo. Por ello, en carácter estrictamente preventivo y en aras del más sano y transparente ejercicio de tan alta función pública, respetuosamente recomendamos que la diputada en cuestión valore las razones de fondo señaladas en la presente resolución y determine con ello el mérito para abstenerse de participar en la citada comisión; para tales efectos, incluso puede invocarse lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Finalmente se indica que la presente resolución se refiere únicamente a la participación de la diputada como miembro de la Comisión Especial, y no a la votación de este proyecto o cualquier otro en el plenario legislativo.

b) Respecto de la diputada *María de los Angeles Antillón Guerrero*

(Resolución No. PEP- RES No. 024- 2007 del 27 de abril del 2007, firmada por el Lic. Gilbert Calderón Alvarado, Procurador de la Ética Pública),

el *Por tanto* de esa resolución dijo:

POR TANTO

*Luego del análisis de la denuncia presentada, se determina que no existe conflicto de intereses por parte de la diputada *Mayi Antillón Guerrero* en la tramitación del proyecto de ley expediente No. 16.047, referido a la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de Norteamérica.*

Tampoco se determina una violación a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, ni lo contenido en la Convención Interamericana contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción o las Direc-

trices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de jerarcas, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general, No. D-2-2004-CO, del 12 de noviembre del 2004, con la participación de la diputada Antillón Guerrero en la discusión y votación en la comisión dictaminadora del citado proyecto de ley.

Asimismo, en virtud de la ausencia de un marco normativo sobre materia dictado por la propia Asamblea Legislativa, y en razón del especial régimen constitucional que cobija el ejercicio del voto en el plenario por parte de los legisladores, esta Procuraduría de la Ética Pública se encuentra imposibilitada para señalar que un diputado deba abstenerse de votar en plenario a raíz de un posible conflicto de intereses.

En consecuencia, se desestima la denuncia presentada.

6) DEPARTAMENTO DE SERVICIOS TÉCNICOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA. CRITERIO

(Oficio CON- 017- 2007 del 22 de febrero del 2007, firmado por la Directora del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, abogada Gloria Valerín, remitido al diputado Roberto Salom en respuesta a la nota de este diputado envió a este departamento, con fecha 8 de ese mismo mes y año):

La Comisión permanente especial de consultas de constitucionalidad de la Asamblea Legislativa, conoce de este **voto 7242-04**, respuesta a la consulta facultativa hecha por diputados, el 21 de julio del 2004. De acuerdo al numeral 101 de la ley de la jurisdicción constitucional, este voto no tiene efectos vinculantes para la Asamblea Legislativa.

Artículo 101 de la ley de la jurisdicción constitucional

La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo, y, al hacerlo, dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional.

El dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado.

En todo caso, el dictamen no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.

Posteriormente, la citada comisión presentó un informe afirmativo de mayoría en el cual se incorporan las observaciones hechas por la Sala Constitucional en esa sentencia **7242-04**, con sus respectivos votos de mayoría y de minoría (votos salvados). Se recomienda al plenario del Poder Legislativo, hacer las enmiendas respectivas, para subsanar las inconstitucionalidades señaladas por el voto citado, y enderezar así el texto de ese proyecto de ley. Sin embargo, el artículo 48 de lo que es la Ley contra la corrupción No. 8422 del 2004, se aprobó en segundo debate sin ser subsanado.

Por lo anterior, se tiene que si se presentara una acción de inconstitucionalidad al futuro, en el mismo sentido, podríamos así averiguar si la Sala Constitucional repite el mismo criterio que expuso en el **voto 7242-04**.

Mientras no suceda esa acción de inconstitucionalidad declarada con lugar por la Sala Constitucional por 4 votos (mayoría) a favor de la inconstitucionalidad del mencionado numeral 48 y tres (minoría) a favor de su constitucionalidad, dicha norma es de acatamiento obligatorio, pues está plenamente vigente. (oficio citado, pp. 3 , 4 y 9).

Asimismo, si un diputado o diputada quiere abstenerse de votar un proyecto de ley, pues considera que hay conflicto de intereses y viola el artículo citado 48, se puede amparar en el numeral 127 del Reglamento de la Asamblea legislativa- RAL- , que así lo autoriza actuar:

Artículo 127 RAL:

Cualquier miembro de Comisión, podrá excusarse de dictaminar sobre determinado asunto ante el Presidente de la Comisión, por justa causa; su excusa será resuelta por éste, haciendo constar ese hecho en el acta. En su caso, el Presidente de la Comisión deberá solicitar al Presidente de la Asamblea, el reemplazo del diputado que se excusare (oficio citado, pp. 5, 6 y 9).

CONCLUSIÓN

El artículo 110, primer párrafo de la Carta Magna:

El diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea Legislativa. Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea Legislativa o que el diputado lo consienta.

Este fuero se refiere a las opiniones, a la libertad de expresión. Se excluyen los actos llamados votos, como ya se explicó y probó –histórica y jurídicamente–.

La protección abarca a las personas que son diputados, no importando el lugar o el sitio en donde expresen sus opiniones, ideas o creencias.

La raíz histórica de este fuero explica este privilegio como escudo protector frente al poder político, económico, social, religioso o de otro tipo.

BIBLIOGRAFÍA

Hernández, Rubén. *Derecho parlamentario costarricense* (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 1991).

El Derecho de la Constitución (San José: Juricentro, T. II, 1994).

Molina, Iván; Fabrice Lehoucq. *Urnas de lo inesperado. Fraude electoral y lucha política en Costa Rica (1901-1948)* (San José: EUCR, 1999).

Lehoucq, Fabrice. *Lucha electoral y sistema político en Costa Rica, 1948-1998* (San José: Ed. Porvenir, 1997).

Muñoz, Hugo. *La Asamblea Legislativa en Costa Rica* (San José: Editorial Costa Rica, 1977).

Murillo, Mauro. *Ensayos de derecho público* (San José: EUNED, 1988).

Ortiz, Eduardo. *Costa Rica: Estado Social de Derecho* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 29, 1976).

Documentos

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, ANC, de 1949, 3 tomos, Imprenta Nacional, 1955.

**DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:
MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO
CONSTITUCIONAL, COMUNITARIO E INTERNACIONAL**

Dr. Enrique Ulate Chacón^(*)

Doctor en Política
y Derecho Agrario

(Recibido 01/03/07; aceptado 25/06/07)

(*) Magistrado Suplente de Casación. Premio “Ulises Odio Santos” 2004-2005.
e-mail@derecho.ucr.oc
Teléfono: 247-9088.

RESUMEN

El autor realiza un amplio análisis teórico-práctico de las medidas cautelares, como parte del principio de tutela judicial efectiva garantizado Constitucionalmente. Analiza su aplicación a materias específicas, y sobre todo, a la función tutelar y amplias atribuciones otorgadas en los tratados internacionales y comunitarios, a los Tribunales de Derechos Humanos y a los Tribunales comunitarios, con facultades de dictar medidas cautelares contra Estados o bien contra particulares para evitar que se produzcan daños irreparables.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva, medidas cautelares, presupuestos, tribunales internacionales, tribunales comunitarios.

RIASUNTO

L'autore fa un profuso analisi teorico-prattico delle misure cautelari come derivazione del principio costituzionale di tutela giudiziale effettiva. Insegna la sua applicazione alle materie specifiche (civile, familia, laborale e agraria), sopra tutto la funzione cautelare e le ampie competenze derivati dei tratatti internazionali e comunitari ai Tribunali di diritti umani e a quelli comunitari, che hanno delle facoltà per anticipare delle misure sia contro lo Stato, sia in contro dei singoli privati per evitare la produzione dei danni irreparabili.

Parole chiavi: Tutela giudiziale effettiva, misure cautelari, presuposti, tribunali internazionali, tribunali comunitari.

SUMARIO

1. La tutela judicial efectiva y su protección constitucional
2. Presupuestos y características de las medidas cautelares
3. La finalidad, diversa, de las medidas cautelares en cada disciplina jurídica
4. La protección cautelar, y experiencia constitucional
5. Los Tribunales Comunitarios y protección cautelar
 - 5.1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
 - 5.2. El Tribunal Andino
 - 5.3. La Corte Centroamericana de Justicia
 - 5.4. El nuevo Tribunal arbitral del Mercosur
6. La Corte Internacional de Justicia y potestad cautelar
7. Protección cautelar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
 - 7.1. La Corte Europea de Derechos Humanos
 - 7.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos
8. Consideraciones conclusivas

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La protección jurisdiccional, como actividad humana, tiene como fin último el cumplimiento de la justicia. El proceso, como instrumento para alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos, sean éstos individuales, sociales, económicos, colectivos, de grupo, o sean derivados de la solidaridad, tales como la seguridad alimentaria, la protección del ambiente y la salud humana, requiere para su actuación, un tiempo fisiológicamente necesario.

En efecto, la labor del Juez, que culmina con la sentencia de fondo, y la intervención de las partes, que requiere de ciertas garantías procesales (contradictorio, debido proceso, igualdad), implican necesariamente que esa actividad jurisdiccional se desarrolle por etapas.

Sin embargo, en el ínterin procesal, o incluso antes de que se inicie, pueden ocurrir circunstancias de diversa índole, generalmente derivada de actuaciones materiales de una de las partes, del Estado, o de algún órgano u ente, público o privado, que pueda poner en riesgo, en peligro, la tutela del derecho que jurídicamente se pretende tutelar.

Así, en el arco de horas, días o meses, podrían provocarse daños severos, que pueden ser irreparables o de difícil o imposible reparación. Si esto ocurre, el fin del proceso jurisdiccional, cual es impartir Justicia, tutelando los derechos o intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento, se vería totalmente frustrado.

La frustración en la forma de acceso a la Justicia, y en la falta de actuación oportuna de los órganos jurisdiccionales, a su vez, va generando una situación de desconfianza, por la lentitud y poca eficacia de los procesos judiciales. Efectivamente, hoy se acusa la lentitud de la justicia a través de la mora judicial, y la carencia de mecanismos idóneos para proteger los derechos de los ciudadanos.

En razón de lo anterior, hoy cobra vigencia la importancia y valor del principio constitucional llamado: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, y que está contenido especialmente en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, en cuyo texto se indica: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles **justicia pronta, cumplida, sin denegación** y en estricta conformidad con las leyes.”*

Esa disposición debe complementarse con el artículo 39, que establece el principio del debido proceso y garantía del contradictorio.

Lo anterior significa, que el legislador está en el deber de crear los mecanismos procesales que faciliten y garanticen el acceso a la justicia, y sobre todo que haya una protección rápida de los derechos y libertades fundamentales. Justamente, uno de esos instrumentos jurídicos de gran actualidad son las medidas cautelares.

Prescindiremos, por ahora, de la discusión semántica sobre la naturaleza de tales medidas, pues interesa poco, si se le llama proceso, procedimiento, o instrumento cautelar. Para los fines que interesan a esta disertación, cual es evidenciar su importancia actual, importa más su utilidad práctica.

2. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La doctrina nacional ha profundizado bastante, desde hace ya varios años, sobre este tema. Ha sido una preocupación constante de los juristas nacionales ir desarrollando en forma dogmático-sistemático, una Teoría General de las medidas cautelares, en las diferentes especialidades.

En el análisis de los presupuestos y características, y en su clasificación básica, existe una coincidencia común. Efectivamente, en principio, se ha distinguido, las medidas cautelares típicas, de las atípicas. También se habla de tutela anticipada, y más recientemente de medidas autosatisfactivas.

