

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO



COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

79

(1963-1994)

31 años

SAN JOSE, COSTA RICA  
1994  
SETIEMBRE-DICIEMBRE

JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

1995

Presidente:

Dr. Francisco Morera Alfaro

Vicepresidente:

Dr. Roberto Iglesias Mora

Secretario:

Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz

Prosecretario:

Lic. Henry Vega Salazar

Fiscal:

Lic. Fabio León Zárate

Tesorero:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 1:

Lic. Alvaro Dengo Solera

Vocal 2:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 3:

Dr. Román Solís Zelaya

Vocal 4:

Licda. Efigenia Bustamante Guerrero

Vocal 5:

Dr. Manuel Amador Hernández

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Director Consejo Universitario:

Máster Alonso Salazar Matarrita

Vice-Rectora de Docencia:

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez

Vice-Rectora de Acción Social:

Máster Ana Teresa Alvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración:

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. Yamileth González García

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez



## PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en los campos de la adopción, filosofía y metodología jurídicas, fideicomiso, derechos de autor, diversidad biológica y propiedad intelectual, contrato de cuenta corriente bancaria y documentos varios.

Se trata de una contribución realista y efectiva al debate sobre temas vigentes y polémicos.

*El director y editor*

## BREVE COMENTARIO EN TORNO A LA LEY ITALIANA SOBRE LA DISCIPLINA DE LA ADOPCION Y DEPOSITO DE MENORES

(Ley Nº 184 del 4 de mayo de 1983)

*Dra. María de los Angeles Soto Gamboa*  
Profesora Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

## SUMARIO

1. Introducción.
2. Depósito de menores.
3. Adopción-Aspectos generales:
  - A. Estado de Adoptabilidad;
  - B. Custodia preadoptiva;
  - C. Declaratoria de Adopción.
4. Adopción Internacional:
  - A. Adopción de menores extranjeros;
  - B. Expatriación de menores con finalidad adoptiva.
5. Adopción en casos particulares.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCION

Es importante resaltar que la LEY ITALIANA sobre la Disciplina de la Adopción y el Depósito de Menores, N° 184 del 4 de mayo de 1983, tiene 82 artículos, cinco títulos y su propósito fundamental es el de mejorar la regulación de la institución de la adopción y de la custodia de menores en aras del interés de los mismos. Se trata de evitar el tráfico de menores a través de la adopción, por lo cual se regula la misma, nacional e internacional, y exige también una mejor preparación para las parejas que intentan adoptar, a través de la aprobación de las mismas, como idóneas para cumplir su rol. El centro de la ley gira en torno al menor, y la preocupación sobre su desarrollo físico y emocional; así como sus vínculos prioritarios con la familia de origen y la subsidiariedad de la institución adoptiva, como un medio de solidaridad social para proteger a menores abandonados.

La ley inicia su regulación en cuanto al depósito de menores, cuya familia de origen tiene problemas temporales, con la esperanza de que superados aquellos, la familia se reencontre. Si no se lograre resolver los mismos, la Ley prevé la necesidad de buscarle a través de la adopción.

Prevé la ley en comentario, dos tipos de adopción: a-nacional; y b-internacional.

En el caso de la *adopción nacional* se prevén tres pasos: i) declaración de adoptabilidad; ii) depósito preadoptivo; iii) declaratoria de adopción.

En cuanto a la *adopción internacional*, se autoriza a los ciudadanos italianos para que adopten menores abandonados en el extranjero, previo cumplimiento de los requisitos que la ley prevé. Se permite asimismo, que los menores abandonados italianos, puedan salir del país con fines adoptivos, promovida por extranjeros o italianos residentes fuera del país.

## 2. DEPOSITO DE MENORES

Sobre el *Depósito de Menores*, la ley en estudio lo regula en los artículos 1 al 15, e indica con gran relevancia que **"el menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de su propia familia"**.<sup>(1)</sup>

(1) SCHIPANI, Sandro, en *LE NOUVE LEGGI CIVILI COMMENTATE*, Padova CEDAM, 1984, p. 3 señala que con ese artículo 1 "se da el concreto significado humano de la minoridad y de la dinámica profunda de las relaciones familiares, en su rol formativo de la personalidad, de la cual el menor debe gozar, en relación con sus padres, o eventualmente con otros componentes de su familia". La ley lo denomina "affidamento familiare".



De ahí, que si por alguna circunstancia el menor se viere privado **temporalmente** de su ambiente familiar, se puede dar en custodia o depósito a una familia que tenga hijos propios, una persona sola, o a una comunidad de tipo familiar, con la finalidad de asegurar su manutención, educación e instrucción. (2)

Si no hubiese una custodia conveniente, es posible la institucionalización del menor (sea un instituto público o privado), y de preferencia en el lugar de residencia del menor. Se le confiere al instituto poderes tutelares hasta que no se nombre un tutor, y en todos aquellos casos en los cuales el ejercicio de la patria potestad de los padres o del tutor, tuviere impedimento. Los poderes del instituto, de acuerdo a la ley son: a) acoger el menor; b) mantenerlo, educarlo e instruirlo, tomando en cuenta las indicaciones de los padres, y las establecidas en el Código Civil Italiano sobre los poderes inherentes a la patria potestad; c) preocuparse por las relaciones entre el menor y sus padres, en el caso de que las mismas tiendan a restablecerse.

Si los padres del menor retoman el ejercicio de la patria potestad, el Instituto debe solicitar al Juez Tutelar, fijar eventualmente los límites o condiciones para tal ejercicio.

De acuerdo con el art. 4 de la ley comentada, el depósito familiar lo dispone el SERVICIO SOCIAL local, previo consentimiento de los padres o de quienes ejerzan la patria potestad, así como se dispone también, la necesidad de **oír** al menor que haya cumplido 12 años, y si fuera oportuno, también al de edad inferior. Luego se emitirá una resolución. Si se diera una situación, en donde falta el consentimiento de los padres o del tutor, entra a participar el Tribunal de Menores. La resolución que declara el Depósito Familiar, debe ser motivada, y deben incluirse los hechos que dieron origen al caso, así como el plazo y el modo de ejercicio de los poderes concedidos a los depositarios. El servicio local tiene la

(2) Sobre el punto, señala BIANCA, Cesare Massimo, op. cit., p. 2, "que el menor tiene el derecho de no ser alejado de su propia familia y es un principio en cuanto al interés del niño, crecer en ella, considerándose como lesivo a su personalidad, acciones que lo sustraigan del ambiente familiar. La normativa del art. 1, indica el sentido de pertenencia del menor a su familia, pero a través de un principio real de interpretación se reconoce, que el crecimiento en familia, es un valor subordinado al cuidado del menor". PERLINGERI, Pietro, op. cit., p. 17, comenta que la Ley establece no sólo la preferencia hacia la familia de origen, sino también en el Depósito, se dará prioridad a los familiares, antes que a la institucionalización". EL CODIGO DE LA INFANCIA DE COSTA RICA, prevé el depósito de menores, en los arts. 20 al 125 -Código Procesal Civil de Costa Rica, arts. 802, incisos 3) y 5), 807 y 809 -Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, N° 3886, 1964, art. 6.

ANOTADO 1950  
9x10 N: 79  
R (SET/DIC)  
1994  
REV 15/6/51  
**DONACION**

atribución de vigilar durante el plazo que dure el depósito, así como de informar al Juez Tutelar o al Tribunal de Menores en su caso. (3)

La cesación del depósito familiar se da mediante una resolución dictada por la misma autoridad que lo ha ordenado, valorando el interés del menor, cuando haya venido a menos la situación de dificultad familiar; o en el caso de que con el mismo, se cause perjuicios al menor. También cesa, cuando transcurra el período de duración del mismo, o circunstancias que lo hagan cesar. El tribunal competente dictará en estos casos, resoluciones en interés del menor.

### 3. ADOPCION - ASPECTOS GENERALES

En cuanto al tema de la adopción la presente ley ha incorporado los principios de la *Convención Europea sobre Adopción de Menores*, del 24 de abril de 1967. Sobre el punto, los artículos 6 y 7 de la ley regulan aspectos generales de la adopción: sólo pueden adoptar los cónyuges, unidos por tres años de matrimonio, que no haya separación entre ellos; asimismo que sean **idóneos** para educar, instruir y mantener a los menores que intentan adoptar. La mencionada idoneidad es requisito tanto en la adopción nacional e internacional y se confiere mediante un "decreto", por un plazo de dos años, prorrogable a juicio del Tribunal. (4)

Sobre otros requisitos, se debe indicar que los adoptantes deben superar la edad de los adoptados en 18 años y no en más de 40. Se permite a la pareja adopciones sucesivas. (5)

La adopción sólo se permite en favor de menores en estado de adoptabilidad, y tiene para el adoptado, un límite de edad de 14 años. En

(3) Sobre el tema, véase la *Convención sobre los derechos del Niño*, ratificada por Costa Rica en 1990, en sus artículos 3, 20 y 27.

(4) Dicha idoneidad se regula en el artículo 25. Sostiene CECHERINI, Grazia, op. cit., "El Instituto de la adopción, no tiene finalidad en un núcleo familiar con bienestar económico que pueda garantizarse una existencia mejor, sino que el menor pueda realizar una adecuada educación, que al no ser llevada a cabo por la familia de origen, pueda ser cumplida, en forma residual por otra", p. 46. En cuanto a los efectos, BUSNELLI, Francesco, op. cit., p. 11, señala que existe un efecto extintivo de la familia de origen y constitutivo de la nueva. La primera la denomina "*familia de sangre*" y a la segunda "*familia afectiva*". La adopción por parte de persona soltera, tal y como el art. 44 de la presente ley, se da en caso excepcional.

(5) En referencia, Código de Familia de Costa Rica, art. 100, 101 y 102.



el caso del adoptado de esa edad, debe dar el consentimiento personalmente, aún en el caso de cumplir esa edad en el transcurso del proceso. (6) La adopción sólo puede revocarse antes de la sentencia.

En cuanto a la participación de los adoptados menores de 12 años en el proceso de adopción, señala la Ley, que los de esta edad deben **oírse**, y si fuere oportuno, a los de una edad inferior, siempre y cuando no le cause perjuicio.

A.—Sobre el *estado de adoptabilidad* a que hace mención la ley en sus artículos del 6 al 21, es de comentario, que éste es un requisito *sine qua non* para adoptar nacional o internancionalmente, no permitiéndose la adopción por entrega directa. (7)

Los menores que se encuentren en estado de abandono deben ser declarados en estado de adoptabilidad, por parte del Tribunal de Menores, de oficio, o a solicitud de parte. Se define al menor abandonado como aquel privado de su asistencia moral y material por parte de sus padres o parientes que deban mantenerlos, siempre que no se deba a fuerza mayor temporal. Es decir, debe tratarse de una situación de privación permanente. (8)

De acuerdo con la presente ley, la situación de abandono subsiste aún cuando el menor esté institucionalizado, o se encuentre en depósito familiar. No constituyen fuerza mayor, que justifique la privación, cuando la familia y los parientes rechacen las medidas de apoyo de los servicios locales y tal rechazo, se considera injustificado por el Juez.

(6) GIARDINA, Francesca, op. cit., p. 51 que la referencia a los 14 años constituye de hecho, el punto para tutelar al menor, a través de la valoración externa de su interés y hacia una forma de valoración autónoma de la expresión de su propio interés, a través de la audición de su parecer. Lo mismo puede indicarse en cuanto a los menores de 12 años.