La trascendencia del tema, ha significado que en los proyectos de reformas procesales que se han elaborado, se han incluido disposiciones más amplias sobre las medidas cautelares, a través de disposiciones generales, pero también mediante normas específicas que incluyen la tutela de los fines del derecho sustantivo que se pretende proteger.

El artículo 242 del Código Procesal Civil al disponer: “Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las *medidas precautorias que considere adecuadas*, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al

derecho de la otra parte *una lesión grave y de difícil reparación*. Para evitar el daño, el juez podrá *autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución*.⁽¹⁾

Por su parte, la doctrina procesal civil ha conceptualizado la tutela cautelar atípica como: “aquellas medidas de aseguramiento o conservación ordenadas por el juez ordinario, a solicitud de parte, antes o después de iniciado el proceso, con la finalidad de evitar que desde el inicio del proceso y al dictado de la sentencia, el derecho reclamado se pueda tornar incierto o se dañe gravemente, por un acto u omisión del demandado o de un tercero, que implique, entre otras cosas, un perjuicio irreparable o irreversible, el dictado de una sentencia inocua o ineficaz, un peligro inminente, o actos u omisiones similares, o reducir la eficacia práctica de la futura sentencia e incluso alterar lo pretendido”.⁽²⁾

También se ha señalado como presupuestos o condiciones de estas medidas la apariencia de buen derecho y el peligro de demora. Para otros debe exigirse además una caución o fianza, como paliativo del riesgo propio de la subarrenda y urgencia de la medida.⁽³⁾

(1) En la explicación del contenido de dicho artículo, los redactores del Código señalaban: “Se trata del denominado *poder cautelar general del juez* autorizando a éste a utilizar medidas no especificadas o innominadas, no previstas expresamente. El presupuesto para ello es el fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave y de difícil reparación. Desde luego que ello debe ocurrir, para que se tome la medida cautelar, antes del dictado de la sentencia, porque si ocurre después, el procedimiento a observar será el de ejecución de sentencia. Obsérvese que tratándose de “determinados actos”, sin especificación alguna, se usan las palabras autorizar o prohibir, en cambio, para el depósito de bienes se usa el vocablo ordenar, y para las cauciones el vocablo imponer. El criterio de que la medida cautelar debe tomarse en el proceso de conocimiento, es discutido por algunos al afirmar que bien puede acordarse una medida cautelar durante la ejecución.”

(2) ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Derecho Procesal Civil*, San José, Dupas, Tomo II, op. cit., pág. 307 ss.

(3) Entre muchas obras, consúltese: JINESTA LOBO, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, Colegio de

La *apariencia de buen derecho*, en el sentido de que la pretensión de la demanda principal, o del derecho o bien público que se quiera asegurar, tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico, sea, en la sentencia de fondo. Ello no significa entrar a descubrir el fondo del asunto, sino, por el contrario, lograr la sencillez procesal, pues de lo contrario, si se incurre en audiencias, o en pruebas desmedidas, se estaría desnaturalizando el fin para el cual fueron concebidas.

Significa que la medida cautelar debe fundarse en un juicio de probabilidad o verosimilitud, fundado en pruebas obtenidas “prima facie”, de que la pretensión de la demanda es fundada o seria. Tal verificación del fundamento serio de la pretensión deducida debe realizarla el Juez antes de concederse la medida, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria.

El *peligro de demora*, por la urgencia de tomar la medida y evitar daños irreparables a alguna de las partes, o al interés de la colectividad, antes de que se falle el asunto. Así lo establece el artículo 242 del Código Procesal Civil al indicar que la medida cautelar debe tomarse para evitar que se cause una lesión grave, previo al dictado de la sentencia.

Se deriva de la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia definitiva y de la inevitable duración del proceso. Por eso se basa en el fundado temor de que “...la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal”.⁽⁴⁾

Dos elementos configuran, en consecuencia, el presupuesto del peligro de demora. Por un lado, la demora en la obtención de una sentencia definitiva, por otro, el daño marginal que se produce, justamente, a causa de ese retraso, entre los cuales existe una indudable relación causal.

Abogados, 1995, pág. 127 y ss. CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 40 y ss., ANGELES JOVE, María. *Medidas cautelares inminadas en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 13 ss; GAROFOLI, Roberto y PROTTO, Mariano, *Tutela Cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 143 ss.

(4) JINESTA LOBO, op. cit., págs. 127-128.

La *residualidad*, es necesario constatar que el derecho que se busca tutelar judicialmente está seriamente amenazado, sin posibilidad de protegerse mediante una medida cautelar típica, y de ahí la urgencia de tomar la medida. Es fundamental para ello practicar un reconocimiento judicial, o bien hacerse acompañar de un perito con el fin de valorar el verdadero peligro o riesgo inminente. Esto es fundamental por cuanto quien solicita la medida podría utilizar el trámite para atrasar el procedimiento o sin ningún sentido práctico. Lógicamente, tales medidas cautelares, por no tener una tipicidad en la ley, deben tomarse con parámetros valorativos ciertos y verificables por el Juzgador, no siendo suficiente la simple manifestación de una de las partes para ordenar la medida.

Por ello coincidimos con la opinión que expresa: "...es mejor cautelar ese derecho, es decir, asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a ser inoperante, inútil o inocua. La demora en la sentencia es un vicio que se da en todos los países, por lo que tal peligro no debe demostrarse, bastará entonces con manifestar el daño que tal demora va a producir, para ordenar la medida; pues es una presunción humana que el retraso en la decisión es, por sí mismo productor de una lesión en los derechos de la parte, suficiente para dudar de la efectividad de la sentencia".⁽⁵⁾

2.4. *Igualmente, se citan como características las de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, homogeneidad con las medidas ejecutivas y la ejecución inmediata. También se señalan como características estructurales la Urgencia y la Summaria cognitio.*

La Sala Constitucional ha indicado que "Las medidas cautelares son ejecutivas y ejecutorias, sin perjuicio de la apelación u otro recurso que se interponga y a reserva de lo que resuelva el superior. Así, si el amparado se encontraba en mora con el pago de la cuota alimentaria, por lo que el apremio corporal es procedente y debe ejecutarse de inmediato aunque sea recurrido".

(5) ARTAVIA BARRANTES, *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, op. cit., pág. 234.

3. LA FINALIDAD, DIVERSA, DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CADA DISCIPLINA JURÍDICA

3.1. Materia agraria y ambiental

En agrario y ambiental, son medidas fundamentalmente de carácter conservativo o asegurativo porque están en función directa de la protección de la producción agraria y de los recursos naturales renovables.⁽⁶⁾ Una medida cautelar, concedida en forma rápida, puede satisfacer en una forma efectiva la tutela de la producción, el medio ambiente, o cualquier otro tipo de bienes agrarios que se puedan ver afectados con la duración del proceso, y con el riesgo biológico propio de la actividad productiva.⁽⁷⁾

En procesos ambientales hay un interés colectivo que proteger, y un derecho de solidaridad, cual es el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que contiene una protección expresa en el artículo 50 de la Constitución Política.

3.2. Materia familiar

Se pretende proteger el interés superior del niño, y del núcleo familiar, lo cual está también consagrado expresamente en la Constitución. Un claro ejemplo se encuentra en los Convenios Internacionales sobre la protección de los derechos del Niño (Ley No. 7183 del 18 de julio de 1990), y en la Ley Orgánica del PANI (No. 7648 de 9 de diciembre de 1996), o bien en casos de violencia doméstica (artículo 12 de la Ley).⁽⁸⁾ Un ejemplo de ello, es la orden provisional de abandono

(6) Para un estudio detallado del tema en esta disciplina, véase mi obra ULATE CHACÓN, E. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, Vol. I, San José, Guayacán, 1999, p. 429 ss.

(7) El Tribunal agrario ha desarrollado ampliamente el tema, entre otras, en las sentencias 117 de las 15 horas del 7 de febrero de 1996, No. 635 de las 9:30 horas del 8 de octubre de 1997, No. 767 de las 11:10 horas del 26 de noviembre de 1997.

(8) Sobre la tutela cautelar que brinda el Patronato Nacional de la Infancia, véase: Sala Constitucional, No. 7538 de 10:41 horas del 30 de julio del 2002, No. 11180 de 12:07 horas del 22 de noviembre del 2002.

de domicilio conyugal en caso de un divorcio, con lo cual se pretende proteger a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, estableciendo una protección a favor de la madre y de los hijos (artículo 51 del Código de Familia).⁽⁹⁾ O bien, la que fija un régimen provisional de visitas.⁽¹⁰⁾ La Ley contra la Violencia doméstica, establece un elenco de medidas cautelares a fin de evitar el maltrato físico y moral dentro del núcleo familiar.⁽¹¹⁾

3.3. *En procesos civiles*

Normalmente se tutelan intereses individuales, derechos económicos, tales como la propiedad, las libertades contractuales, la responsabilidad patrimonial o el patrimonio del acreedor, etcétera. Se ha reintegrado que las medidas cautelares deben ser sujetas a criterios de proporcionalidad y razonabilidad para no romper el equilibrio entre las partes.⁽¹²⁾ La jurisprudencia civil y la misma Sala constitucional han restringido los recursos a los casos que el proceso civil les concede expresamente apelación.⁽¹³⁾

También se otorga la tutela cautelar, en la legislación especial de protección y defensa del consumidor,⁽¹⁴⁾ y en materia de propiedad intelectual.

(9) Al respecto, consúltese, Tribunal de Familia, No. 1009 de 9:10 horas del 24 de julio del 2002, No. 431 de las 10:00 horas del 26 de marzo del 2003. Sala Constitucional, No. 2448 de 10:12 horas del 8 de julio de 1994, y No. 2001 de 16:00 del 8 de octubre de 1991.

(10) Tribunal de Familia, No. 720 de 8:15 horas del 28 de mayo del 2003.

(11) Sala Constitucional, no. 6810 de 14:48 horas del 10 de julio del 2002.

(12) Tribunal II Civil, Sec. I, No. 214 de las 10:05 horas del 30 de mayo del 2001.

(13) Entre otros, véase, Tribunal II Civil, Sec. I, de 9:25 horas del 11 de julio del 2003, Tribunal II Civil, Sec. II, No 461 de las 9:10 horas del 16 de noviembre del 2001, No. 285 de las 9:01 horas del 20 de julio del 2001. Sala Constitucional, No. 6856 de 16:24 horas del 24 de setiembre de 1998, y No. 8213 de 15:45 horas del 18 de noviembre de 1998.

(14) Sala Constitucional, No. 11.726 de 9:38 horas del 16 de noviembre del 2001, Tribunal I Civil, No. 1049 de 8:25 horas del 26 de setiembre del 2003.

3.4. *En materia laboral*

Se busca la máxima protección a los derechos de los trabajadores y asalariados. Esta es la finalidad contenida en el artículo 74 de la Constitución política, como un derecho a la seguridad social y la solidaridad nacional, y que también encuentra una concreción en el Código de Trabajo y en la Ley de Protección al Trabajador. De esa forma, por ejemplo se ha indicado que la suspensión temporal del trabajador, debe ser por un tiempo razonable, y no puede de ningún modo dejarse de pagar el salario.⁽¹⁵⁾ Cualquier medida en ese sentido debe ser motivada y razonada, para no dejar en indefensión al trabajador.⁽¹⁶⁾

3.5. *En procesos contenciosos administrativos*

El tema ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia administrativista.⁽¹⁷⁾ Las medidas cautelares han superado la limitación a la simple suspensión del acto administrativo⁽¹⁸⁾ y se han extendido en otros ámbitos, de la actividad de la administración, a fin de evitar daños y perjuicios irreparables para los administrados.⁽¹⁹⁾

4. **LA PROTECCIÓN CAUTELAR, Y EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL**

De los juristas nacionales, quien más ha profundizado este tema, debe reconocerse, es el Magistrado JINESTA LOBO, quien en su libro ya

(15) Sala Segunda de Casación, No. 576 de las 9:30 horas del 13 de noviembre del 2002.