(7) Al respecto, el art. 103 del Código de Familia de Costa Rica, indica los sujetos quienes pueden dar el consentimiento a la adopción y en su inciso c) permite la adopción por "*entrega directa*", prohibida por la ley italiana en comentario, en su art. 7.

(8) BIANCA, op. cit., p. 2 indica que "la adopción es una solución subsidiaria, pero una solución privilegiada cuando la familia es carente, tomarse en cuenta la necesidad del menor y de su carga afectiva, de la cual el ser humano no puede dejar de lado, en el tiempo de su formación. Según UBALDI, Patrizia, op. cit., p. 55, las normas indicadas identifican abandono, como carencia de asistencia material y moral por parte de los padres y parientes.

Cualquier persona puede indicar a la autoridad pública la situación de abandono (9). Los oficiales públicos deben en función de su trabajo, denunciar los casos de abandono y referir al Tribunal de Menores, sobre las condiciones de cada menor en situación de abandono, la cual será corroborada por el Juez. Los institutos de asistencia pública o privada, deben transmitir semestralmente al Juez Tutelar competente, la lista de todos los menores institucionalizados, con indicación precisa del lugar de residencia de los padres, su relación con la familia y las condiciones psico-físicas del menor mismo. El Juez Tutelar tiene el deber de inspeccionar los institutos indicados, cada seis meses.

Se señala en la ley, que cualquier persona que acoja en su casa a un menor y la permanencia se prolongue por seis meses, debe informar al Juez Tutelar, y éste transmitirá la información al Tribunal de Menores. Si se omitiere esa comunicación, podría tener una sanción, al no dársele posteriormente el depósito del menor o la adopción así como podría ser considerado como incapaz para el ejercicio de la tutela. Asimismo, los padres tienen el deber de informar sobre esa situación, y de no hacerlo se le sanciona con perder la patria potestad y procederse con urgencia a la apertura del proceso de adoptabilidad.

Una vez recibida toda la información sobre el caso de abandono, el Presidente del Tribunal dispone, con trámite urgente, y a través de los servicios locales y de seguridad pública, sobre las condiciones jurídicas y de hecho en las cuales ha vivido el menor, y verificar si aún subsiste el estado de abandono. Así, el Tribunal goza de facultades para dictar medidas de urgencia, como es el depósito preadoptivo en interés del menor, la suspensión de la patria potestad y del ejercicio de la tutela, así como la de nombrar un tutor provisional.

En referencia al tema del Abandono, CODIGO DE LA INFANCIA, arts. 15-16; CODIGO DE FAMILIA de Costa Rica, art. 146, inc. 6) 103, 148 -LEY ORGANICA DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA Nº 3886 -28 de marzo 1964 -Código Procesal Civil, art. 802 inc. 3) y 5) 807-809. CODIGO PENAL DE COSTA RICA, arts. 142 y 143 Reglamento de Declaratoria de Estado de Abandono del 6-12-1991. Sobre el punto, la Sala Constitucional en voto # 2014 de las 13:57 horas del 12 de mayo de 1993 -Corte Suprema de Costa Rica, dispuso que para suspender la patria potestad y proceder a la adopción, debe realizarse primero, la declaratoria judicial de abandono, a través de un proceso abreviado.

(9) Sobre la obligación de denunciar situaciones de abandono de menores, ver MANTOVANI, Manuela, op. cit., p. 62.



El Tribunal tendrá treinta días para confirmar, modificar o revocar las resoluciones urgentes que hubiese dictado. Debe para ello, **oír** al menor que ha cumplido 12 años y si fuere oportuno, al niño de una edad inferior a esa.

Señala la presente ley, cómo se procede ante la existencia de un menor huérfano y aquel no reconocido.

Cuando se trata de un huérfano, el Tribunal procede con urgencia a declararlo en estado de adoptabilidad.

Con relación a un menor, cuya paternidad y maternidad hubiese sido reconocida judicialmente, se procede a declarar la adoptabilidad, a menos que los padres soliciten tiempo para proceder al reconocimiento, para lo cual se suspende la declaratoria por dos meses, pero siempre que haya asistencia por parte de los padres o parientes del menor.

Si se tratare un menor no **reconocido** en virtud de la minoridad del padre, se suspende el procedimiento hasta que éste cumpla 16 años, siempre que hubiese asistencia por parte de éste o de sus parientes. Mientras el proceso se encuentre suspendido, al menor se le nombrará un tutor provisional. Si hubiese reconocimiento, se cierra el proceso, siempre que no haya abandono moral y material. Si no hubiese reconocimiento, se procede al pronunciamiento del estado de adoptabilidad. Una vez declarado éste, y además que exista un depósito pre-adoptivo, el reconocimiento carece de eficacia.

Si se constatará la existencia de los padres y además que ellos tuvieren una "relación significativa" con el menor (10) y además es conocida su residencia, se les convocará a una comparecencia en un plazo prudencial fijado por el Tribunal. Si vivieren fuera de su jurisdicción, se comisiona a una Autoridad para la audición. Si residieren en el extranjero, se envía la comunicación de la convocatoria ante la autoridad Consular competente.

Oídas las declaraciones de los padres y parientes, se darán, por parte del Tribunal, de las directrices idóneas para garantizar la asistencia moral, manutención, instrucción y educación del menor, estableciendo un plazo que permita constatar la certeza del cumplimiento de las mismas. (11)

(10) UBALDI, Patricia, op. cit., p. 72 sostiene que debe entenderse esa expresión en relación al menor, el cual debe haber obtenido de su pariente una incidencia benéfica sobre su desarrollo psico-físico. Indica la jurista, que la audición convocada se da con el fin de instrumentalizar la recuperación de la familia de origen, y sería inútil, en el caso de que el menor no haya tenido ningún vínculo afectivo con ellos.

(11) Según UBALDI, op. cit., p. 96, la declaración del estado de adoptabilidad constituye una "verificación del abandono".

El Juez solicitará al Ministerio Público que se promueva acción para cobrar los correspondientes alimentos de acuerdo a la ley. Si se desconociere el domicilio de las personas indicadas, se convocará a la comparecencia de acuerdo con las notificaciones del ordenamiento procesal.

El proceso de declaratoria de adoptabilidad podrá ser suspendido en interés del menor, por un plazo máximo de un año, y se comunicará a los servicios locales competentes.

Según el artículo 15 de la Ley comentada, se procederá a declarar el estado de adoptabilidad de un menor cuando:

- a. Si los padres convocados no se presentaran, sin que medie motivo justificado.
- b. Si la convocatoria demostrare la falta de asistencia moral y material y su no disponibilidad.
- c. Si las indicaciones y consejos dados por el Tribunal se incumplen por parte de los padres. (12)

La declaratoria la hace el Tribunal, reunido en consejo, con resolución motivada, oído el Ministerio Público, el representante del instituto donde se encuentra el menor, o los depositarios, el tutor si existe, y el menor de 12 años, o si fuera oportuno, el de menos edad... Se notifica a los padres, y se procede a nombrar un tutor provisional. Se puede impugnar la declaratoria con los recursos de revocatoria, apelación y casación.

La declaratoria firme se **inscribe** en el Tribunal de Menores, en un Registro que lleva al efecto. Con el estado de adoptabilidad se suspende el ejercicio de la patria potestad. El estado de adoptabilidad cesa por la adopción, mayoría o revocación de oficio o a solicitud de parte interesada.

B.—*La custodia o depósito pre-adoptivo*, regulado en los artículos 22 al 24, es después de la declaratoria de *estado de adoptabilidad*, el antecedente necesario antes de la declaratoria definitiva de la adopción.

La pareja que intente adoptar debe presentar su solicitud al Tribunal de Menores, indicando también la posibilidad de adoptar más hermanos. Se permite la solicitud de adopciones sucesivas. Los Tribunales pueden solicitar la documentación referida a la pareja para aprobarla como padres adoptivos. Esta solicitud aprobada dura dos años,

(12) UBALDI, op. cit., p. 94, se pierde el "ejercicio" pero no el "poder parental".



pudiendo ser renovada. Verificados los requisitos en cuanto a la idoneidad de la pareja, el Tribunal escogerá a la más apta para la exigencias del menor. Se debe dar la mayor importancia a la actitud en cuanto a educar el menor, su situación personal y económica, salud y ambiente familiar, así como los motivos que tuvieren hacia al adopción. (13)

El Tribunal de Menores, en consejo, una vez oído el Ministerio Público, los **ascendientes** de los adoptantes, si estuvieren vivos; el menor que haya cumplido 12 años, y si fuere necesario el de una edad inferior, sin más formalidades, dispondrá el depósito o custodia pre-adoptiva del menor que ha sido asignado a la pareja seleccionada, a juicio del Tribunal. El menor de 14 años debe dar personalmente su consentimiento a la custodia indicada.

El Tribunal informará a la pareja sobre los hechos más relevantes al menor, que han surgido durante la investigación de su situación.

Cuando existan otros hermanos, salvo por razones especiales, no se pueden separar y el depósito se hará con respecto a todos.

La sentencia de depósito pre-adoptivo firme, se **inscribe** en el Registro que al efecto lleva el Tribunal de Menores, quien vigila que marche bien dicha custodia, sea directamente o a través de Juez Tutelar, o de los servicios locales. (14)

El depósito pre-adoptivo puede revocarse por el Tribunal de Menores, de oficio o solicitud del Ministerio Público, o del tutor o por aquellos que ejercen la vigilancia, cuando se constaten dificultades graves de convivencia, oyendo sea a las partes interesadas y a los encargados de la vigilancia. Cuando la revocación sea firme, se inscribe en el Registro que lleva el Tribunal, y éste dictará las medidas temporales pertinentes en favor del menor. Son apelables la sentencia que declara el depósito pre-adoptivo, así como su revocación, después de 10 días de notificada, ante la Corte de Apelación, quien decidirá con sentencia motivada.

(13) SALVA, Manila, en *Atti del 1<sup>o</sup> Convegno sulla Adozione Internazionale-Senza Frontiere*, UDINE, octubre 1988, pp. 20-25, insiste en que un aspecto importantísimo, es la motivación adoptiva.

(14) Dispone el art. 25 que el plazo del depósito pre-adoptivo es de un **año**.

Para LOI, María Leonarda, op. cit., p. 100, se concluye esta fase con la sentencia de depósito pre-adoptivo, y coincide con la instauración de la convivencia entre la pareja y el menor que se intenta adoptar. Denomina la autora a esta etapa como un "vínculo adoptivo experimental".

Para GIARDINA, op. cit., p. 113, el año de depósito pre-adoptivo, significará una valoración de la idoneidad de los adoptantes para educar al menor y para éste, el de la adaptación a la familia adoptiva

C.—Una vez transcurrido el año del depósito o custodia pre-adoptiva del menor *declarado en estado de adoptabilidad*, el Tribunal que lo ha dictado, oída la pareja adoptante, el menor que tenga 12 años, y si fuere necesario del menor de esa edad, el Ministerio Público, el tutor, el Juez Tutelar y los servicios locales encargado de la vigilancia, verificadas las condiciones y sin formalidad alguna, declara la adopción con sentencia motivada, diciendo **con lugar o sin lugar** la misma. (15)

El menor de 14 años debe manifestar expresamente su consentimiento. Se indica además en la ley, que si la pareja adoptante tuviere hijos, éstos deben ser oídos cuando sean mayores de 14 años.