(16) Sala Constitucional, No. 7278 de 11:15 horas del 24 de julio del 2002.

(17) Para un desarrollo amplio del tema, consúltese, entre otras, Tribunal Contencioso Administrativo, Secc. II, No. 167 de 11:10 horas del 31 de mayo del 2002 y No. 308 de 11:15 horas del 1 de junio del 2003.

(18) El incidente de suspensión está contemplado en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y está relacionado con el 242 del Código Procesal Civil. TSCA, Sec. I, No. 326 de las 13:35 horas del 4 de octubre del 2002.

(19) Entre otras, véase las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III, No. 41 de las 9:45 horas del 21 de febrero del 2003, No. 982 de 12:15 horas del 23 de noviembre del 2001.

citado sobre *“La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo”*, dedica un capítulo al fundamento constitucional de la tutela cautelar (pág. 81 y siguientes).⁽²⁰⁾

Siguiendo el aporte de CHIOVENDA, quien afirma que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no debe convertirse en daño de quien tiene la razón”. Es CALAMANDREI, quien liga la tutela cautelar al principio de tutela judicial efectiva, de donde se deriva un poder general de cautela.

El artículo 41, en consecuencia, debe aplicarse por cualquier juez ordinario, mediante un estudio sistemático de las normas de la legislación procesal ordinaria, que dan pie a la tutela judicial específica. Ello es así, porque forman parte del núcleo esencial del principio de justicia pronta y cumplida. Pero además, lo relaciona el autor citado, con el principio de igualdad material, contenido en el artículo 33 de la C.P., lo que permite proteger con criterios desiguales situaciones desiguales.

En consecuencia, el principio de tutela judicial efectiva es un derecho, de quien solicita la tutela, pero también un deber, del llamado a cumplirla, cuando así lo determine el órgano jurisdiccional.

La Sala ha declarado la Constitucionalidad de tales medidas desde una jurisprudencia de 1994 donde señaló cuales son los **presupuestos** necesarios para la tutela: “...resulta imprescindible destacar que las medidas cautelares en sí mismas no son inconstitucionales y que éstas resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida...”. (Voto 7194-94).

Además refiriéndose propiamente a la tutela judicial efectiva, señala cuales son sus **características** fundamentales: “Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela

(20) Ver, además, JINESTA LOBO, Ernesto. “La tutela sumaria cautelar”. En: *La gran reforma procesal*, Guayacán, 2000, p. 237-348, y *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Guayacán, 1999.

jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como ‘un conjunto de potestades procesales –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final’. La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el ‘fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución’.⁽²¹⁾

En dicha resolución, además, la Sala consideró que el órgano que la adopta tiene la potestad de adoptarla de oficio, y ella puede revisarse si las circunstancias varían. Frente a una suspensión de un funcionario judicial, consideró que la misma debe darse respetando el pago del salario, y debe notificarse oportunamente de la medida, debidamente motivada. De lo contrario resulta ilegal.⁽²²⁾

La Sala Constitucional, en muchas sentencias, se ha referido a este tema, exigiendo, que la medida cautelar atípica, sea debidamente fundamentada por el Juez o Tribunal que la dicta, bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues de lo contrario, estaría violando la norma constitucional y el debido proceso.⁽²³⁾

(21) Ver Votos No. 7194-94, y 7278-2002, de las 11:15 horas del 24 de julio del 2002.

(22) En ese sentido Sala Constitucional, No. 576-02, de 9:30 horas del 13 de noviembre del 2002.

(23) Sala Constitucional, No. 0124-2003, de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003. Acogió un recurso de amparo, contra un Tribunal Penal, que

El Tribunal ha legitimado la competencia de órganos administrativos, tales como la Comisión Nacional de Protección al Consumidor, para dictar las medidas cautelares que autoriza la Ley, y a modificar las condiciones en las cuales se ordenan dichas medidas (artículo 58 de la Ley de Protección y defensa efectiva del consumidor), siempre y cuando se respeten los principios citados de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.⁽²⁴⁾

Igual orientación ha tenido la Sala respecto a las medidas cautelares ordenadas por el Patronato Nacional de la Infancia, para proteger a los menores de edad cuando están en situaciones de peligro o riesgo.⁽²⁵⁾

5. LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS Y PROTECCIÓN CAUTELAR

5.1. Derecho comunitario y sus principios

El Derecho Comunitario nace de un ordenamiento jurídico autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno, capaz de generar normas jurídicas por sí mismo, mediante los Órganos comunitarios. Tales normas se incorporan o pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro. Dichas relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales, se basan en una serie de principios fundamentales reconocidos, primero por la Jurisprudencia, luego por la doctrina y desarrollados por el legislador comunitario.

No es necesario insistir sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades de Estados, como organizaciones internacionales *sui géneris*, o

luego de ordenar la libertad del imputado, impuso otras medidas cautelares, sin motivación alguna. Esto significa, que las medidas cautelares no pueden ordenarse antojadiza o arbitrariamente, sino que deben ser fundamentadas y razonadas, bajo principios de proporcionalidad.

(24) Sala Constitucional, No.11726-2001, de 9:38 horas del 16 de noviembre, 2001.

(25) Sala Constitucional, No. 8142-2001, de las 14:30 horas del 14 de agosto del 2001.

de la autonomía de su ordenamiento. Sin embargo, resulta esencial antes de hacer un estudio del Derecho comunitario en la práctica jurisdiccional, fijar la atención en el análisis de los principios del Derecho Comunitario (Europeo y Centroamericano), que han sido producto de una construcción jurisprudencial, casi desde el origen de las Comunidades Europeas y, luego, del Sistema de la Integración Centroamericana.

Los principios medulares de la construcción comunitaria son: el principio de la *eficacia directa*; el principio de la *aplicabilidad inmediata*; el principio de *primacía* del Derecho Comunitario; el principio de *responsabilidad* del Estado por incumplimiento; el principio de *tutela judicial efectiva* y, en fin, el principio de respeto de los derechos humanos.

Tales principios han sido recabados por la Corte de Justicia en casos concretos que se caracterizan por un denominador común: la presencia de un sujeto privado (persona física o jurídica), lesionado en sus propios derechos o expectativas por comportamientos (de hacer o no hacer) o actuaciones de órganos administrativos, sean comunitarios o nacionales.⁽²⁶⁾

Para el establecimiento de dichos principios, la Corte de Justicia ha recurrido, en la generalidad de los casos,⁽²⁷⁾ a la aplicación del método comparativo (pues muchos se originaron en experiencias jurídicas nacionales), sistemático y teleológico,⁽²⁸⁾ reelaborando muchos principios del ordenamiento interno para insertarlos dentro del sistema comunitario.

El principio de la *eficacia directa* de las normas comunitarias "...significa que éstas pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. En consecuencia crean derechos y obligaciones para todos aquellos que pueden verse afectados por su ámbito de aplicación pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), las

(26) TORIELLO, Fabio. *I principi generali del Diritto comunitario*. Milano, Giuffrè, 2000, pág. 99.

(27) SOMMA, Alessandro. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Milano, Giuffrè, 2001, págs. 193-255.

(28) TORIELLO, Fabio. *I principi generali*, op. cit., págs. 119-140.

cuales tienen la obligación de salvaguardar esos derechos y obligaciones”.⁽²⁹⁾ Este principio fue desarrollado por primera vez en el caso conocido como *Van Gend en Loos*,⁽³⁰⁾ originado por el hecho de que ésta empresa, que compraba productos químicos a otra empresa Alemana, constató que los derechos aduaneros que pagaba por las mercaderías a su ingreso a Holanda, fueron aumentados. El Tratado de la Comunidad Europea establecía en su artículo 12 (actual artículo 25) lo siguiente: “*Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas*”.

La *primacía* del Derecho comunitario deriva de la propia naturaleza de las Comunidades Europeas, producto de un ordenamiento jurídico nuevo y autónomo, que otorga competencias a favor de las Instituciones comunitarias, tanto de carácter normativo, ejecutivo y jurisdiccional.

Entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos internos⁽³¹⁾ debe encontrarse una relación de complementariedad funcional, lo que significa que el comunitario debe ser conciliado con los principios y valores constitucionales fundamentales de cada Estado miembro. Las relaciones entre del Derecho comunitario y el derecho interno, deben conducir a lograr la verdadera integración de los Pueblos y Estados, y por tanto se impone la necesidad de una interpretación sistemática y teleológica de las normas.

El Tribunal de Justicia de la CE ha sostenido la *primacía* del Derecho comunitario sobre el Derecho interno a partir de la conocida sentencia *Costa c. ENEL*, originada en una Ley italiana que nacionalizaba la energía eléctrica en violación de algunas normas del Tratado de Roma.⁽³²⁾

(29) MANGAS MARTIN, *Instituciones...*, op. cit., pág. 198.

(30) TJCE. Sentencia del 5 febrero 1963 (Van Den en Loos).

(31) HAGUENAU, Catherine. *L'application effective du Droit Communautaire en Droit interne. Analyse comparative des problemes rencontres en Droit français, anglais e allemand*. Bruselas, Bruylant, Ed. De la Université de Bruxelles, 1995.

(32) Sentencia del 15 de julio de 1965 (Costa c. ENEL, c. 6/64).

Las consecuencias más importantes de éste principio son: a) La inaplicabilidad de la norma interna anterior, incompatible con el derecho comunitario; b) La invalidez de la norma interna posterior, contraria o incompatible con la norma comunitaria; c) El juez nacional debe desaplicar la norma interna incompatible con el derecho comunitario, sin necesidad de esperar que sea derogada o declarada inconstitucional y d) El juez debe aplicar la norma comunitaria con primacía sobre la norma interna.⁽³³⁾

Esta exigencia ha llevado al Tribunal de Justicia, a elevar el nivel de protección de los derechos fundamentales, y también ha implicado la necesidad de promover una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que sean garantizados y respetados por las Instituciones comunitarias.⁽³⁴⁾ Efectivamente, el actual artículo 6 del Tratado de la Unión europea establece en modo expreso el respeto, por parte de las Instituciones comunitarias de los derechos fundamentales. En igual sentido, los trabajos actuales de la Convención, para la reforma de los Tratados, pretende incorporar como uno de los capítulos de la reforma, la Carta de los derechos fundamentales.

El principio de *responsabilidad del Estado*.⁽³⁵⁾ Este principio ha sido afirmado por la Corte de Justicia de la CE desde 1991, admitiendo la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, ante el incumplimiento de la normativa comunitaria,⁽³⁶⁾ y su corolario de

(33) Estas consecuencias del principio de primacía, son extraídos del famoso caso *Simmenthal*, TJCE, sentencia del 9 de marzo de 1978, en el cual un Juez italiano realizó una consulta pre-judicial al Tribunal de justicia, a fin de que indicara si ante una ley posterior, contraria a la normativa comunitaria, el juez nacional podía considerarla inaplicable de pleno derecho, sin esperar su abrogación por el legislador o el Órgano competente para declararla inconstitucional.

(34) GAMBINO, Silvio. *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*. In: *Costituzione Italiana e Diritto Comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1-65.

(35) FUMAGALLI, Luigi. *La responsabilità del Stati membri per la violazione del Diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000.

(36) “La principale acquisizione degli ultimi anni, che ha rappresentato una svolta decisiva, e fomite di enormi implicazioni sul piano dei rapporti verticali tra gli ordinamenti, nella giurisprudenza della Corte è stata

responsabilidad de las Instituciones comunitarias.⁽³⁷⁾ Igualmente, ha sido admitido en fallos recientes dictados por la Corte Centroamericana de Justicia, que ha seguido en líneas generales la jurisprudencia europea.

En la Sentencia *Franco vich y Bonifaci* de 1991⁽³⁸⁾ la Corte estableció la responsabilidad patrimonial del Estado Italiano, al no trasponer en su derecho interno una directiva (que no era lo suficientemente precisa o incondicional como para producir efectos directos e inmediatos) que otorgaba beneficios de protección a los trabajadores asalariados en casos de insolvencia de las empresas. El derecho a la indemnización surge cuando exista una norma que tenga por objeto el conferimiento de un derechos, que la violación esté claramente identificada,⁽³⁹⁾ y que exista una relación de causa-efecto entre la violación y el daño sufrido por la persona perjudicada.

l'affermazione di un principio generale di responsabilità per violazione del diritto comunitario da parte delle istituzioni, unita alla precisazione che del principio sono "corollari" la regola di responsabilità delle istituzioni comunitarie di cui all'art. 215/2 Trattato e quella relativa alla responsabilità dello Stato, peraltro non sancita espressamente in alcuna disposizione del Trattato. Il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili...". TORIELLO, *I principi generali...*, op. cit., pág. 282.

- (37) El artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea dispone: "La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros...".
- (38) Sentencia del 19 de noviembre de 1991 (*Franco vich y Bonifaci, causas 6/90 y 9/90*).
- (39) Para calificar la violación como suficientemente caracterizada, el criterio decisivo es el de la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Los jueces nacionales deben tomar en consideración la relación de causalidad entre la infracción y el daño, para precisar el daño resarcible, y fijar la cuantía, tomando en cuenta las normas nacionales y los criterios jurisprudenciales (no pueden ser menos favorables de los aplicados en el derecho interno, la reparación del daño debe ser proporcional al perjuicio sufrido, deben incluirse los intereses). MANGAS, op. cit., pág. 223.

5.2. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

El principio de Tutela Judicial efectiva. Uno de los principios más importantes para la ejecución y cumplimiento efectivo, así como la garantía de respeto e interpretación del Derecho comunitario, es la existencia del control jurisdiccional a nivel Comunitario.⁽⁴⁰⁾ La creación de las Comunidades Europeas y también de la Comunidad Centroamericana ha implicado la necesidad de institucionalizar Tribunales de Justicia, que velaran por la interpretación y el respeto en la aplicación de las normas originarias y demás instrumentos complementarios y derivados⁽⁴¹⁾

La obligación de todos los Estados miembros de la Comunidad, en cooperar lealmente e igualitariamente en la aplicación de la normativa comunitaria, implica también que en el ámbito jurisdiccional los sujetos procesales van a encontrar una protección jurisdiccional, tanto de los Tribunales comunitarios, como de los Tribunales nacionales, que tiene la obligación de aplicar (conforme a los principios anteriormente enunciados) el Derecho comunitario, en cada caso concreto, ejerciendo cada uno su propia autonomía institucional y procesal.

La Justicia comunitaria tiene carácter exclusivo y excluyente de otras jurisdicciones, conforme a las normas de los Tratados. Goza de doble instancia (el Tribunal de primer grado y la Corte de Justicia), y presenta como particularidad su distribución descentralizada, pues la competencia de los Órganos jurisdiccionales comunitarios coexiste con aquella de los Órganos nacionales. Los jueces nacionales, en efecto, tienen la condición de jueces comunitarios, pues están sujetos a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, el cual tienen que aplicar con preferencia al ordenamiento nacional.⁽⁴²⁾

(40) Véase, entre otros, BIAVATI, Paolo y CARPI, Federico. *Diritto Processuale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000; BOSKOVITS, Kosmas. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruselas, Athènes, 1999.

(41) GERIN, Guido. *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Padova, Cedam, 2000; CHAMORRO MORA, Rafael. *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, Imprimatur, 2000.

(42) DÍAZ JIMÉNEZ, María del Carmen. *Principios de Derecho procesal comunitario*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1996, págs. 142-143.

Para MANGAS MARTÍN, la tutela judicial nacional efectiva de los derechos consagrados por el Derecho Comunitario no pueden tener ningún obstáculo en el Derecho nacional, con base en los siguiente criterios, extraídos de la propia jurisprudencia comunitaria y de los principios de los Tratados: a) Es competencia de los jueces nacionales proteger los derechos reconocidos por las normas comunitarias: es un derecho universal al juez nacional, b) todas las vías procesales internas son susceptibles de servir para hacer efectivos los derechos fundados en normas comunitarias, c) el acceso a las vías nacionales no puede hacerse en condiciones menos favorables de las consagradas para el reclamo de normas internas, o que hagan imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el sistema comunitario; d) toda decisión nacional que aplique el D. comunitario debe ser motivada, susceptible de control jurisdiccional efectivo.⁽⁴³⁾

El Poder cautelar del Tribunal de la Comunidad:

Los tratados confieren a la Corte de justicia una gran cantidad de poderes de intervención, dirigidos a asegurar la tutela de las posiciones subjetivas de las partes, antes de que se decida en forma definitiva el mérito del proceso, o que venga resuelta la controversia presentada en relación a la ejecución de un título.

Tales poderes, también, por razón de competencia funcional en primera instancia, le son atribuidos al Tribunal de primer grado (artículo 4 de la Ley institutiva del 24 de octubre de 1988).

Entre otras facultades, las más importantes de los jueces comunitarios son:

- a) Posibilidad de suspender la ejecución de una decisión de las instituciones comunitarias, cuando está pendiente un recursos jurisdiccional (artículo 242 del T.C.E.).
- b) La facultad de dictar medidas cautelares, provisionales, atípicas (artículo 243 T.C.E.), y
- c) La posibilidad de suspender la ejecución forzosa de un título ejecutivo (art. 244 y 256 del T.C.E.)

(43) MANGAS MARTÍN, op. cit., págs. 224-225.

La Corte ha admitido la posibilidad de dictar medidas cautelares, en casos de demandas por incumplimiento de los Estados miembros. Uno de los casos más importantes son el caso de la Comisión contra Francia, resolución del 4 de marzo de 1982, y de la Comisión contra Alemania, res. Del 28 de junio de 1990. Medidas que han sido justificadas en las exigencias concretas de proteger las libertades fundamentales garantizadas en los tratados contra graves prejuicios debido al comportamiento de los Estados miembros. Sobre todo, se trata de suspender la aplicación de medidas nacionales ilegítimas, en todo el territorio de la Comunidad.⁽⁴⁴⁾

En cualquier caso, la jurisprudencia ha exigido que se cumplan los requisitos de la instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares.

La batalla por las medidas cautelares:

Una de las más famosas obras literarias, que están referidas fundamentalmente al Derecho comunitario, es la escrita por GARCÍA DE ENTERRÍA “La batalla por las medidas cautelares”, en el cual se explica, con casos concretos la evolución de la Justicia comunitaria europea en éste tema.⁽⁴⁵⁾

El caso **Factortame**, derivado de un conflicto entre el Gobierno inglés y los pescadores, dio como origen un Auto de suspensión dictado por el Tribunal de Justicia, el 10 de octubre de 1989, respecto de la aplicación de la Ley inglesa (Merchant Shipping Act de 1988), que afectaba a los pescadores con bandera española, que estaban debidamente inscritos en los Registros ingleses. Esa sentencia marcó un hito histórico en la protección cautelar, contra normas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

Una particularidad de la mencionada resolución, es que el auto fue dictado únicamente por el Presidente del Tribunal, debido a la urgencia del caso (Caso Comisión c. Reino Unido, 246/1989), por cuanto el artículo 85 del reglamento de procedimientos del Tribunal, así

(44) BIAVATI, Paolo. *Diritto Processuale comunitario*. Milán, Giuffrè, 2000, págs. 287-288.

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 2ª. Ed., Madrid, 1995.

lo permite, y deja a la apreciación del presidente remitirlo al Tribunal en pleno. "...es el primer caso en que el Tribunal de Justicia suspende cautelarmente la aplicación de una Ley formal de un Estado, suceso que, si expresa bien la madurez de la conciencia del principio de supremacía del ordenamiento comunitario, acaso hubiese justificado una mayor solemnidad en su adopción. Pero, a la vez, esta particularidad me parece que puede entenderse que está justificada en la urgencia misma de la adopción de la medida cautelar."⁽⁴⁶⁾

El Tribunal justificó, no solo los presupuestos de la apariencia de buen derecho (por el virtual incumplimiento del Gobierno inglés a las normas de la Comunidad) y de la urgencia o irreparabilidad de los perjuicios que la medida buscaba evitar, sino también en la defensa de la política pesquera común, que establece igualdad de condiciones de acceso y de explotación a todos los barcos que enarbolan el pabellón de cualquiera de los Estados miembros y estuvieran matriculados en el territorio de la Comunidad.

En la sentencia **Zuckerfabrik**, del 21 de febrero de 1991, el Tribunal establece la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales que están llevando un proceso donde se discuta la validez o la interpretación del derecho comunitario, pueden adoptar las medidas cautelares siempre y cuando respalden los intereses comunitarios. Este caso se refiere a la impugnación de dos fabricantes alemanes de azúcar, contra la cuota de reabsorción especial comunitaria, aplicada en liquidaciones por la Aduana Alemana. Tales cuotas obedecían a la aplicación de la política agrícola común, y los productores alegaban la invalidez del reglamento comunitario. En la resolución, se subraya la necesidad de que el Juez nacional resguarde la efectividad del Derecho Comunitario, y en casos de dudas sobre un reglamento, debe priorizar el interés de la comunidad, y no de los particulares.

En el auto del 28 de junio de 1990 (Caso Comisión c. Alemania), el Tribunal dicta una medida cautelar inmediata, *inaudita parte*, y a reserva de seguir el procedimiento cautelar ordinario, contra una Ley Nacional alemana (Ley del 30 de abril de 1990, sobre peajes a pagar por utilización de carreteras federales, por camiones pesados). Debido a los efectos que podría causar, el Tribunal acogió una medida conservatoria, por extrema urgencia, ordenando la suspensión inmediata, a reserva de

(46) *Ibid.*, pág. 75.

una ulterior reconsideración de la medida, cuando el Gobierno alemán hubiese tenido posibilidad de defensa.

Como puede observarse, dicha medida también tiende a proteger el mercado común y evitar medidas de retorsión por parte de los Estados que afecten la consolidación de las políticas comunes. Se reitera la aplicación del art. 84.2 del Reglamento de procedimientos, que permite al Presidente del Tribunal acceder a la solicitud de medidas cautelares, antes de que la otra parte conteste, sin perjuicio de que la misma pueda ser modificada o revocada, incluso de oficio.

5.3. *La Corte Centroamericana de Justicia*

La Corte Centroamericana de Justicia es el órgano jurisdiccional supranacional⁽⁴⁷⁾ del Sistema de la Integración Centroamericana y es el encargado de velar por la interpretación y aplicación del derecho comunitario centroamericano. Representa los mas altos valores de la conciencia integracionista de la Región.