Si al momento de la *declaratoria de la adopción* hubiese separación en la pareja depositaria, la adopción podrá disponerse sólo en relación a uno de ellos en exclusivo interés del menor. (16)

Si la sentencia declarara sin lugar la adopción, el Tribunal dicta las resoluciones temporales en favor del menor, ya que se produce una cesación del depósito pre-adoptivo. Dicha sentencia puede ser apelada, dentro del plazo de 30 días, después de notificada, ante la Corte de Apelación. También se puede recurrir en Casación.

La sentencia firme se inscribe en el Registro del Tribunal de Menores, comunicándose después al Oficial del Registro Civil para la anotación al margen, en el asiento de nacimiento del menor.

*Los efectos de la adopción en relación al adoptado son:*  
1-Adquiere el estado de hijo **legítimo** (17), así como su apellido, el cual podrá transmitir. 2-Si se tratara de una adopción de pareja separada, adquiere los apellidos de la familia de la madre adoptiva. 3-Con la adopción cesan las relaciones del

(15) GIARDINA, Francesca, op. cit., p. 112, "la declaración de adopción tiene el fin conclusivo de conferir al menor adoptado el status consecuente con la adopción y además de establecer las relaciones de filiación legítima."

La ley en mención regula el tema de la declaración de la adopción de los artículos 25 al 28.

(16) Este es el único caso en que se declara la adopción en favor de uno sólo de los cónyuges.

Ver arts. 25 y 27 de la ley en mención.

(17) SANTILLI, Marina, op. cit., p. 128, llama a esta ficción "biologización de la filiación adoptiva".

En referencia, sobre los efectos de la adopción plena Código de Familia de Costa Rica, arts. 124-125.



adoptado y su familia de origen, salvo en cuanto a prohibiciones matrimoniales.

En cuanto a su estado familiar, las certificaciones emitidas por el Registro Civil, deben indicar sólo los apellidos, sin referencia a la maternidad o paternidad, y se prohíbe a los oficiales del estado civil, dar información de la cual pueda resultar la relación adoptiva, salvo que exista autorización de la autoridad judicial. (18)

Se puede inferir de la lectura de la ley, que la declaratoria de la adopción firme trae su irrevocabilidad. (19)

4A.—El Título III de la ley en comentario, en sus artículos del 29 al 39, regula la **ADOPCIÓN INTERNACIONAL** gran novedad de la misma en su doble aspecto: la realizada por ciudadanos italianos en favor de un menor abandonado nacional de otro estado y la adopción de menores abandonados italianos por parte de una pareja extranjera o de ciudadanos italianos residentes en el extranjero (art. 40-43).

Sobre la *adopción de menores extranjeros*, señala la mencionada ley, que para conocer de las sentencias de *adopción de menores extranjeros*, es competente, el Tribunal del lugar de residencia de los adoptantes o depositarios. Además se deben tomar en cuenta las siguientes reglas: a-En caso de cónyuges italianos residentes en el extranjero, el Tribunal competente sería el del último domicilio, y a falta de éste, el Tribunal de Menores de Roma; b-Si la pareja adoptante desea realizar una adopción internacional, debe solicitar una declaración de idoneidad para la adopción internacional.

*Para que un menor de 14 años, sea aceptado en Italia con fines adoptivos, se requiere:* a-La sentencia de adopción dictada por Autoridad judicial extranjera; b-Depósito pre-adoptivo dictado por una autoridad extranjera; c-Sentencia de tutela dictada por una autoridad extranjera.

La Autoridad Consular debe declarar que los documentos se han emitido de acuerdo con la legislación de ese Estado y además contar con el visto bueno del Ministerio de Relaciones Exteriores, en relación con el Ministerio del Interior.

(18) SANTILLI, op. cit., p. 129, señala que con esta norma se salvaguarda la exigencia del secreto, sobre la "fuente" de la relación filial, y el estatus de hijo legítimo del adopta. Ver art. 27 de la ley en mención.

En referencia, Código de Familia de Costa Rica, arts. 109 y 110.

(19) En referencia, art. 126 del Código de Familia de Costa Rica.

*El Tribunal declara la eficacia de las sentencias de adopción extranjeras, si se verifica:*

- a. Que existe una declaración de IDONEIDAD vigente para la pareja adoptante;
- b. Que la sentencia extranjera se da de conformidad con la legislación del Estado que la ha dictado.
- c. Que la sentencia extranjera no sea contraria a los principios fundamentales que regulan el derecho de Familia y Menores del Estado Italiano.

La declaración de eficacia en el Estado Italiano del reconocimiento de la sentencia extranjera de adopción, la emite el Tribunal de Menores, en consejo, y tiene recurso de Casación.

Para que se declare eficaz una sentencia extranjera de adopción, debe existir un período de un año de custodia pre-adoptiva. Se considera también, que después de un año de permanencia del menor en Italia, con la familia adoptiva, el Tribunal declarará la adopción (20).

Si no hubiere éxito en el depósito o custodia preadoptiva, y no pueda ser declarado eficaz con efectos adoptivos, el Tribunal tomará las medidas urgentes del caso y avisará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores al Estado de pertenencia del menor, y en todo caso aplicará la ley italiana en materia de adopción, custodia de menores.

Existe prohibición para las autoridades italianas de permitir el ingreso de menores extranjeros de menos de 14 años, si no se cumplen los requisitos indicados para la adopción internacional y será repatriados a costa de los acompañantes, los menores no autorizados a ingresar al país, es decir, sin visa, salvo por motivos de turismo.

(20) Sobre el tema de la adopción internacional, se puede consultar BAREL, Bruno, "Aspetti Problematici della normativa, in tema di adozione internazionale", pp. 31-37; CAMIOLO, Massimo, "Adozione e paesi stranieri", pp. 39-42; en el libro *Atti del Primo Convegno regionale sull'adozione internazionale*, UDINE, 1988.

En referencia, la tesis de Grado para optar por la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Monge Monge, Vera J., titulada "*La Adopción Internacional en el ordenamiento jurídico costarricense: Principios y Normas aplicables*", 1994.

La *Convención de los Derechos del Niño*, 26 de enero de 1990, en su art. 21 regula la adopción internacional. Ha sido ratificada por Costa Rica. Otro instrumento internacional sobre el tema, es el *Convenio sobre la protección de los niños y cooperación en materia de adopción internacional*, La Haya, 1993, sin ratificar por Costa Rica.



Salvo por motivos de adopción, el ingreso de menores extranjeros de menos de 14 años, no acompañados por padres o parientes, debe indicarse por la policía de Fronteras al Tribunal de Menores del distrito hacia donde se dirige el menor, indicándose el nombre de la persona que acompaña al menor. Se exceptúan los casos en que los menores ingresen por turismo o estudio, siempre que se trate de una permanencia de tres meses únicamente. (21)

El menor extranjero adoptado adquiere la nacionalidad italiana. (22)

El Ministerio de Relaciones Exteriores y el del Interior, podrán autorizar a entes públicos y otras organizaciones idóneas, para que tramiten adopciones internacionales.

4B.—*Los menores en estado de adoptabilidad de nacionalidad italiana* podrán ser adoptados por parejas extranjeras, así como ciudadanos italianos residentes en el extranjero y ser autorizada su salida en virtud de la adopción. Para ello las parejas debe solicitarlo en el Consulado italiano competente por territorialidad, y éste transmitirá la solicitud al Tribunal competente donde reside el menor.

El Cónsul del lugar donde residen los adoptantes, vigila la marcha de la custodia pre-adoptiva, auxiliado por las organizaciones internacionales, italiana o extranjeras. En el caso de que hubieren dificultades en ambientación en la nueva familia, el Cónsul lo comunicará al Tribunal que autorizó el Depósito y debe vigilar que se cumplan las resoluciones del mismo. En caso de graves problemas, se podría realizar la repatriación del menor. (23)

5.—*La adopción en casos particulares*, regulada en los artículos 44 a 55 de la ley comentada, se refiere a los casos en que se autoriza la adopción, aún faltando los requisitos ha que se ha hecho mención en la ley, siempre que se refiera a los siguientes casos:

(21) Arts. 35 y 36 de la ley en estudio. Se señalan sanciones penales a quienes introduzcan menores de edad, en violación de la presente ley. Al respecto el art. 27 señala: "Cualquiera, que quiera procurarse dinero u otra utilidad, en violación de la presente ley, introduciendo en el Estado un extranjero menor de edad, para que sea depositado definitivamente con ciudadanos italianos, se le sanciona con pena de prisión de uno a tres años. Se aplica la misma sanción, a los que prometen dinero u otra utilidad a terceros y acogen extranjeros menores de edad en depósito ilícito. La condena comporta también la no idoneidad a obtener custodias o adoptivas e incapacidad para ejercer la tutela.

(22) Art. 39 Ibidem

(23) El art. 42 de la ley comentada señala las facultades del Cónsul para repatriar al menor.

- a. Solicitada por personas unidas al menor huérfano de padre y madre, con vínculo de parentesco o con una relación estable y duradera, antes de la pérdida de los padres.
- b. Si se trata del cónyuge, cuando el menor sea hijo adoptivo del otro cónyuge. (24)
- c. Cuando no se hubiese podido realizar el depósito preadoptivo.

Se autoriza esta adopción en el caso de parejas con hijos legítimos y aún en el caso de personas no casadas. Si el adoptante es casado, debe ser adoptado por ambos cónyuges. Debe existir la diferencia de edad mínima, que es de 18 años, pero no la máxima, señalada en el art. 6 que es de 40 años. (25)

## 6. CONCLUSIONES

Podemos concluir el presente trabajo indicando:

- a. Que la presente ley tiene una regulación amplia sobre muchos aspectos de la adopción en general y además como novedad, introduce toda una normativa en materia de adopción internacional, penalizando en algunos casos, cuando hay violación de la misma.
- b. Para cualquier tipo de adopción, se requiere un trámite previo para declarar idóneos a los cónyuges, como futuros padres adoptivos. Sólo se admite la adopción plena, y de manera excepcional, la adopción por parte de persona soltera.
- c. Tanto para el depósito familiar, estado de adoptabilidad, depósito pre-adoptivo y declaración de adopción, se requiere oír al menor y cuando tenga 14 años, dará su consentimiento personalmente.
- d. Se confiere en esta ley, grandes poderes al Tribunal de Menores y al Juez Tutelar, quienes tienen una gran intervención en todo lo relativo a la protección de los menores abandonados. Asimismo, se le confiere el derecho de seleccionar a las parejas idóneas como padres adoptivos del menor declarado adoptable. El Tribunal de Menores deberá de velar en todo momento por los menores abandonados, llevará un Registro de ellos a su oficina, y además dictará todas las resoluciones urgentes y necesarias en su beneficio.

(24) En referencia, art. 111, Código de Familia de Costa Rica.

(25) Vid. art. 44.



7. BIBLIOGRAFIA

1. LEY 184, 4 de mayo de 1983 Sobre adopción y depósito de menores. Italia.
2. Schipani, S., Busnelli, F. Bianca, C. M., Giardina, F. Loi, Maria, Santilli, M. Ubaldi, P. Perlingieri, P. en *LEGGI CIVILI COMMENTATE*, Padova, CEDAM, 1984.
3. Salvá, Manila  
*ATTI DEL CONVEGNO ADOZIONE INTERNAZIONALE UDINE*, Oct. 1988-  
Associazione Senza Frontiere.
4. Monge Monge, Vera J.  
*La adopción internacional en el ordenamiento jurídico costarricense. Principios y normas aplicables*. Tesis de Grado para optar por la licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.
5. *Código Civil y de Familia de Costa Rica*, San José, Ed. Porvenir, 1991.
6. Vincenzi, Ofelia  
*Principales disposiciones legales y reglamentarias de Costa Rica acerca de los menores de edad*. San José, Imprenta Nacional 1979.
7. *CODIGO PROCESAL CIVIL*, San José, Corte Suprema de Justicia, 1989.
8. *CODIGO PENAL*, San José, Imprenta Nacional, 1970.
9. *Convención sobre los Derechos del Niño*, San José, Ijsa, 1990.
10. Convenio sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional. *Convención de La Haya*, 1993.

QUIMERAS EN "PERFIL"

De la fantasía curricular (III): Un suplemento  
(Con un Apéndice sobre el "platonismo de las reglas")

Dr. Enrique Pedro Haba  
Catedrático Universidad de Costa Rica

...muchísimo más importante es que consigan asir lo que es *el espíritu del científico creador*; espíritu consistente en perseguir no la seguridad sino el riesgo, no la certeza sino la aventura, lo cual se desarrolla por medio de la experimentación, invención y novedad...

J. FRANK

El más esencial de los métodos de investigación es el pensamiento libre de prejuicios.

S. ANDRESKI

Vuelven a correr dianas de reforma curricular por entre las pacientes paredes de la Facultad de Derecho... ¡que Dios nos ampare! Los empeñosos curriculadores nos aseguran, desde luego, un cielo por alcanzar. Empedrado de buenas intenciones está el camino del infierno, ya se sabe. Si este refrán no fuera tan viejo, estaría uno tentado de pensar que alguien lo formuló acordándose de la anterior reforma sufrida por esta misma Facultad, en 1981: el famoso *curriculum* de "investigaciones".

Sobre vida y milagros —algunos— de lo que he llamado la *fantasía curricular* en la Universidad de Costa Rica, especialmente por lo que se refiere a dicho currículo de la Facultad de Derecho, dije ya lo que pienso, en lo fundamental, en dos publicaciones anteriores<sup>(1)</sup>. Y no pensaba volver a escribir sobre el asunto. Me he visto llevado a hacerlo, sin embargo, ante un pedido del Director del Área de Docencia de esta Facultad, Dr. Rafael González Ballar. Recibí, oportunamente, una comunicación suya donde me solicitaba, igual que a otros coordinadores de Cátedra, expresar mi opinión por escrito sobre un *Informe* (así voy a denominarlo aquí<sup>(2)</sup>) que se inscribe en el camino hacia una nueva reforma curricular. ¡Otra más! Ella nos aguarda, parece que es inevitable, en un horizonte cercano. (Alguien me sugirió que este artículo lo titulara: "La Fantasía Curricular vuelve a atacar...".)

(1) Se trata de los estudios siguientes: Enrique P. Haba. "De la fantasía curricular, y sobre algunas de sus precomprensiones [burocrático]-tecnocráticas (Investigación y ejercicios estudiantiles: ¡no confundir!)" [abrev.: FC I], en *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 56 (mayo-agosto 1986), pp. 11-48, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José; y Enrique Pedro Haba, "Tres discursos para la Escuela de Ciencias Políticas. De la fantasía curricular (II): la retórica de los 'objetivos' " [abrev.: FC II], en *Revista de Ciencias Sociales* Nº 62 (diciembre 1993), pp. 23-26, Universidad de Costa Rica, San José. El orden lógico de estos dos trabajos es, puede decirse, tal vez el inverso a su orden cronológico, ya que el segundo de ellos plantea unas cuestiones que en la Universidad de Costa Rica son, en cierto modo, de alcance más general que las del primero. Este último se refiere más en particular a asuntos de la Facultad de Derecho, sin perjuicio de que muchas de estas cosas (¡no todas!) constituyen vicios que afectan también a otras unidades académicas de esta Universidad, y no solo a ella.

(2) Ese documento lleva como título: *Perfil académico profesional de la carrera de Derecho*, Universidad de Costa Rica/Instituto de Investigaciones para el Mejoramiento de la Educación Superior-Centro de Evaluación Académica [IMEC-CEA], 1994, 35 págs. Se indica allí quiénes son los autores, tres investigadoras pertenecientes a dicho Instituto; prefiero no señalar sus nombres aquí, ya que no me interesa personalizar la crítica que voy a presentar, sobre todo porque no tengo la menor duda sobre las buenas intenciones de ellas; además, porque los lectores del presente comentario no tendrán (supongo) a su disposición ese documento para confrontarlo con las observaciones que efectuaré. Tal crítica es, en lo esencial, la contenida en mi contestación (10.X.94) a González Ballar [*infra* II].



En la primera de aquellas publicaciones [FC I] me había referido, en particular, a la tremenda hipocresía que significa hablar de *investigación* a propósito de unos simples ejercicios estudiantiles. Tanto más cuanto que, en la práctica, casi siempre son apenas un remanido rejunte de copiandinas. En dicho trabajo aludí también a ciertos puntos más generales: *wishful thinking*, “paradigma del hormiguero”, fetichismo de las cuantificaciones, “platonismo de las reglas”, diferencias en la eficacia según los distintos tipos de contenido de los reglamentos universitarios, oposición entre “cultura” y “administración”, etc. Todas estas cosas se hallan muy vinculadas con dicho uso (anti)universitario del término “investigación”, así como con las anestésicas prácticas de “estudio” que eso encubre.

El segundo estudio [FC II] estuvo centrado en una cuestión más general, concerniente a la confección y presentación de todo currículo en la Universidad de Costa Rica. Es la circunstancia de que, para elaborarlos, se exige un culto al blablaísmo, consagrado en inocuas declaraciones sobre los llamados *objetivos*, capítulo esencialmente retórico de esos documentos. Insistí allí en recordar una diferencia tan elemental como soslayada en las elucidaciones estándar sobre “objetivos” curriculares: la distancia que va de ciertos discursos *en el papel* a las *prácticas* cubiertas por estos.

Finalmente, en el artículo que presento aquí, enfatizaré sobre todo lo relativo a un punto especial muy vinculado a los anteriores, principalmente al asunto de los “objetivos”. Tal punto constituye, según parece, el renglón más publicitado dentro de ese singular mundo literario: lo del, así llamado, *perfil*. Se piensa que él ha de servir para orientar decisivamente —esa es la leyenda— los estudios que integran una carrera universitaria. Para comentar este punto, reproduciré aquí mi respuesta al Dr. González Ballar [*infra* II]; y voy a aprovechar la ocasión para decir también alguna cosa más, antes [*infra* I]. Me será inevitable caer en repeticiones entre esas dos partes, pero tal vez así pueda lograr que los puntos principales sobre los que deseo llamar la atención sean más netamente advertidos.

## I

Cuando se gestionaba la reforma de 1981, expliqué (a quien quisiera oírme), por qué consideraba que esta no tenía, para decirlo sin eufemismos, “ni pies ni cabeza”. Sé que algunos destacados profesores de la Facultad, por ese entonces, tomaron muy poco a bien mis comentarios, alguien hasta me retiró el saludo. Eso sí, a nadie —que yo sepa— le interesó discutir públicamente las razones dadas por mí, del mismo modo que tampoco en las conversaciones personales que sostuve se me señaló

en qué podía estar equivocado. Esas razones eran, en lo fundamental, las que expuse tiempo después en FC I<sup>(3)</sup>. Y para entonces la experiencia ya se había encargado de demostrar, en forma por demás elocuente, que mis previsiones no habían estado desorientadas; en todo caso, con las cartas a la vista, posiblemente cabía decir que me quedé más bien corto.

En 1981 yo no pertenecía a la Asamblea de Facultad, por lo cual no pude objetar allí dicha reforma. (No sé si hubo miembros de ella que llegaron a votar en contra; pero con gusto hubiera asumido, de estar a mi alcance, la responsabilidad de ser el único, o de los pocos, que levantara su mano contra ese currículo.) Es cierto que se llevó a cabo también una especie de gran taller colectivo para examinar el proyecto, donde fueron invitados a participar la totalidad de los docentes de la Facultad, incluso aquellos que no estaban en régimen académico, como era mi caso. Pero no me pareció de buen tacto presentarme a exponer ahí mis razones; tampoco ninguno de los organizadores, o de la gente cercana a ellos, llegó a sugerirme que lo hiciera. Evidentemente, hubiera sido interpretado como una “provocación”, o algo así, de mi parte (por lo demás, no cultivo la costumbre de acudir adonde no me llaman).

De todos modos, y esto es lo que vale la pena tener presente también ahora, como prevención, mis argumentos no habrían podido tener eco allí, dada la arrasadora base emocional con que el *wishful thinking*<sup>(4)</sup> había inmunizado de antemano, contra toda crítica de fondo, a la idea central de dicho currículo: la de hacer que todo el mundo se pusiera a *investigar*. Con base en tal idea, invocada como última palabra de la más moderna pedagogía, un currículo de *ese* tipo aparecía ni más ni menos que como el necesario programa “de avanzada” (¡bandera intocable!) para esta Facultad. Toda oposición de principio tenía que verse como herejía, si no como simple estupidez. Las autoridades de la Facultad, en aquella época, estaban tan “embarcadas” con lo de las *investigaciones* —creían en eso a pie juntillas, de buena fe— que les era prácticamente imposible no sentirse molestas ante la posibilidad de que fuera sometido a un verdadero cuestionamiento el ícono que tenían entre manos; máxime si ello podía hacerse desde ángulos *realistas*, como era mi posición.

(3) Dicho estudio, como este artículo, si llegué a escribirlo fue porque fui impulsado a ello, básicamente, por circunstancias que no nacieron de mi propia iniciativa: cf. la nota inicial (\*) en FC I. Y sucedió algo por el estilo, igualmente, en el caso FC II: cf. allí, en el comentario inicial (vale decir, antes del # A), la col. 2 de la p. 24 y su continuación en la col. 1 de la p. 25. ¡Supongo que después de esta aclaración, y máxime con la reincidencia que comporta el artículo actual, nadie se volverá a sentir tentado de pedirme una opinión sobre cuestiones curriculares!

(4) Cf. FC I: # IV, Digresión 3, y luego a la altura de la nota 15.



Traigo a colación estos antecedentes porque, como tantas veces y para múltiples tipos de circunstancias se ha hecho notar (no siempre con éxito), quienes no conocen la Historia, o no la recuerdan, están condenados a revivirla. El fracaso del currículo anterior debería servir para que pongamos las barbas en remojo. Hoy el clima es menos "encendido" (¿será un bien o un mal?) (5) que en 1981 respecto a lo de la reforma curricular, pero eso no asegura que el resultado vaya a ser mejor. No es imposible, ni mucho menos, que aun sin el entusiasmo de entonces, se termine desembocando en unos cambios todavía muchísimo más nefastos que aquellos: por ejemplo, venir a caer en el precipicio de los "cuatrimestres" [*¡de hecho! = más exámenes x menos estudio*].