Tiene sus antecendentes históricos más remotos en la Corte de Justicia Centroamericana⁽⁴⁸⁾ o Corte de Cartago⁽⁴⁹⁾ de 1907, reconocida como el primer Tribunal de Justicia Internacional.

La Corte Centroamericana de Justicia es establecida, de manera expresa en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, como un órgano jurisdiccional permanente, cuyas decisiones son obligatorias y vinculantes para los Estados miembros.⁽⁵⁰⁾

(47) Sobre el tema véase las recientes publicaciones de PEROTTI, Daniel. *Tribunales Supranacionales. La Corte Centroamericana de Justicia*. En: Revista Derecho del Mercosur, Buenos Aires, Edit. La Ley, Año 3, No. 6, diciembre, 1999, págs. 169-189 (Primera parte) y Año 4, No. 1, febrero, 2000, págs. 125-154 (segunda parte).

(48) GUTIÉRREZ, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. Tesis de Grado, Publicada por la ODECA, 1957.

(49) HÉRCULES PINEDA, Fabio. *Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericano*. En: El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia), Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995, p. 1-18.

(50) Protocolo de Tegucigalpa, art. 12, párrafo 4: “La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación

Aunque su Convenio de Estatuto,⁽⁵¹⁾ suscrito en la Cumbre de Presidentes del 10 de diciembre de 1992, solo haya sido ratificado por tres países (Nicaragua, Honduras y El Salvador) está vigente desde el 2 de febrero de 1994, y en proceso de ratificación de los restantes Estados miembros, porque de conformidad con el Protocolo de Tegucigalpa, los Estados tienen el deber de negociarlo y ratificarlo. Costa Rica, cuyo expediente legislativo se encuentra archivado con un dictámen negativo de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias de la Sala Constitucional, incluso recientes,⁽⁵²⁾ ha reconocido la vigencia de la Corte, como órgano oficial de la integración regional, al cual deben estar sometidos todos los ciudadanos de la Región.

La Corte Centroamericana de Justicia tiene una competencia y jurisdicción muy amplia, "...con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el 'Sistema de la Integración Centroamericana', y para sujetos de derecho privado".⁽⁵³⁾ Por la amplia competencia otorgada a la Corte en el Convenio de Estatuto y otros Tratados y Convenios regionales, se ha establecido al siguiente clasificación de competencias:⁽⁵⁴⁾

El *proceso cautelar o medidas cautelares* "atípicas" dentro del contencioso comunitario está contemplado en el artículo 31 del Estatuto,

y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo.

(51) CHAMORO MORA, Rafael. El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. En: El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia), Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995, págs. 57-68.

(52) Véase, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional: No. 4638-96, 4640-96 y la No. 6619-99. En ésta última resolución, la Sala hace suya la afirmación de que "...si Costa Rica aprobó la creación de la Corte Centroamericana de Justicia, es ávida toda cláusula de Derecho Regional que se refiera a ella como órgano competente, independientemente de los reparos que se tengan contra su estatuto..." (Considerando III in fine).

(53) Estatuto CCJ, art. 3.

(54) CHAMORRO MORA, Rafael. *La Corte de Justicia de la comunidad Centroamericana*, Managua, Nicaragua, Imprimatur, 2000, p. 35 ss.

que indica: “La Corte podrá dictar las medidas prejudiciales o cautelares que considere convenientes para resguardar los derechos de cada una de las partes, desde el momento en que se admita alguna reclamación contra uno o más Estados, Órganos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, hasta que se falle definitivamente. En ese sentido podrá fijar la situación en que deban permanecer las partes contendientes a solicitud de cualquiera de ellas, a fin de no agravar el mal y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia la resolución correspondiente”. Las medidas que tome la Corte deben ser comunicadas en forma inmediata a las partes, por la vía más rápida, así como a los Estados miembros.⁽⁵⁵⁾

La resolución o auto que la resuelva debe ser fundamentada con consideraciones de hecho y de derecho, y producen efectos vinculantes obligatorios para los Estados, y se pueden ejecutar como si se tratara de una resolución de un tribunal nacional.⁽⁵⁶⁾ Si se produce un incumplimiento, la Corte debe comunicarlo a los otros Estados para que aseguren su ejecución.⁽⁵⁷⁾

En el caso, Nicaragua contra Honduras la Corte, en resolución del 30 de noviembre de 1999, consideró que “...dada la *urgencia* de la situación planteada, y el *peligro* en que se coloca el proceso de integración, ...solicitar al Estado de Honduras que suspenda el trámite de ratificación del aludido Tratado” y resolvió “II. A fin de resguardar los derechos de las partes dícbase la medida cautelar consistente en que el Estado de Honduras suspenda el procedimiento de ratificación y trámites posteriores para la puesta en vigor del Tratado de Delimitación Marítima... hasta que se pronuncie el fallo definitivo; providencia cautelar que se comunicará inmediatamente por la vía más rápida a las partes interesadas, así como a los demás Estados miembros”.

Evidentemente, en éste caso la Corte está favoreciendo el interés en la integración regional, y no el interés individual de un Estado, al ordenar semejante medida cautelar, con la cual la parte demandada nunca estuvo de acuerdo y no la ejecutó, no hubo cumplimiento

(55) Estatuto de la Corte, art. 31, Ordenanza de Procedimientos, art. 17.

(56) Estatuto de la Corte, art. 39.

(57) Estatuto de la Corte, art. 39 in fine.

efectivo de dicha medida cautelar y por tanto no desplegó los efectos jurídicos deseados, pues prácticamente, para esa fecha, ya había sido firmado el instrumento de ratificación y puesta en vigor del Tratado, tal y como consta en la publicación de la Gaceta Oficial de Honduras del 1 de diciembre de 1999.

El incumplimiento de la medida cautelar, por parte de Honduras, tuvo como resultado la imposición, mediante la resolución judicial del 17 de enero del 2000, de la sanción prevista en el artículo 39 del Estatuto, es decir, la comunicación a los Estados parte del SICA de dicho incumplimiento de una resolución del más Alto Tribunal jurisdiccional del sistema. El Gobierno de Honduras nunca estuvo de acuerdo, ni con la medida cautelar, ni con el incumplimiento, pues alegó violación a las normas fundamentales del debido proceso internacional, al no dársele audiencia previa sobre el proceso cautelar para poder combatir sus presupuestos.

Evidentemente, la Corte estaba facultada en este caso para decretar la medida cautelar solicitada (al no existir vicios sustanciales de procedimiento y al haber determinado su competencia en forma definitiva), máxime que se constataron los presupuestos necesarios para acogerla. El peligro en la demora del proceso, el aparente derecho reclamado por Nicaragua, y las consecuencias de daños irreparables que podía sufrir el Estado reclamante y, en general, la comunidad centroamericana, eran evidentes. Eso se deduce de las propias resoluciones de la Corte.

Cuando se trata de este tipo de presupuestos, no es necesario notificar previamente el proceso cautelar a la parte contraria porque, lógicamente, con mayor razón se vería truncada la posibilidad de ejecutar y hacer cumplir la medida. Este caso, puede calificarse como de “imposibilidad sobrevenida inminente”, derivada de la misma actuación del Estado demandado. De ahí la decisión de la Corte de comunicar su incumplimiento a los demás Estados. Por otra parte, debe indicarse que el proceso contencioso comunitario se rige por la amplitud de las facultades del Tribunal, y en éste caso, aún cuando no se hubiere solicitado la medida, la Corte está facultada para decretarla de oficio desde el inicio del proceso, según lo dispone el Estatuto.

5.4. El Tribunal Andino

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Modificado por el Protocolo de Cochabamba, el 28 de mayo de

1996). También establece la creación de un órgano jurisdiccional comunitario, con competencia exclusiva y excluyente, y capacidad de adoptar sentencias obligatorias para asegurar el cumplimiento de las normas de la Comunidad Andina.

Este Tribunal está integrado por cinco magistrados, los cuales gozan de plena independencia y cuyos cargos duran 6 años. La legitimación procesal para recurrir es amplia, y se extiende también a los sujetos privados, cuando afecten sus derechos subjetivos e intereses legítimos (art. 19).

Respecto a la tutela cautelar, el artículo 21 del Tratado dispone: *“La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados. Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación, mediante la sentencia definitiva”*. De ello se desprende la voluntad del legislador comunitario andino, de incorporar medidas cautelares también atípicas, basadas en los presupuestos reconocidos en la doctrina, cuando se interponga una acción de nulidad.

Esa facultad también la confiere el Tratado, al establecer una acción por incumplimiento, en el artículo 28: *“El Tribunal antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación”*.

Conviene destacar, de esas disposiciones, que se establece como un elemento característico de la medida la contracautela (afianzamiento), en los casos en que se considere necesario, y por otro lado, en la acción de incumplimiento, se puede ordenar la medida cuando se puedan causar perjuicios a la Subregión, es decir a la Comunidad.

5.5. *El nuevo Tribunal arbitral del Mercosur*

En el caso del Mercosur, el Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, artículo 3, dispuso la creación de un procedimiento

comunitario, para la solución de controversias, por lo cual se dictó el Protocolo de Brasilia.

Se le otorga competencias al Consejo del Mercado Común para resolver las controversias sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones comunitarias. Los particulares también está legitimados para demandar, con motivo de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal en incumplimiento del Tratado.

Además, se indica como facultad del órgano jurisdiccional, en el artículo 18, lo siguiente: *“El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir daños. 2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo...”*.

Esta disposición es sumamente importante, porque trasciende y rompe el criterio tradicional de los derechos nacionales de negarle la posibilidad a Tribunales arbitrales de dictar medidas cautelares, y tratándose de un Tribunal comunitario, sí se le concede, por la importancia que ello significa.

Para efectos de solicitar las medidas cautelares, se les exige a los particulares “...aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio...”, presupuestos básicos y esenciales para acoger la solicitud.

6. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y POTESTAD CAUTELAR

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, más conocida como Corte de la Haya, establecida en por la Carta de Naciones Unidas, como órganos judicial principal, establece la organización, funcionamiento y competencias de la Corte, así como los procesos específicos.

Desde su fundación, en 1946, se han sometido a su conocimiento 76 casos y las organizaciones internacionales han solicitado 22 opiniones consultivas. Aunque la mayor parte de las causas han sido tramitadas por la Corte en pleno, ahora pueden solicitar el conocimiento en las Salas especiales. Las controversias normalmente se refieren a derechos económicos, no utilización de la fuerza, toma de rehenes, derecho de asilo, conflictos territoriales, aplicación de tratados y nacionalidad.

La Corte está integrada por quince miembros. En los casos que se sometan a ella únicamente los Estados pueden ser parte, lo que lo califica como un Tribunal internacional convencional. Los Estados sometidos a su Estatuto, pueden declarar o aceptar como obligatoria la competencia de la Corte, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación.

Su competencia versa sobre la interpretación de un tratado, sobre derecho internacional, sobre la violación de obligaciones internacionales, o sobre la naturaleza o extensión de la reparación que debe hacerse por el quebrantamiento de obligaciones internacionales (art. 36 del Estatuto).

De conformidad con el artículo 41. *“La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales, que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”.*

Entre muchos de los casos, ha sido sometido recientemente a su conocimiento la diferencia Territorial y Marítima, entre el Estado de Nicaragua y Colombia, en relación con la delimitación marítima del Golfo de Fonseca. Está en cuestionamiento la competencia material de la Corte para conocer de este caso.