No digo que el Informe proponga esto último, ni siquiera lo insinúa. No obstante, representa un "paso" en el camino hacia reformas que pueden traer cualquier cosa, pues él no llama la atención respecto a los problemas verdaderos sino que más bien contribuye a *apartar* la vista de eso. Lo recomendable, por el contrario, sería tratar de abrir los ojos antes de que nos deslicemos ya en la plena cuesta abajo final del tobogán curricular. Por ello, la idea clave contenida en mi carta es, precisamente, insistir en que **los problemas reales de la Facultad no se resuelven por la vía de unos simples cambios curriculares.**

(5) En cierto sentido, podría decirse que eso es un bien, ya que la falta de apasionamiento, por lo menos a esta altura todavía, permite abrigar esperanzas de que la discusión sobre el nuevo currículo transcurra por vías más objetivas que la vez anterior. Por otro lado, sin embargo, la "frialidad" que hoy puede observarse en la Facultad de Derecho, posiblemente constituye más bien un signo de relativa indiferencia frente a lo que pasa en esta, cosa que tampoco es muy deseable. No creo que el entusiasmo por una causa sea incompatible con cierta reserva de racionalidad frente a ella —si bien aunar ambos extremos no es, cabe reconocerlo, moneda corriente—. Por mi parte, lo que me hubiera gustado (tal vez sea utópico) es que también en la actualidad nos encontráramos con aquel entusiasmo que en muchos logró suscitar, en su momento, la perspectiva de contar con un currículo de "investigaciones"; pero que eso jugase, esta vez, a favor de un examen *realista* sobre las posibilidades de mejorar por vías verdaderamente adecuadas —vale decir, no autoengañándose con la creencia de que ello es, en lo fundamental, un asunto de preceptos curriculares— el nivel académico *mismo* en esta Facultad. O sea: ¡un entusiasmo que no consista en evadirse al plano (P) [*infra* nota 6] de las declaraciones de "objetivos" y los "perfiles" que exhibirán los buenos de una telenovela jurídica, o corra a arrullarse, simplemente, en la letra de unos reglamentos! [El comentario que contiene la presente nota me lo ha sugerido una observación que hace poco le escuché hacer —al pasar— al profesor Henry Issa, sobre la diferencia entre el "clima" actual de la Facultad y el de los tiempos de la reforma anterior. Sobra aclarar que, probablemente, él no saque de su propio comentario (tampoco estaba formulado en los mismos términos que el mío) conclusiones como las subrayadas aquí; por lo demás, no lo enteré de que me ha parecido oportuno efectuar esta mención.]

Quienes tengan esto bien claro, no es muy probable que caigan en fantasías como lo de las "investigaciones", y menos que menos promoverían, por ejemplo, que se termine por aniquilar toda posibilidad de ofrecer en esta Facultad una enseñanza de cierta calidad, con tal de conseguir que los cursos se reduzcan a capsulitas cuatrimestrales. Pero, desde luego, ese encapsulamiento tampoco es el único peligro de reformas que arrancan, como la actual o la anterior, de bases tan poco realistas como, por ejemplo, el Informe.

\*\*\*

El propósito de dicho documento es contribuir al nuevo "diseño del plan de estudios" para la Facultad de Derecho, tarea cuyo "primer paso... consiste en elaborar el perfil académico profesional de la carrera" (p. 1). Para trazar ese *perfil*, o sea, las características que —según se piensa— "fomentan el desarrollo personal y profesional del estudiante universitario y lo capacitan para un adecuado desempeño laboral" (*ibid.*), los autores del Informe consideran necesario examinar "los siguientes aspectos: el marco referencial y conceptual de la carrera, los componentes del perfil académico y los objetivos de la carrera" (p. 2 —cursivas mías, E.P.H.—). Por lo que se refiere, en especial, a los "componentes" mismos del perfil, este comprende siete clases de ellos: "conocimientos, habilidades, destrezas, valores, actitudes, funciones y tareas" (pp. 1 y 17-18). Los autores presentan, a veces con mucho detalle (sobre todo en el caso de los tres primeros "componentes": pp. 19-21), las formas *ideales* en que, a su juicio (y el de algunas otras personas), se debe contemplar cada uno de los puntos señalados.

Ahora bien, el quid del asunto está en que no nos advierten que todo, o casi todo, lo que ellos dicen se ubica en *tal* plano: el de unos **ideales** simplemente. Claro está, nada de malo hay, por lo general, en tener ideales. Más aún, no podríamos vivir si no los tenemos, sean unos u otros. El género humano está compuesto de seres que son esencialmente prospectivos, viven pensando en objetivos que los trascienden, se mueven en función de fines. Solo que, y aquí está el punto fundamental, es importante saber distinguir entre "ideales" e "ideales". Ante todo: entre 1) los que son alcanzables, en cierta medida, y 2) aquellos otros que no lo son, por lo menos en determinado momento, porque los protagonistas *de carne y hueso* que debieran ponerlos en práctica no pueden, o no quieren, justamente, hacer tal cosa. Luego, en íntima relación con esto último: entre 2a) ideales que esos protagonistas proclaman "de la boca para afuera", en la oratoria o en el papel, y 2b) otros ideales —muchas



veces antimónicos con los primeros— que son los que dichos protagonistas persiguen *realmente*, sea o no que confiesen hacerlo así <sup>(6)</sup>.

Uno puede, desde luego, tener los ideales que quiera; y no pretendo afirmar que el *valor* mismo de ellos tenga que depender de lo realizables que sean o no, ni del número de personas que los acepten verdaderamente o de cuántas consigan llevarlos a cabo. Empero, si lo que se pretende no es solamente dar *testimonio* de un ideal, sino también que él sea puesto en **práctica**, entonces no es posible conformarse con afirmarlo simplemente. Habrá que examinar, con toda atención, cómo pasan las cosas en la **realidad**: ver, sobre todo, cómo son y cómo actúan ahí los protagonistas de carne y hueso, y cuáles son las condiciones fácticas dentro de las cuales tiene lugar tal actuación [v. *infra* el Apéndice].

Mas esto último, precisamente, es lo que NO hace el Informe. No se ocupa de cómo son en general las *personas reales* de que se compone la Facultad de Derecho y a qué *límites reales* (económicos y otros) está sometida la actividad en ella. Ese documento pide pase al mundo de unos fantásticos “objetivos” y “perfiles” que, por más deseables que tal vez puedan ser, poco o nada coinciden con las dinámicas que, de hecho, determinan lo que sucede y lo que no sucede en la enseñanza *real*. Eso del “perfil” es tan aplicable, en la práctica, a *esta* Facultad, como inscribirse en una carrera de las Olimpiadas le sirve a un cojo.

La clave del error reside en algo muy simple, casi trivial, que a los “expertos” (y a gran parte, tal vez la mayor, de los científicos sociales) se les ha escapado: el hecho de que las instituciones humanas no se rigen sino muy parcialmente por patrones de racionalidad. Las líneas determinantes de la conducta *real* de los seres humanos responden esencialmente a *otros* tipos de impulsiones —emociones, intereses, ideologías, etc.—, llenos de contradicciones. Y eso, ni más ni menos, pasa también con las instituciones, porque cada una no es, al fin de cuentas, otra cosa que un tejido de conductas de *individuos*. Sin embargo, suele pensarse acerca de una institución, p.e. sobre la Universidad, como si ahí pudiera darse un armónico despliegue de esfuerzos conjugados coherentemente en vista de *un* Fin *superior* común; vale decir, determinado propósito compartido realmente por todos sus miembros y al cual *todos* (o la

inmensa mayoría de ellos) estarán dispuestos a *sacrificar* cada quien sus intereses personales. Mas pensar eso, ¡es precipitarse de lleno al reino de la fantasía, o en todo caso en el palabrerío!

Hay fines que son compartidos entre miembros de una institución, pero generalmente, en la práctica, se trata ante todo de los propios para tales o cuales *sectores* de intereses en el seno de ella; grupos diferentes tienen, allí mismo, intereses distintos a los primeros, y lucharán porque predominen los segundos en vez de aquellos. Ciertos deseos o intereses compartidos por la totalidad de esos grupos pueden jugar también algún papel, pero este no es sino parcial, y sólo se impone en la medida en que no contradiga intereses de aquel primer tipo que resultan ser, *¡de hecho!*, más poderosos. En la Universidad, por ejemplo, en gran medida los intereses burocráticos, o los de promoción de los estudiantes incapaces y defensa de los profesores mediocres (o “cometas”, etc.), se imponen —no cuando se habla en términos de los “objetivos” sostenidos públicamente, pero sí en la práctica— a los grupos (de profesores y de estudiantes) que preferirían imponer exigencias más altas en el plano académico; solo estos últimos prefieren que los dineros de la Universidad fueran destinados mucho menos a actividades burocráticas que a promover por encima de todo lo académico (“administración” *versus* “cultura”).

El esquema de razonamiento de los “objetivos” —con su capítulo estrella: lo del “perfil”— no ve las cosas como son, sino como se *dice* que ellas son. Presupone, de acuerdo con el mencionado modelo, la existencia de un mundo institucional donde se impone la racionalidad *formal*, racionalidad científica con arreglo a fines (*Zweckrationalität* fue denominada por Max Weber), la llamada “racionalidad instrumental” (Horkheimer). O sea: se imagina que la sociedad global o determinada institución —p.e. la Universidad— está conformada, predominantemente, por un conjunto de actores esencialmente racionales y mancomunados todos ellos en la persecución de un único fin supremo. Y piensa, además, que la dinámica de ese conjunto social la conoce muy bien el “experto”, de modo tal que este se halla en condiciones de dar los consejos eficientes que permitirían a los actores —los cuales, desde luego se entiende que no vacilarán en acatar al pie de la letra esos consejos — dominar lo que pasa allí, para “manipularlo” (en el sentido técnico de este término) con vistas a realizar dicho fin; más o menos como consigue hacerlo la tecnología utilizando las leyes de la naturaleza.

Ahora bien, todo eso es una pura fantasía. Ni los “expertos” ni ningún ser humano tienen tales conocimientos. Y aunque aquellos los tuvieran, tampoco les serviría de mucho, pues los humanos no se dejan “dominar” de esa manera. Estos no se dedican, salvo en el papel, a cultivar realmente los fines (“objetivos”, “perfil”) con que sueñan los

(6) Cf. el # B en FC II, donde se hace notar la diferencia que existe entre objetivos P (los fines *en el papel*) y objetivos R (los fines en la *realidad*). El Informe es otro ejemplo más de esas elucidaciones —tan corrientes en los documentos oficiales de al U.C.R., y también en Universidades de otros países— que solo se refieren al plano P: están constituidas por unas presentaciones de buenos deseos y se conforman, en general, con ofrecer una pródiga literatura de eufemismos.



curriculadores. De ahí que, en definitiva, los proyectos inspirados en tal modelo de razonamiento tengan tan escasa, la mayor parte de las veces ninguna, utilidad para enfrentar problemas reales. El error de base que cometen las investigaciones emprendidas en función de dicho modelo las hace, por lo general, aptas únicamente para algún reino de los sueños.

Claro que, en definitiva, el asunto no afina en un error que provenga meramente del plano intelectual, sino que responde a tendencias más profundas de la psique individual y la colectiva: pensamiento por deseos, platonismo de las reglas, magia verbal, visiones infantilistas en general, etc. [cf. el Addendum 1 en FC II]. Y además, por si todo eso fuera poco, también hay ahí poderosos *intereses* en juego para que, justamente, **no** sean enfrentadas las causas reales de las dificultades académicas, sino que la sintonía se vaya hacia la –relativamente inofensiva– cuestión de unas reformas curriculares, donde la visión sea llevada a concentrarse en celestiales discusiones sobre cosas como el “perfil”, u otras no menos inocentes (7).

\*\*\*

Lo malo no es, al fin de cuentas, que los autores del Informe hayan dedicado un esfuerzo de dos años a detallar esos sueños (y algunas otras cosas relacionadas con estos)<sup>(8)</sup>: ¡no solo de pan vive el hombre! Lo que sucede es que, en el presente caso, son ensoñaciones que más bien resultan perjudiciales, en los hechos.

¿Por qué “perjudiciales”? En primer término, porque ahí no se hace ver francamente tal condición de meros ideales, sino que son presentados como si eso fuera una manera *efectiva* de intervenir sobre la realidad; así, en definitiva, no se consigue otra cosa que disimular los verdaderos problemas prácticos y, de tal manera, contribuir a que se mantengan intocados. Además, en segundo término, hay algo que puede ser todavía mucho más grave: planteamientos como esos permiten tapar de antemano con un telón de “cielo” –cánticos a los obje-

(7) Respecto al papel –¡decisivo!– de esos intereses, que no suelen mencionarse en público (p.e. brillan por su ausencia en el Informe), cf. el Addendum 3 en FC II. Por todo ello, el nulo “éxito” que mis otros dos artículos tuvieron en la Facultad –y, seguramente, este tiene reservado igual destino– no es cosa que vaya a extrañarme, desde luego. V. también *infra* a la altura de la nota 18 y ella misma.

(8) En el Informe se señala (p. 22) que el IIMEC-CEA [*supra* nota 2] comenzó a trabajar en esto, a solicitud del Dr. González Ballar, desde marzo de 1992.

tivos y al perfil– el asunto de saber *cuáles*, de entre las disposiciones que se metan en el nuevo currículo, son las únicas capaces de aplicarse en la “tierra” (la Facultad real), y *cómo* se hará eso. Entre estas últimas, de la manera en que serán *verdaderamente* aplicadas, pueden estar unas que tengan los efectos más contraproducentes (véase lo que pasó con el currículo de “investigaciones”). Justamente porque la literatura de los “objetivos” y del “perfil” vuela por otros mundos, no sirve para determinar los efectos reales ni para prevenir sobre ellos, sino para taparlos con un manto de palabras bonitas.

Con base en dilucidaciones como las del Informe, nada hay que no se pueda justificar, ni de lo bueno ni de lo malo; en la práctica, principalmente lo segundo ha terminado por abrirse camino mediante tales vestimentas retóricas en reformas de nuestra Facultad. Como de lo contradictorio en lógica, de lo vago o fantasioso puede seguirse A como no-A, dependiendo de qué prefiera el intérprete. Y puesto que el Informe se ocupa poco o nada de los protagonistas reales de esta Facultad –se contenta con “perfiarlos” dentro de su encantador mundo propio P (de papel) (9)–, habrá que ver, una vez que el “cangrejo asome debajo de la piedra” (¿cuatrimestres?), por dónde se viene la *verdadera* procesión. Sea esta cual fuere, quienes decidan este último punto, que es el único realmente importante, no tendrán, estoy seguro, dificultades en imputar su “cangrejo” a alguna seductora literatura sobre perfiles. Llenarán con ella las páginas iniciales de adorno: la declaración de propósitos, el vibrante capítulo de los “objetivos” [cf. FC II] que anuncia con bombos y platillos, a la cabeza del nuevo currículo, las maravillas que este va a lograr.

A diferencia de la vez anterior, en la presente ocasión no me es del todo imposible, pienso, poner mi granito de arena para que, si una reforma pasa (como todo parece indicarlo), tal vez se consiga hacer que su contenido sea lo menos dañino posible. Pero es necesario dar el grito de alerta *antes* de que sea demasiado tarde, cuando aún no están del todo definidas las líneas (acaso el “cangrejo”) con que el proyecto, en su momento, vendrá ya “cocinado” a la Asamblea de Facultad encargada de aprobarlo. Si bien, como dije, el Informe es prácticamente inocuo, se me ocurre que referirse a él puede significar una oportunidad para promover esa alerta. Criticarlo puede ayudar para hacer, sobre todo, conciencia respecto a lo que **NO** es dable lograr mediante una reforma curricular. Se trata, en fin, de promover esa conciencia antes de que algún “cangrejo” consiga, aprovechándose de candideces, ser metido entre las mallas del proyecto definitivo.

(9) Véase *supra* nota 6.



\*\*\*

Espero que a nadie se le ocurrirá concluir, de lo que vengo diciendo, que yo pienso que los currículos no se deben reformar nunca (o solo cada siglo y medio, más o menos...); en fin, la tesis del inmovilismo en materia de enseñanza. ¡Nada más alejado de la verdad! Por el contrario, considero que, con o sin cambios en la estructura formal de un currículo, el contenido de los cursos y el de las investigaciones debe estar en constante adecuación –en la medida de lo posible– al *corpus* actual, que nunca deja de estar en movimiento, de los conocimientos en la disciplina respectiva<sup>(10)</sup>. Lo que pretendo subrayar es otra cosa: que ese movimiento, el *intelectual* propiamente, no está en condiciones de procurarlo ningún currículo por sí mismo, sino que depende, en lo fundamental, de una multitud de **otros** factores. Si estos otros factores están presentes, en alguna buena medida, el currículo puede ser, también él, un elemento favorable para apoyarlos... ¡o lo contrario! No hay, en principio, ningún inconveniente en modificar currículos todas las veces que se quiera, siempre y cuando se tenga presente, eso sí, que lo esencial no está ahí. Si uno se imagina, en cambio, que el “frío” viene de esas “cobijas”, nunca terminará de hallar, por más que las cambie y cambie, alguna verdadera fuente de calor.

El presente artículo, como los dos anteriores, no pretende mucho más que llamar la atención sobre esa verdad tan elemental. No valdría la pena, desde luego, escribir todo eso si no fuera que, lamentablemente, en la Facultad hay la costumbre –sigue habiéndola, por lo que se ve– de ponerse a discutir, cada tanto, simplemente acerca de tales o cuales cobijas: llámeseles “objetivos”, “perfil”, “programación curricular”, etc., o como llegue a estar de moda decir. Y mientras tanto, como es natural, ¡las fuentes del frío se mueren de la risa! O bien, lo que es todavía peor, acaso fuentes de temperaturas todavía más bajas (p.e. cuatrimestres) pugnan

(10) Y no me limito a decirlo simplemente, sino que eso lo hemos *puesto en práctica* en esta Facultad, junto con mis compañeros de cátedra en Filosofía del Derecho, desde hace años. Nuestra materia es tal vez la única, en la Facultad, cuyo programa se cambia año a año, en un cincuenta por ciento o más de sus contenidos: se ponen nuevas lecturas, se tocan puntos inéditos, se organizan discusiones en clase con intelectuales (profesores o no de la Facultad) que sostienen puntos de vista *diferentes* a los nuestros (preferimos que sean lo más opuestos posible, si hay un candidato disponible), nunca se repite el mismo examen, etc., etc. Si existe, en esta Facultad, alguna Cátedra *más* abierta al cambio, y a la discusión (sin censura alguna) de las cuestiones fundamentales –sean estrictamente académicas o, caso que es el más frecuente, se trata de asuntos que asimismo son de interés general–, le quedaré muy agradecido a quien tenga la amabilidad de permitirme descubrir cuál o cuáles son esas Cátedras.

por tomar sitio disimuladas bajo las cobijas ~~flamantes con que nos van a~~ tentar en alguna la próxima oleada curricular. No preocupado por cuáles sean los colores (“perfil”, etc.) de las cobijas, pero sí por algún vientito (ej. aquello de las “investigaciones”) o vendaval (cuatrimestres) que, envuelto en ellas, nos puedan venir a instalar mientras estamos distraídos pensando en sus lindos colores, hago el intento de dar este grito de alerta acá.

No sé si lo que puse en mi respuesta a González Ballar pueda servir en tal sentido, que eso llegue a tener mejor suerte que los dos artículos anteriores (que no tuvieron mucha, desde luego: *supra* nota 7). Pero no me gustaría quedarme con ningún remordimiento en cuanto a que, por lo menos esta vez, no haya puesto de mi parte todo lo que está a mi alcance, aunque sea tan limitado, para contribuir a evitar lo peor. Por eso, y sobre todo porque algunos profesores me manifestaron su interés en ella, paso a transcribir, sólo con algunas pequeñas correcciones de detalle en la redacción, el cuerpo central de la carta de marras: es el contenido de la parte siguiente <sup>(11)</sup>.

## II

La característica dominante del documento en cuestión es que tiene poco o nada que decir, y muchísimo menos qué ofrecer, respecto a los problemas **REALES** de esta Facultad. Doy por descontado que Ud. los conoce de sobra, por lo cual aquí puedo limitarme a recordar a vuelo de pájaro, entre otros, los “detalles” que paso a mencionar:

- a) Ante todo, y por encima de todo, la forma de designación del profesorado: en el primer momento, al azar o poco menos; y en la instancia definitiva, por un concurso de simpatías ante la Asamblea de Facultad <sup>(12)</sup>.
- b) La no muy alentadora remuneración que reciben los docentes, pero también –y esto no es menos importante– la falta prácticamente total de estímulos propiamente académicos para ellos. Todo lo cual no deja de tener asimismo mucho que ver con otro proble-

(11) Se trata de la carta indicada *supra*, nota 2 *in fine*. Las modificaciones que en su texto he introducido para publicarla aquí, son muy secundarias; para nada alteran lo esencial de cuanto le señalé, en la versión original, a su destinatario. Y he preferido mantener incluso el estilo de ese original, para tratar de que lo dicho resulte tan fácilmente comprensible aquí como en una simple carta. Añado las notas subpaginales y la transcripción correspondiente a la nota 20.

(12) Cf. *FC* II: nota 1.



ma importante, el asunto de los profesores-“cometas” y, de manera todavía más amplia, con la cuestión general del “currículo oculto” (especialmente decisiva, luego, para determinar la manera en que se ejerce, sea como abogado litigante o como juez, la profesión) (13).