Otro caso interesante, es el de la Sentencia de la Corte, del 27 de junio de 1986, respecto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, producidas por los Estados Unidos. En ese caso, la Corte optó por los principios de no intervención, y la obligación del Gobierno Americano de abstenerse de dictar medidas económicas, políticas o de toda otra naturaleza que sea para ejercer una coerción sobre otro Estado y obtener de él ventajas. La Corte señala que en el Derecho Internacional consuetudinario, ninguna regla permite la puesta

en práctica de la legítima defensa colectiva sin la solicitud del Estado que se considere víctima de una agresión armada.

La Corte no solo concluyó en la responsabilidad del Estado Americano, sino también dispuso su obligación de reparar los perjuicios causados (responsabilidad patrimonial).

En modelo ejemplar, para explicar la aplicación de las medidas cautelares por parte de la Corte Internacional de Justicia, es el referido al Caso **Lagrand**⁽⁵⁸⁾ (sentencia del 27 de junio del 2001). En él Alemania reclamó, contra Estados Unidos la violación del art. 36 de la Convención de Viena (del 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares) por los siguientes motivos: a) No informar a dos ciudadanos alemanes acerca de los derechos que les amparaban en virtud de ese texto convencional; 2) No permitir el reexamine y la revisión de las sentencias recaídas contra los hermanos Lagrand.

La Corte Internacional de Justicia, afirmó, por primera vez, el valor de medidas cautelares provisionales, dictadas en ese caso (resolución del 3 de marzo de 1999), cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado. Los hermanos Lagrand habían sido arrestados por el homicidio de un Director, y no se les informó sobre el derecho de obtener asistencia consular, ni se notificó al Consulado alemán.

Alemania, al plantear su demanda, realizó una solicitud urgente de medidas cautelares. El Tribunal debía resolver muy rápido, porque la ejecución estaba programada para el mismo 3 de marzo. Por ese motivo, el Tribunal adoptó como fundamento el artículo 75.1 del reglamento, que permite dictar de oficio medidas provisionales siempre y cuando "...las circunstancias del asunto..." así lo exijan, a fin de evitar las demoras que puede ocasionar la audiencia de las partes.

Este caso resulta interesante porque es la primera vez que se cuestiona el efecto (obligatorio e inmediato) de las medidas cautelares y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento. Si el objeto de tomar dichas medidas es salvaguardar los derechos de las partes, es evidente que las circunstancias del caso deben estar debidamente justificadas en el peligro de demora y en la apariencia del derecho reclamado.

(58) TORRECUADRA, Soledad. *La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001, en el caso Lagrand*. www.reei.org.

El artículo 74 del Reglamento de la Corte, establece la prioridad en la substanciación en asuntos de carácter urgente, y en este caso era necesario dictar medidas cautelares de urgencia. Si el objeto de la protección era, en este caso, evitar la ejecución, es evidente el carácter y trascendencia de obligatoriedad y ejecución inmediata de la medida. Su incumplimiento, por parte de Estados Unidos, implicó responsabilidad internacional.

No basta, dijo la Corte, con un mero cumplimiento “formal” de acatar la medida, sino que deben darse los instrumentos necesarios para su ejecución.

Recientemente, también la Corte Internacional de Justicia dictó medidas cautelares, el 5 de febrero del 2003, en el caso *Avena* y otros nacionales mexicanos, en una demanda interpuesta por México contra Estados Unidos, en el cual solicitó el ejercicio de la protección diplomática de 54 ciudadanos nacionales arrestados, juzgados y condenados a la pena capital, por no aplicar lo dispuesto en la Convención de Viena, artículo 36.

Otro caso, digno de recordar, es el de Bélgica contra España,⁽⁵⁹⁾ en donde la Corte Internacional desarrolla la teoría del levantamiento del velo, sobre el vínculo entre una empresa privada y el Estado, en donde se discutió sobre la nacionalidad de empresas y la protección diplomática.

7. PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

7.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos, y su homóloga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son Tribunales Internacionales encargados de velar por la protección del Derecho Internacional Humanitario.

El Reglamento de la CIDH, del 24 de noviembre del 2000, establece la posibilidad de intervención individual o plural, o incluso de una Comunidad, que se vean afectados por la violación de los Derechos Humanos.

(59) *Corte Internacional de Justicia*, sentencia del 5 de febrero de 1970. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*

El mismo reglamento, dispone en su artículo 25, la posibilidad de adopción de medidas provisionales en forma muy amplia:

- “1. *En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema **gravedad y urgencia** y cuando sea necesario para **evitar daños irreparables** a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.*
2. *Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte **podrá actuar a solicitud de la Comisión.***
3. *La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud pondrá de inmediato en conocimiento al Presidente.*
4. *Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las **providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales** que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.*
5. *La Corte, o su Presidente si esta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública sobre las medidas provisionales.*
6. *La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes.”*

En el campo del derecho internacional, el objeto de las medidas provisionales ha sido preservar los derechos reivindicados por las partes, y por ende, la integridad de la decisión de fondo del caso, a fin de que pueda desplegar toda su eficacia y no se vea frustrado el resultado.

Si se adopta, la medida debe ser razonada, fundamentada en los presupuestos comunes (aparición de buen derecho y peligro de demora), buscándose como propósito mantener un equilibrio entre las partes.

El hecho de la “transposición” normativa de las medidas cautelares, del ordenamiento nacional hacia el internacional, no genera modificaciones sustanciales en cuanto al contenido de tales presupuestos, y en cuanto al objeto perseguido.

Sin embargo, es necesario subrayar, que en materia de Derecho Internacional Humanitario, se tiene a proteger, no solo el derecho de petición individual, sino que tales medidas preventivas protegen en modo efectivo los derechos fundamentales. En efecto, el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Todo lo anterior implica varias consecuencias:

- a) Las medidas cautelares son de base convencional, de lo que se deriva su carácter vinculante.
- b) Las mismas, establecen una garantía jurisdiccional efectiva de carácter preventivo.
- c) La CIDH, puede determinar el alcance de su propia competencia.
- d) Ellas tienen no solo a la preservación de los derechos de las partes, sino que en el caso del Derecho Internacional Humanitario, buscan salvaguardar de modo efectivo los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.
- e) Las medidas cautelares parten de una presunción de la necesidad de tutela cautelar.
- f) Pueden ser ordenadas de oficio, en casos de extrema gravedad y urgencia.
- g) Cualquier particular (persona física o jurídica), grupo o Comunidad, puede solicitar la protección.

Algunos casos concretos de la experiencia judicial internacional de la CIDH.

Se señalan tres casos interesantes del 2001:

1) *El caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano* en la República Dominicana, en el cual la Corte adoptó medidas provisionales de protección (res. Del 18 de agosto del 2000), que tuvieron por objeto, inter alia, proteger la vida y la integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos. Este caso representa un embrión de un hábeas corpus internacional, pues se extiende a la protección de nuevos derechos.

2) *El caso de una Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, en Colombia, donde se dictan medidas urgentes (res. Del 24 de noviembre del 2000), a favor de todos los miembros de la Comunidad (innominados pero identificables), para asegurar las condiciones necesarias para que las personas de la comunidad "...que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares...". En el mismo sentido, el caso de la Comunidad Indígena Zenú c. Colombia, en res. del 19 de junio de 1998.

3) *El caso del Periódico La Nación*, y el Estado de Costa Rica, que ordenó suspender la ejecución de sentencias de los Tribunales penales costarricense dictadas contra el periodista Mauricio Herrera, por estarse discutiendo la violación de la libertad de expresión (res. Del 6 de abril del 2001 y del 21 de mayo del 2001), en el cual el Estado de Costa Rica resultó finalmente condenado. Esta es una clara muestra de la extensión paulatina de protección de los derechos humanos.

Otros casos más recientes:

4) *Protección de grupos de personas en Venezuela*: En res. del 4 de mayo del 2004, la corte ordenó medidas provisionales respecto al Gobierno de Venezuela, para la protección de la libertad y seguridad de un grupo de personas. En esta resolución, la Corte indica: "Que las medidas urgentes y provisionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de su finalidad esencialmente preventiva o cautelar, tienen carácter tutelar dado que protegen efectivamente derechos fundamentales en cuanto buscan evitar daños irreparables a las personas". En la misma resolución, hacer ver el incumplimiento e irrespeto del Estado de Venezuela, y su deber de informar con periodicidad sobre las medidas efectivas tomadas.

En igual sentido, res. del 7 de mayo del 2004, del caso *Gómez Paquiyauri c. Perú*.

5) *El caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, en el cual la Corte, en resolución del 6 de setiembre del 2002, ante el incumplimiento de la sentencia dictada el 31 de agosto del 2001, a favor de esa Comunidad Indígena, ordenó medidas provisionales, tendientes a preservar el derecho de uso y goce de la Comunidad sobre sus tierras y recurso; se ordena el cese de acciones de terceros que explotan los recursos causando daños irreparables; se dictan otra serie de medidas específicas, como un doble deber, deber de abstención (inhibitoria) y deber de vigilancia y garantía.

6) *Criterios para la tutela judicial efectiva*: La jurisprudencia de la CIDH, también ha sentado criterios para hacer efectiva la tutela judicial de los derechos humanos de la tercera generación. Por ejemplo la protección del derecho humano al desarrollo sostenible.

- a) Casos donde se ha ordenado reabrir una Escuela sita en Guhaba, y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente, por ser la enseñanza esencial para alcanzar el desarrollo sostenible (Caso Aloeboetoe y otros, sent. 10 setiembre, 1993);
- b) Caso de Paraguay, donde se ordenó modificar el Código Civil, para que la mujer pudiera trabajar sin necesidad de consentimiento de su esposo (caso 11.625 de María Eugenia Morales);
- c) Caso de la Comunidad Indígena de Paraguay, que obligó al Estado a adquirir un terreno para entregarle a la comunidad y titularla a su nombre (caso 11.713, Comunidades indígenas de Paraguay);
- d) El caso de un grupo de trabajadores y dirigentes sindicales, en donde la Corte dispuso el reintegro, la indemnización y resarcimiento de los daños (Sentencia del 3 de febrero del 2001).

Todo esto conllevaría, eventualmente, a que la Corte admita demandas contra los Estados, donde existe falta de educación, donde hay pobreza extrema y ausencia de desarrollo sustentable, en abierta violación de los derechos humanos.

8. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Las medidas cautelares son, quizá, el instrumento procesal más efectivo, para garantizar la tutela judicial efectiva, cuyo contenido mínimo está contenido en nuestra Carta constitucional.

Durante muchas décadas, el instituto cautelar se ha venido desarrollando en la doctrina, la legislación y jurisprudencia nacionales. Pero para el caso de Costa Rica, no es sino después de la promulgación de la reforma al Código Procesal Civil (1990), que comienza a tener mayor vigencia en su aplicación.

A nivel de la Jurisdicción Constitucional, la Sala, desde 1993, ha establecido las características, presupuestos y fundamento de las medidas cautelares, sujetando la posibilidad de ordenar dichas medidas, a una resolución que sea motivada, fundamentada, bajo principios de razonabilidad, proporcionalidad, provisionalidad.

En el Derecho Internacional y comunitario, la importancia del instituto ha venido acelerándose en la última década, quizás en mayor medida y mayor eficacia, por los Tribunales comunitarios e internacionales.