- c) La integración de cada grupo de los cursos con un número demasiado alto de estudiantes, mucho mayor que en otras Escuelas de esta misma Universidad; y por añadidura, el hecho de que buena parte de las lecciones estén fijadas para impartirse en un horario absurdo (7 a. m.).
- d) La reglamentación que establece exámenes superabundantes y que van a parar a una cómoda lotería de promedios, en la cual también cuenta el rito de las, así llamadas (hipócritamente), “investigaciones” (14).
- e) La invitación, como premio para los estudiantes más “brillantes”, a seguir aprobando siempre las materias con el menor esfuerzo (basta saber elegir sabiamente en el momento crucial, el de la matrícula) (15); además de que, con harta frecuencia, los controles de conocimientos se miden por la doctrina del “pobrecito”. (En Filosofía del Derecho, por ejemplo, cada tanto se abren unos grupos especiales para que allí puedan aprobar, al barrer, los estudiantes que no tienen la capacidad como para hacerlo en cursos con niveles normales de exigencia).
- f) El hecho de que el régimen para elaborar las tesis de grado se haya reglamentado de una manera –hay que escribirlas contra reloj y, según me dicen, ahora hasta con un número máximo (¡ii!) de páginas– que no sólo sirve para desalentar al estudiante, sino que hasta literalmente se le *prohíbe* efectuar ahí un trabajo de investigación donde ponga en juego no el mínimo, sino lo más posible de su capacidad (16).
- g) La política de la Facultad de Derecho, y de la Universidad de Costa Rica en general, dirigida a que los estudiantes egresen cuanto más rápido mejor... ¡“a como haya lugar”! (*eficiencia* le llaman). Con esto tiene que ver, a su vez, que únicamente los profesores exi-

gentes pueden verse en dificultades, porque solo ellos acusan, desde tal punto de vista –esto es, por entorpecer un tanto la producción en cadena–, aquello que para la visión burocrática constituye simplemente un injustificable déficit de “rendimiento” (el promedio bajo de aprobados); en cambio, de seguro, ningún profesor tendrá inconvenientes si se decide a dejar que su materia la apruebe todo el mundo... (ni a la Vicerrectoría de Docencia ni a ninguna otra autoridad universitaria se le ocurrirá interrogarse sobre qué aprendieron *realmente*, esos aprobados, en dicho curso).

Etcétera, etc. etc. ...

No digo que la mayoría de estas cosas sean de fácil solución. Y entre ellas las hay que ni siquiera dependen de decisiones que pueda tomar esta Facultad; algunas sí lo son, pero ha faltado voluntad en sus autoridades para “entrarle” a eso (p.e. el asunto de los horarios disparatados).

\*\*\*

Ahora bien, justamente de los problemas que he mencionado (*a-g*), los cuales son –por lo menos algunos de ellos– algo así como la BASE para todo lo demás, es de lo que NO TRATA el Informe. Ocuparse de tales cosas tiene la desventaja, por supuesto, de que no se van a arreglar, **en la práctica**, por obra y milagro de unos discursos consagrados a encantadoras proclamas en torno al “perfil”, los “objetivos”, etc. Semejantes discursos son hábiles, eso sí, para desviar la atención de aquellos proble-

- (16) Cf. *FC I*: nota 8. Pero también hay, ¡faltaba más!, una exigencia en cuanto a número *mínimo* de páginas para dichas tesis. Recientemente tuve que “pelearme”, por así decir, con el Director del Área de Investigación de la Facultad de Derecho, porque este pretendía hacer valer tal machote frente a una estudiante que presentó, con aprobación elogiosa tanto del director (yo mismo) como de los lectores de su tesis de graduación, una investigación cuyo número de páginas no alcanzaba la cifra estipulada. Se le indicó a esta estudiante, por el titular de dicha Área, que debía llenar ese faltante si quería que su Tesis obtuviese la autorización necesaria, del Área, para proceder a la defensa. Tuve que oponerme a semejante exigencia, ya que, por mi parte, no veo la necesidad de añadirle páginas porque sí a un trabajo, si en él se ha dicho ya lo necesario. Como si el valor de un estudio fuera cosa de ponderarlo por lo que señale su peso en papel... ¡no sea que a uno le metan el “gol” de obtener el título dando por él algunos gramos de menos! Respecto a tal clase de discrepancias, cf. también los pasajes sobre la oposición entre “cultura” y “administración” (Horkheimer-Adorno) incluidos en *FC I*: Addenda 1 y 3 del # VIII; véase también, allí, la Digresión 2 del # IV.

(13) Para la noción de “profesor *cometa*”, cf. *FC II*: nota 2. Y en cuanto a la de “currículo oculto”: *ibíd.* nota 5.

(14) Sobre todo eso, cf. *FC I*: # II, IV (esp. su *Digresión 2: sobre la teología de los números*) y *passim*.

(15) Cf. *FC I*: Nota (c) de la Digresión 2, en el # IV.



mas: trasladarla a un área mucho menos incómoda; la de la *fantasía curricular*. [No me pronuncio sobre si esa desviación se hace conscientemente con tal propósito o si obedece simplemente a unos conocidos expedientes psicológicos del autoengaño; pero algo tiene que ver con esto último lo señalado *supra*, a la altura de la nota 7.]

A ello me he referido con algún detalle en dos estudios publicados en sitios que no son secretos: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 56 (1986) y *Revista de Ciencias Sociales* N° 62 (1993)<sup>(17)</sup>. Está al alcance de cualquiera, hasta de unos “expertos curriculares”, verificar si son ciertos o no los *hechos* señalados por mí en esas dos ocasiones. O bien, aclarar por qué se trataría, a juicio de ellos, de unas cosas que solo revisten importancia secundaria. No obstante, otra posibilidad consiste en no darse por enterado de tales cosas, evitar referirse a ellas. Aun cuando, en realidad, todo el mundo las conoce de sobra, siempre está aquello de que es prudente “no mentar la soga en casa del ahorcado”...<sup>(18)</sup>. Que pueda no ser de buen gusto mencionarlas, y por eso lo normal es eludir las en el discurso público de esta Universidad, no es difícil de comprender, naturalmente. Pues esta segunda posibilidad, el tranquilizador recurso del avestruz, no deja de tener sus ventajas; si no, desde luego, en el plano de la eficiencia, en todo caso sí en cuanto a que de esa manera, diluyendo los problemas de fondo en unos eufemismos de apariencia “académica” (p.e. el Informe), es seguro que no se molestará a nadie. Entonces el “experto” resulta ser un verdadero experto, pero precisamente en elaborar los discursos académicos capaces de sortear toda posibilidad de “comprarse pleitos”, por más espinoso que en el fondo –i.e. todo eso de lo que él **no** habla– sea el asunto en cuestión.

No es extraño, por todo ello, que quienes elaboraron dicho documento no tomaran noticia, por ejemplo, de unos estudios REALISTAS sobre la Facultad de Derecho efectuados por profesores de esa misma Facultad,

(17) Son las publicaciones señaladas *supra*: nota 1.

(18) En ocasiones, los estudiantes me han preguntado por qué, sin embargo, la he mentado yo, y más de una vez. Contesto, también aquí, repitiendo lo dicho en la nota 10 de FC II: “No me extrañaría que, por eso mismo, no sean precisamente ‘bien vistos’ los análisis que presento en este artículo. Sin embargo, confío en que la falta de tacto que cometo, una vez más, al decir en voz alta lo que muchos saben, me será excusada, también una vez más. Ella no es tan grave, se me ocurre, habida cuenta de que no serán legión los convencidos por mis razones, y sabiéndose que no aspiro a ningún cargo en disputa”. Cf. también la nota final (23) de FC I, donde no descarto del todo que alguna vez mis observaciones puedan llegar a ser tomadas en cuenta (si bien, a decir verdad, soy poco optimista en tal sentido: *supra* nota 7).

como una conocida *Lección inaugural* de la Licda. Elizabeth Odio B.<sup>(19)</sup> o el trabajo publicado por mí en la propia Revista de la Facultad [FC I]. En su condición de “investigadores”, resulta sintomático que no hayan podido dar con dichos trabajos. No es tan abundante ni difícil de encontrar, digo yo, lo escrito al respecto por profesores de *esta* Facultad. Sin embargo, no pretendo decir que, al fin de cuentas, tal omisión sea en sí misma muy importante (con todo lo reveladora que es respecto a qué se entiende por ahí por “investigar”). Pues no se trata, simplemente, de lo limitado que es el horizonte manejado por el documento en cuanto a la información recabada. Lo fundamental, por encima de todo, es que, como ya señalé, no aparecen destacados ahí los problemas BÁSICOS reales de esta Facultad; problemas que tampoco son muy distintos –tengo entendido– a los que se presentan de manera general en la Universidad de Costa Rica, o por lo menos para el área de las llamadas Ciencias Sociales. A decir verdad, ni siquiera era necesario que los “expertos” se fastidiaran en leer lo de Doña Elizabeth o lo mío, para que debieran haber sospechado que tales problemas se dan también en la Facultad de Derecho.

\*\*\*

En el segundo ensayo sobre la *fantasía curricular* señalé **siete** problemas principales (que en buena parte se corresponden con lo aquí dicho un poco más atrás: letras a-g). A saber:

(19) Es el discurso que esa profesora pronunció en el Auditorio Alberto Brenes Córdoba de la Facultad de Derecho (Universidad de Costa Rica), en la inauguración oficial del ciclo lectivo de 1987 para dicha Facultad. Su texto circuló ese mismo año en fotocopias, a partir de donde más tarde fue recogido entre los materiales de una Antología de la Cátedra de Filosofía del Derecho (1993). En su exposición, la Licda. Odio se refirió, entre otras cosas, a observaciones que el célebre jurista italiano Piero Calamandrei había efectuado, muchísimo antes (1920), en un libro titulado: *Demasiados abogados* [hay trad. al español, de J.R. Xirau, publicada por EJE, Buenos Aires, 1960]; y es asombrosa, por cierto, la actualidad de tales observaciones, que parecen formuladas ni más ni menos que a la vista de vicios cada vez más arraigados en nuestra propia Facultad. Se puede cf., en esta misma *Revista*, un artículo de J.M. Delgado Ocando que resume las ideas centrales del profesor italiano al respecto. (Sería interesante que también se publicara aquí el texto de la Licda. Odio, pero no sé si ella estaría dispuesta a dar su autorización.) Acotación al margen: es revelador, también sobre lo de las reformas curriculares, el hecho de que, con todas las que han tenido lugar –durante más de medio siglo, aquí y en muchos otros países– después de lo señalado por Calamandrei, las cosas de las que él habló se mantengan tan frescas y campantes.



- “1) dificultad, o hasta imposibilidad, de que los estudiantes accedan a buena parte de los *materiales bibliográficos* más pertinentes de acuerdo con el desarrollo actual de las respectivas disciplinas;
- 2) falta de unos mecanismos de *selección* realmente exigentes en cuanto a la preparación académica requerida para ocupar cargos docentes en la Universidad, junto con la carencia de buenos *estímulos* económicos y morales para favorecer una seria dedicación a estas funciones;
- 3) *ausentismo* de profesores a sus lecciones [profesores “cometas”], lo cual es aceptado (tácitamente) por los estudiantes a cambio de una aprobación fácil de esos cursos;
- 4) bajo nivel de *exigencia* académica a los estudiantes, en concordancia con lo que acabo de señalar en los puntos 2 y 3; también, por las graves deficiencias de preparación que gran parte de esos estudiantes traen de su (mal)formación en la enseñanza primaria y secundaria, sobre todo en cuanto a lo magro (y torpe) de sus facultades de expresión lingüística y porque muchos de ellos no consiguen manejar el pensamiento abstracto en cuanto vaya apenas más allá del nivel televisivo;
- 5) como consecuencia de lo indicado en los tres puntos anteriores, en la práctica se implanta un *currículo oculto* que forma al futuro profesional en la escuela de la irresponsabilidad, tanto por lo que se refiere al plano intelectual como en el de las propias conductas laborales;
- 6) desperdicio de buena parte de los *recursos económicos* de la Universidad en *funciones burocráticas superfluas*, cuando no obstaculizadoras respecto a las actividades propiamente académicas;
- 7) dificultades en el *mercado de trabajo* para los egresados, por incongruencias entre lo que se pide y lo que ellos han aprendido en sus estudios universitarios.