Efectivamente, los Tribunales Comunitarios (europeo, andino, centroamericano, mercosur), iniciándose con el Tribunal de las Comunidades Europeas, han venido dictando una serie de medidas cautelares tendientes a garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, cuando se busca el respeto y cumplimiento del Derecho comunitario. Tales medidas cautelares, pueden ser dictadas por el Juez nacional o el comunitario, y resultan obligatorias.

De igual modo, en el ámbito del Derecho Internacional Convencional, no es sino hasta fecha reciente (2001), que la Corte Internacional de Justicia aceptó la importancia de las medidas cautelares y su carácter de obligatoriedad para los Estados miembros de las Naciones Unidas, que violan las disposiciones internacionales (caso *Legrand de Estados Unidos*).

Finalmente, resulta importante afirmar que el objeto de las medidas cautelares, si bien parte de los mismos presupuestos de base, se modifica dependiendo de la materia o de los intereses (individuales, colectivos, comunitarios, etc.), que se pretendan tutelar. En el Derecho

Internacional Humanitario, el objeto de la medida se amplía porque trasciende la esfera de la tutela individual, para ir más allá, en aras de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, no solo aquellos colectivos (económicos, sociales y culturales), sino también los derechos humanos de solidaridad (desarrollo sostenible, seguridad alimentaria, entre otros).

Debemos fomentar el estudio y la aplicación de las medidas cautelares en todos los ámbitos del quehacer jurídico, en aras de que todos podamos contribuir al fin último del proceso, cual es la justicia humana y democrática.

LA LITERATURA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA^(*)

*Lic. Henry Campos Vargas^(**)*

Profesor de Derecho Romano
y de Derechos Reales
Universidad de Costa Rica

(Recibido 16/10/06; aceptado 25/06/07)

(*) Teléfono 256-3597.
hcamposv@yahoo.es

RESUMEN

La enseñanza del derecho romano puede ser mejorada gracias a la cultura romana. El estudio del derecho romano es posible con base en la literatura romana. Muchas comedias arcaicas, por ejemplo, de Terencio y Plauto, nos muestran cómo los romanos aplicaron sus instituciones legales. Subastas, créditos, compromisos matrimoniales, son algunas de las prácticas legales presentes en sus dramas. Así, los estudiantes podrán mejorar su comprensión y conocimiento de Roma.

Palabras clave: Enseñanza, Roma, literatura, cultura romana, derecho romano.

ABSTRACT

Teaching of Roman Law could be improved by Roman culture. It is possible to study of Roman Law through Roman literature. Many archaic comedies, for example, those written by Terence and Plautus, show us how Romans applied their legal institutions. Auctions, credits, and marriage engagements are some of legal practices depicted in their plays. Thus, students could improve their understanding and knowledge of Rome through literature.

Keywords: Teaching, Rome, literature, Roman culture, Roman law.

SUMARIO

1. Metodología
2. Relación con otros cursos de la Facultad
3. Objetivos
4. Contenidos generales
5. Evaluación
6. Bibliografía

En un mundo globalizado como el nuestro, trocados los valores de antaño por los de comercio, ¿es posible enseñar derecho romano? Esta acuciosa pregunta se formula actualmente en las principales universidades europeas y, periódicamente, resurge a nivel nacional. Subrepticamente, disimula una interrogante paralela que podría enunciarse de la siguiente manera: ¿para qué enseñar derecho romano?

En un proceso de simplificación curricular, de liberar a corto plazo al estudiantado en el mercado nacional de trabajo, cursos de esta naturaleza son cuestionados continuamente. Sin embargo, en este *particularismo llamado mundialización* (SERRES 2002: 2), cursos como el de Derecho Romano poseen un valor del que rara vez se ha tomado conciencia. El potencial que ofrece como transmisor de la cultura universal, desde una perspectiva integradora de todas las ramas del derecho, no puede ser igualado sino por escasas materia de la carrera.

El rico entramado de fuentes para el conocimiento del derecho en Roma ofrece tres vertientes principales: la primera de ella consiste en los tratados de especialistas, ámbito al que tradicionalmente se ha circunscrito su enseñanza y estudio; la segunda corresponde a textos jurídicos originales de los períodos arcaico, clásico y posclásico del derecho romano, que muy raramente son aprovechados en la academia; y, como última, aquélla que involucra elementos diversos de la cultura romana (arquitectura, mitología, religión, literatura...).

De incorporarse las dos últimas fuentes en el proceso de enseñanza, el valor agregado del curso se vería incrementado considerablemente.

Esto es particularmente notorio si, previamente, se aborda un problema capital. Todo curso, particularmente aquellos que integran el plan curricular de la carrera de Licenciatura en Derecho, en palabras de la Msc. Leticia Olguín Suárez, debe responder dos preguntas fundamentales. Primeramente, ha de contestar cuál es el tipo de profesional que desea formar. Esta interrogante puede resolverse de muy diversas maneras en el caso concreto del derecho: se pretende formar jueces, asesores, especialistas en determinado campo, *abogados generalistas*. Luego de superar este estadio, deberá determinar qué aporta el curso específico al proceso de formación de ese profesional.

Como la primera cuestión es sumamente rica y excede el objetivo de este trabajo, se asumirá como premisa la necesidad de formar un

abogado generalista, es decir, un abogado que conozca ampliamente nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, es posible pasar a considerar la respuesta a la segunda pregunta.

El derecho romano, desde el punto de vista de las humanidades, posee un valor que aún no ha sido explotado en su totalidad: constituye la primera oportunidad para el estudiante de derecho de abordar, en un mismo ciclo anual, la totalidad de un sistema jurídico. De acuerdo con el plan de estudios de esta carrera, cada curso corresponde a un tema específico: derecho privado, derecho de obligaciones, derecho de la contratación privada, derecho penal, derecho de familia, derecho agrario, derechos reales... A primera vista, es posible apreciar una de las características constantes de la enseñanza del derecho: su carácter departamental. Aunque algunos cursos constituyan requisito o correquiso de otros, es rara la ocasión que involucre la aplicación de una o más ramas del derecho.

No ha de ignorarse el esfuerzo de varios profesores por enseñar desde una perspectiva semejante, mas tal esfuerzo, de carácter personal, manifiesta un déficit curricular: la estructura del plan de estudios no la ofrece ni, mucho menos, la propicia, ha de ser producto de la iniciativa del profesor.

Sin lugar a dudas, la naturaleza *departamental* de nuestros planes de estudio en nada favorecen esta visión integradora. No obstante, superar tal estadio se vuelve imperioso, no sólo para obtener una mejor preparación del estudiantado, sino porque

sólo podemos combatir esa nueva forma de colonización (que es la globalización) con la universalidad. No se trata de levantar lo local contra lo global, sino todo lo contrario, luchar con lo global contra ese local (SERRES (2002): 5 –el paréntesis no está en el original–).

El curso de *derecho romano*, en cambio, no tiene oportunidad para incurrir en este vicio: debe comprender la totalidad de un sistema jurídico en el plazo perentorio (para emplear la jerga judicial) de un año. Durante este periodo, el estudiante debe familiarizarse con las principales instituciones del derecho mediante el estudio de un sistema que, en no pocas ocasiones, ha sido sobrevalorado al calificarlo como perfecto, modelo sumo de organización jurídica. Empero, sólo en este

momento o al concluir su carrera (esto en cursos de práctica profesional) el estudiante tendrá a su disposición una visión integradora.

Esta propiedad del derecho romano desafortunadamente no se aprovecha en estos cursos. La razón de esto se encuentra, primeramente, en el hecho de que en ellos no se enseña derecho.

La denominación *derecho romano* crea en el estudiante una expectativa: promete que le enseñarán derecho, pero el colectivo estudiantil sabe que esto no es cierto, se le enseñará historia. Evidentemente, las palabras, en este caso, pueden engañar no sólo al estudiantado, sino al profesor.

Derecho Romano no debe ser un curso de historia, porque con ese propósito tal contenido es abordado, de manera profesional, por los especialistas del campo. Esto no significa que deban suprimirse los cursos de historia en la preparación del abogado, de ninguna manera. El dominio de la historia nacional y mundial es base fundamental en la formación de todo abogado. No puede calificarse menos que de corrupta la práctica de ciertas universidades privadas que reúnen, en un sólo cuatrimestre y en una única materia dos, tres o hasta cuatro cursos relacionados con la historia: me refiero a Historia del Derecho I y II y Derecho Romano I y II. Para esos centros de estudios, quizás esto sea lo más natural, lo más práctico... En realidad este proceder genera un serio daño en la formación de su clientela al fundamentarse en una mentira, un engaño contra el estudiante; contra las entidades encargadas de la autorización de la enseñanza de una carrera y; contra el pueblo, futuro usuario de su producto.

Desde nuestro punto de vista, si de enseñar derecho romano se trata, ha de ponerse al estudiante en contacto con normas del derecho romano. Estas normas se encuentran en una bibliografía numerosa a disposición del público.

Es especialmente prolija la descripción del *ius romanorum* en la comedia latina arcaica. En este ámbito de la literatura, el estudiante puede encontrar una fuente de gran valía para el conocimiento de la práctica y vivencia del derecho. Por ejemplo, la riqueza del *Rudens* plautino es considerable al parodiar en una escena el rito de un proceso arbitral. Propiamente debió ser un proceso llevado ante el llamado Tribunal de los *recuperatores*, pero Plauto lo ofrece como un arbitraje en la escena cuarta del acto cuarto. En esa obra, también figuran

diversas apelaciones a temas legales como el depósito (verso 1005) o las leyes urbanas (verso 1022). Hacia el verso 1230, existe una amplia discusión sobre el problema de la ocupación y la pesca como formas de adquisición de la propiedad; igualmente, figura el problema de la liberación de esclavos (verso 928) junto a rápidas secciones de la *in ius vocatio* (608 y 855). Merece especial atención el dominio de los amos sobre los bienes de los esclavos, factor sobre el cual se construye la burla central de la última escena de la comedia (versos del 1380 al 1390).

A diferencia de la anterior, el *Stichus*, también de Plauto, no pone en escena rituales legales. No obstante, no le son ajenos los motivos jurídicos. El ejercicio de la patria potestad sobre las hijas casadas (verso 50), el tema del divorcio (151), la subasta de bienes (200), la reintegración de la dote (205) y la prescripción por desuso (240), tapizan el desarrollo de la trama.

Trinummus, por su parte, es una comedia que desarrolla con relativa amplitud la vivencia del derecho en las relaciones de confianza. En medio de un tono serio y moralizante, expone la fidelidad en los negocios (155-180) característica de la fiducia (nuestra actual fianza), la problemática de dotar a una hija en medio de una situación de pobreza (375-393) y el deshonor que conllevaba (614 y 678), así como la práctica del convenio de los esponsales (440-460, 570-580 y 1160-1165). Esta comedia es particularmente valiosa por las relaciones que establece, tal vez en términos casi filosóficos, entre las costumbres, buenas y malas, y el derecho (225-275, 280-330 y 1035-1045).

El contenido de carácter jurídico en este autor, al igual que en otros escritores romanos, son cuantiosos.

En un subgénero de la comedia romana arcaica, la togata, se encuentran presentes cuantiosos títulos comprometidos con el derecho romano de la época: *Abducta* (La raptada), *Auctio* (La subasta), *Crimen* (La acusación), *Deditio* (La capitulación), *Depositum* (El depósito), *Divortium* (El divorcio), *Emancipatus* (El emancipado), *Exceptus* (El recogido), *Libertus* (El liberto), *Prodigus* (El pródigo), *Talio* (La ley del talión) son una clara manifestación del conocimiento y familiaridad que tuvieron sus autores con la realidad jurídico-social romana, expresión que no permite dudar del marcado realismo del subgénero. Esta tradición jurídica romana es un evidente componente de la cotidianidad que puede atraer la atención de muchos estudiantes. En este mismo orden de ideas, a manera de ilustración, puede estudiarse el tema de la

familia a través de títulos de comedias relativas al parentesco, tales como *Aequales* (Los de igual edad), *Consobrini* (Los primos hermanos), *Divortium* (El divorcio), *Emancipatus* (El emancipado), *Exceptus* (El recogido), *Fratriae* (Las cuñadas), *Libertus* (El liberto), *Mariti* (Los maridos), *Materterae* (Las tías maternas), *Privignus* (El hijastro), *Sorores* (Las hermanas), *Vopiscus* (El gemelo superviviente).

Estas breves referencias; empero, acreditan que la literatura constituye una fuente importante para el conocimiento y la enseñanza del derecho romano. Metodológicamente, al apoyar la enseñanza del derecho con su estudio, se alcanza un valor agregado en el proceso: se enseña cultura.

Por otra parte, al complementar su estudio con la literatura, el estudiante aprende a conocer mejor su lengua. El lenguaje del derecho es siempre fiel reflejo de la sociedad y del momento histórico al que corresponde. Gran parte del léxico jurídico, no sólo el empleado entre los romanos, sino el que existe en la actualidad, encuentra su origen en la Roma primitiva. Desde una perspectiva lingüística, esta comunidad empleaba un latín arcaico, el cual nutrió las principales instituciones del derecho.

Este latín arcaico identificó una sociedad netamente agraria, religiosa, militar y política, facetas que se vieron reflejadas en el léxico jurídico.

En el estudio de las familias léxicas latinas y su evolución a las lenguas romances, se encuentra un importante aliado en la enseñanza del latín jurídico. Las conexiones léxicas permiten ofrecer al estudiante una visión dinámica de la lengua latina, en lugar de las formas rígidas de los casos, sus declinaciones y las conjugaciones verbales. Las múltiples variaciones semánticas que una palabra del habla cotidiana latina asumió en distintos contextos lingüísticos no sólo pueden contribuir a despertar el interés del estudiante, y del profesor, en el estudio del latín, sino que forman parte de la concepción bajo la cual *conocer el significado de una palabra es conocer sus posibles usos* (SEARLE 1990: 26).

Descubrir que *ius* podía significar tanto *ley* como *salsa*, o que la forma *tribus*, caso particular de un numeral, estaba emparentado con la forma fundamental de organización socio-política romana y el establecimiento de los impuestos, ofrece un panorama sumamente amplio en

el estudio de la lengua y, sin lugar a dudas, hará posible que nuestros estudiantes conozcan el latín desde sus mismas entrañas en lugar de externamente.

La fuerza de este latín marcó una impronta en la vida del derecho, ya que se mantuvo a través del tiempo. Así lo atestigua Gayo en sus Instituciones hacia finales del siglo II de nuestra era, al explicar la *actio fruti prohibiti*:

Quid sit autem licium, quesitum est; sed verius est consuti genus esse quo necessariae partes teherentur.

-¿Qué sea el licium?, es discutido, pero posiblemente sea un tipo de mandil para cubrirse las partes debidas- (GAYO. (1990): III, 193 -el numeral romano corresponde al libro de la obra y el arábigo al número de párrafo, esto de acuerdo con las normas más usadas para la cita de esta obra).

El *licium* parece haber sido una especie de hilo (así Plinio y Virgilio), cuerda (Virgilio y Ovidio) o cordón. Sin embargo, no cabe duda de que, para la época de Gayo, o se desconocía su significado, o, al menos, era dudoso. Este pasaje tiene relación con el fragmento 15.b de la *Tabula VIII* de la Ley de las Doce Tablas, en el que se conserva la expresión *luce et licio*. Esto acredita la pervivencia de la lengua, en su fase primitiva, a lo largo del tiempo.

La ecuación lengua-derecho-poder configuró una fuerza centrípeta (en sentido Bajtiniano) que garantizaba la conservación del sistema jurídico y lingüístico. En este proceso, el carácter religioso que tuvo en sus orígenes y las valencias asociadas al respeto del *mos maiorum* (las costumbres de los antepasados), consolidaron una estructura de convenciones que haría casi intangible los contenidos de las normas del derecho romano, proceso reflejado en su lengua.

Para los estudios de la lengua y la literatura, el derecho representó una de las primeras muestras de subordinación en la lengua escrita: ante las tradicionales fórmulas de cantos, oraciones y lápidas conservadas, como los cantos saliares o los arvaes, la ley, por su estructura semántica y sintáctica, exigía romper con el discurso construido sobre la base de oraciones simples o coordinadas.

En relación con la segunda categoría de fuentes (textos jurídicos escritos por los romanos, es decir, literatura jurídica) es importante

trabajar con las Instituciones de Gayo –citadas anteriormente–. Este libro es una especie de Código de Derecho Romano, cuyo uso permitirá al alumno tener acceso directo a las instituciones romanas de manera independiente respecto del criterio de su profesor y, sobre todo, de los romanistas, pues no se verá constreñido por una interpretación privilegiada, al poder leer y realizar cuestionamientos por sí mismo –con el apoyo bibliográfico pertinente–.

De esta forma, el alumno puede desarrollar habilidades en lo concerniente al manejo de citas legales, puesto que estudiará un *código de derecho romano*. El propio curso podría adquirir independencia en sus contenidos al no fundamentarse en la visión ofrecida por un autor moderno específico –no habría compromisos institucionalizados con tal o cual interpretación del derecho romano–.

Esta dinámica en el aprendizaje llevaría a que el alumno aprenda a razonar, a tomar decisiones, a discutir, en un ambiente jurídico sin compromisos, gracias a que dicha comunidad juega entre lo ficticio y lo real, es decir, lo ausente.

Al profesor corresponderá establecer las relaciones pertinentes con el derecho costarricense, aunque eventualmente el alumno estará en capacidad de realizarlas con una debida planificación, todo lo anterior en procura de propiciar la definición de modelos para trabajar en contextos de derecho comparado –derecho romano vs. derecho costarricense–.

Este proyecto es sumamente ambicioso y está indudablemente sometido a las vicisitudes del profesor y de la composición del grupo estudiantil. Empero, promete ser una experiencia vivificadora a nivel académico y docente, tanto para el alumno como para el profesor.

Uno de los presupuestos para el éxito de la propuesta es asumir que todos los miembros de la clase son abogados de derecho romano, lo cual, gracias a la ausencia de mecanismos institucionales que sostengan lo contrario, es perfectamente admisible y permite, en alguna medida, desarrollar un ambiente de igualdad, aunque la relación profesor (autoridad) alumno siempre se mantenga.

Como propuesta acorde con las observaciones precedentes, a continuación ofrezco el contenido general de un futuro programa para el curso de *Derecho romano*, con el propósito de que sirva de modelo para la discusión en los círculos pertinentes.

PROGRAMA DE DERECHO ROMANO
FACULTAD DE DERECHO
CÓDIGO: DE-2004 y DE-2008
CRÉDITOS: 2

1. METODOLOGÍA

Este es un curso de derecho romano de carácter activo. Su eje es el estudio del derecho romano clásico compendiado en las Instituciones de Gayo y la manera como lo vivieron los romanos, atestiguada por la literatura romana.

La pauta metodológica usada en ambos semestres abordará el análisis, en talleres grupales de los alumnos, de casos históricos del derecho clásico y, primordialmente, posclásico. Además, metodológicamente los estudiantes elaborarán cuadros comparativos y esquemas de las instituciones del derecho del período seleccionado y del costarricense.

2. RELACIÓN CON OTROS CURSOS DE LA FACULTAD

Este curso pretende servir como introducción a las instituciones jurídicas a abordar por las cátedras de Obligaciones, Contratos, Derecho Procesal, Juicios Universales, Mercantil.

Además, procura desarrollar destrezas generales en el estudiante para su posterior desenvolvimiento profesionales, entre otras: manejo de citas, estructuras de razonamiento jurídico, técnicas de discusión en grupo.

3. OBJETIVOS

Al finalizar el curso, el alumno será capaz de:

1. Resolver oralmente o de forma escrita conflictos técnicos de derecho romano clásico.
2. Establecer las diferencias entre los análisis de las principales escuelas de derecho romano clásico.
3. Sistematizar las normas y principios jurídicos de las instituciones fundamentales del derecho privado.

4. Brindar las citas precisas de los antecedentes romanos más destacados de las instituciones jurídicas de los derechos contemporáneos.
5. Manejar adecuadamente la terminología fundamental del derecho privado.

4. CONTENIDOS GENERALES

I SEMESTRE: Fuentes del derecho romano, sujetos del derecho, derechos reales, obligaciones.

II SEMESTRE: Contratos, derecho sucesorio, procedimiento civil.

5. EVALUACIÓN

La evaluación consistirá en una serie de talleres y dos exámenes –uno parcial y otro final–.

Los talleres tendrán lugar preferentemente dentro del aula, aunque en alguna oportunidad podrán realizarse en casa.

Los trabajos serán grupales –de no más de 4 integrantes–, y consistirán en la resolución de una serie de conflictos jurídicos, la sistematización de algún conjunto de normas, el análisis de algún dictamen legal, a elección del profesor.

El informe de los resultados será evaluado de manera oral ante el grupo.

El examen parcial y el final serán orales y tendrán lugar en la fecha programada por la Facultad. Sus contenidos serán especificados por el profesor encargado de curso cuando menos 8 días antes de su celebración.

TALLERES: 40%

PRIMER PARCIAL: 30%

FINAL: 30%

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO SANCHO, Gilberth, 1984. *La Facultad de Derecho en la Universidad de Santo Tomás*. Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho.
- BAJTIN, Mijail, 1995. *La cultura popular en la Edad Media y en el Renacimiento. El contexto de François Rabelais*. 4a. reimpression, Alianza Editorial, S. A., Madrid.
- BASCUÑAN VALDEZ, Aníbal, 1964. *Evaluación de los estudios jurídicos en la Universidad de Costa Rica*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Documentos de Trabajo, No. 2.
- FRONDIZI, Risieri. *La Universidad en un mundo de tensiones*. Misión de las universidades en América Latina, Editorial Paidós.
- GAYO, 1990. *Instituciones, edición bilingüe*, reimpression de la 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid.
- GOLDSTEIN, Daniel, 1989. *Bioteología, Universidad y Política*. 1ª. edición, Siglo Veintiuno Editores, S. A., México.
- LÓPEZ LÓPEZ, Aurora, 1983. *Fabularum togatarum fragmenta*. 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- PÉREZ LEDO, Juan A., 1996. *El movimiento Critical Legal Studies*. Editorial Tecnos, S. A., Madrid.
- PLAUTO, 1994. *Comedias I*. 4a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.
- PLAUTO, 1995, *Comedias II*, 1ª. Edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.
- RIBEIRO, Darcy, 1971. *La Universidad Latinoamericana*. Universidad Central de Venezuela.
- SEARLE, John, 1990. *Actos de habla*. 3ª edición, Ediciones Cátedra, S. A. Madrid.
- SERRES, Michel, 2002. *Lo Universal en contra de un particularismo llamado mundialización*, conferencia dictada en el Coloquio Diversidad Cultural y Mundialización. Universidad de Costa Rica, 18 de setiembre del dos mil dos, material fotocopiado.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 235-0011
381736