Obviamente, ninguno de estos males son atacables por la vía de simples reformas curriculares (excepto, tal vez, algo de lo relativo al punto siete)” (20). No digo que estos sean los únicos problemas de la Universidad de Costa Rica en general, ni en particular para esta Facultad. Pero me parece, eso sí, que ellos son *por lo menos* tan importantes y FUNDAMENTALES como cualesquiera otros que se puedan mencionar además. Si alguien piensa que no lo son, bueno sería que explicara por qué no los considera tales.

(20) FC II: # A, pp. 25-27; allí, en las notas (1 a 7) correspondientes al pasaje transcrito, se aclaran más cada uno de esos puntos.

Es curioso, por llamarlo de alguna manera, que el Informe no se refiera a *estos* problemas, que son públicos y notorios. (Repito, no debería hacer falta leerme a mí para que unos “expertos” logren descubrirlos.) Solo algunos –muy pocos– de esos asuntos son mencionados, y apenas al pasar, en el Informe. ¡Como si tales dificultades no existieran o carecieran de importancia, o fuera cosa de que desaparecerán por efecto de unos soplidos curriculares invocando el “perfil”, los “objetivos”, etc.! (Supongo que no se dirá que esas cuestiones me las inventé yo, o que son las elucubraciones de algún filósofo con ganas de molestar...) En ese documento, dichas cuestiones aparecen sustituidas por unas extensas excursiones literarias –el asunto de la “justificación” y los “fundamentos”, la cuestión del “perfil” y los “objetivos”, etc.– al dichoso mundo de la fantasía curricular. Así, los problemas pueden verse bajo unas ópticas que permiten, en definitiva, remontar el vuelo del análisis a años luz de distancia respecto a lo que pasa con los protagonistas *reales* y a cuáles son las posibilidades *reales* de la enseñanza universitaria entre nosotros.

No afirmo, entiéndase bien, que todo o la mayor parte de lo expuesto de ese Informe sea sencillamente “falso”. Más aún, no tengo inconveniente en reconocer que en los pasajes donde consiente en descender a señalar algunos hechos, o sea, cuando no se dedica a divagar sobre una idílica “Justificación de la carrera” o las menudencias del “perfil”, etc., ese trabajo llega a contener ciertas comprobaciones correctas –aunque por lo general son triviales, cuando no intrascendentes–. Si de “falsedad” puede hablarse, acerca del Informe, esta no consiste, ahí, en decir unas “mentiras”, o cosas por el estilo, sino que se trata de algo mucho más esencial; el hecho de que, por más ciertos que sean tales o cuales detalles de lo que allí se afirma, resulta que mucho, muchísimo más importante para la **realidad** de lo que pasa en la Facultad de Derecho es aquello sobre lo que el Informe NO HABLA, y ciertas cosas que menciona sólo de pasada.

El “pecado” del Informe no reside tanto en aquello que llega a decir, sino sobre todo en el hecho de que, limitándose a decir simplemente, *eso*, resulta que, según es habitual en tal tipo de literatura, lo que hace, en la práctica, es contribuir a que NO se lleve al *primer plano* de la discusión cuanto es DECISIVO para los problemas esenciales que tenemos en la Facultad. Esto el Informe lo desplaza a la tangente, cuando no lo deja, simplemente, del todo afuera. En efecto, él pasa por encima de la mayor parte de lo que he señalado al principio (letras a-g) y en general de los siete puntos cruciales que acabo de recordar un poco más arriba [a la altura de la n.20]. Por lo que en especial se refiere a esta Facultad, prácticamente ignora las cuestiones mencionadas por Elizabeth Odio, no



menos que las señaladas en mi primer estudio sobre la fantasía curricular... ¡y no son chica cosa!

En síntesis: el Informe no es falso, pero sí MUY POCO PERTINENTE. No constituye un instrumento útil para analizar, y muchísimo menos para solucionar, las dificultades REALES que se dan en la Facultad de Derecho. Es, en líneas generales, un producto típico del papeleo destinado a legitimar el escapismo hacia los escenarios de intrascendentes curriculaciones, un bálsamo para la "buena conciencia" al tramitar reformas que dejan básicamente las cosas como están... ¡o peor! Porque solo reformas de muy otro tipo, no por cierto unas meramente curriculares sino las que se decidieran a tomar el "toro por las astas", podrían servir de algo en la práctica. Pero estudios como el de marras consisten precisamente en mencionar lo menos posible, o nada, que hay ahí unas "astas" de las que deberíamos ocuparnos por encima de todo, en vez de distraer nuestros esfuerzos en ver cómo teñirle algunos pelillos de la cola a un centauro vestido de currículo.

Podría decirse, claro, que al fin de cuentas, si ello es así, no tengo por qué "ensañarme" con el Informe. Este no se halla, verdaderamente, en condiciones de causar daño por sí mismo. Justamente porque él se queda en ese su pleno reino de quimeras, la consecuencia práctica no sería otra, en todo caso, que dejar las cosas como están. Si bien se mira, no es mucho más que un inofensivo requisito burocrático que la Vicerrectoría de Docencia emplaza en el feliz camino de los abrazadabras curriculares. Y como tal, dada su intrascendencia para lo que luego, mediante el nuevo currículo, se vaya a hacer cambiar de veras: "pelillos" o cola entera del toro verdadero (las prácticas reales en la Facultad), ¿por qué no aprobar, sin perder el tiempo en mucha discusión, el ícono centáurico que los "expertos" nos regalan para adornar la galería?

Supongo que es más o menos esto lo que Ud. me quiere decir cuando en su carta <sup>(21)</sup> se refiere a que "dicho documento deberá [¡saludos!] ser aprobado por la Asamblea de Facultad, para iniciar así [¡qué más remedio!] la segunda etapa". En fin, por cualquier lado que se le mire el Informe será, en sí mismo, intrascendente.

Es así, obviamente, si el nuevo currículo no sirve para modificar nada que sea de veras importante; hipótesis que, después de todo, tal vez constituya el mal menor. Mas también lo será sí, en definitiva, de él se llega a hacer derivar alguna idea que empeore aún la situación —hipótesis más probable—; no obstante, sería injusto afirmar, aun en este último caso, que tales cambios concretos se encontraban desde ya exigidos por

(21) Se trata de la comunicación mencionada al principio: *supra*, nota 2 *in fine*.

lo que se señala en ese escrito, pues sus recomendaciones son lo bastante vagas como para no comprometer a otra cosa que a decir ciertas frases bonitas en los preámbulos retóricos del currículo, sea cual fuere el contenido realmente efectivo que esté llegue a traer. Una tercera hipótesis, la de que el nuevo currículo servirá para mejorar las cosas, debo decir que, lamentablemente, es de laboratorio. Por desgracia, este pesimismo se justifica más que nada en la Facultad de Derecho, vistos los antecedentes de la fantasía curricular ahí (p.e. lo del currículo llamado de "investigación" <sup>(22)</sup>). Y máxime teniendo en cuenta los rumores que corren en cuanto a que, ahora, todo el asunto viene "cocinado" con la finalidad principal de conseguir que se termine de encoger la enseñanza metiéndola en el borceguí de unos cuatrimestres; o sea, para que esta Facultad ya no tenga nada que envidiarle a las Universidades privadas. ¡Ojalá me encuentre equivocado, por lo menos en cuanto a esto último!

\*\*\*

Descuento, estimado colega, que la presente contestación no ha podido menos que defraudarle. Tendrá que perdonarme, pero es que no experimento el mismo entusiasmo que, al parecer, otros en esta Facultad sienten por hacerle la manicura a aquellas colas. Sobre todo, me disculparé por no haber vacilado en decírselo en un lenguaje que no es, de seguro, todo lo "académico" que hubiera sido de desear para involucrarme, de la manera más debida, en los procesos de fantasía curricular que, como todo parece indicarlo, ya se han puesto de nuevo en marcha por aquí. ¡Un *divertimento* endémico, como se ve! (Pero no me extraña, lo presentí hace ya unos cuantos años: cf. FCI, primera línea de la pág. 14). Y perdonará asimismo que, por todo ello, no me haya sentido con el ánimo como para trasladarme a examinar más en detalle esos paisajes lunares donde operan a sus anchas los vuelos que contiene el Informe. Dejo tal placer en manos de los estimables compañeros de la Facultad que tengan —dichosos ellos— semejante vocación de astronautas. Yo la he perdido hace ya demasiados años, ¡ay!, junto con la edad de la inocencia.

(22) Respecto a dicho currículo, cf. mi crítica en detalle: FCI. Y véase también *supra*, en la parte I, el párrafo al cual corresponde la nota 4.



## ADDENDUM:

### “Administración” vs. “cultura” (un caso)

Menciono un ejemplo, por lo ilustrativo que es (y ya que lo conozco tan de cerca). Hace algunos años la administración de la Facultad resolvió de improviso —nunca se supo por iniciativa de quién ni por qué razón— que los cursos de Filosofía de Derecho de la mañana, los cuales siempre se habían dado en el turno que empieza a las 9 a. m., pasaran a impartirse en el horario que comienza (hipotéticamente) a las 7 a. m. A partir de entonces, los profesores de la materia estuvimos reclamando contra ese cambio, estrellándonos siempre contra la misma pared, el culto a la inercia burocrática.

Fuimos a explicarle, a distintas autoridades que entretanto tuvo la Facultad, los serios inconvenientes que, para lo *académico*, inevitablemente conlleva dicho horario, por lo menos en esta materia. Ninguna de las personas ante las que llegamos para hacer esa solicitud, intentó hacernos ver que las razones expuestas por nosotros (cuyo detalle le ahorro al lector) eran inexactas, ni que el cambio solicitado era cosa imposible de programar o que significara un “privilegio”, etc. —por lo demás, tales puntos los habíamos considerado de antemano—. Lo que se nos decía, es que efectuar tal cambio resultaba “incómodo”, porque hacerlo exigía cierto trabajo de reajuste, en el nivel del papeleo burocrático. Simplemente, no se estaba dispuesto a cargar con el esfuerzo, fuera grande o pequeño, que eso demandaría a los encargados de presentar los horarios de las distintas materias para el ciclo lectivo. Así, por más que nadie discutió nuestra tesis de que *lo académico salía muy perdido* al mantenerse las cosas de tal manera, esto no había más remedio que aceptarlo, entendían las autoridades, con tal de que los pasos burocráticos no fueran desvelados en su noria.

Insisto: nadie llegó ni siquiera a insinuar alguna razón de orden *académico* para justificar ese horario, ni tampoco se señaló que otros cursos saldrían necesariamente perjudicados si el nuestro se retornaba a un horario como el de antes (u otro potable), o que hubiera alguna imposibilidad práctica de hacerlo. Nos encontramos, sencillamente, con una negativa *ad portas* de que la cuestión se resolviera en función de **razones**. ¡La típica manera con que el pensamiento-*administración* “resuelve” lo *cultural*! [véase *supra* la nota 16 *in fine*]. Su principio es: si tal o cual renglón de lo académico tiene que venir a menos, con tal de no hacer sonar el reloj despertador en el refugio de lo administrativo... ¡qué se le va a hacer!

## DONACION

Además, aclaro por las dudas: efectuar ese cambio era, y es, la cosa más sencilla del mundo. Hasta me ofrecí a elaborar yo mismo el plan correspondiente; no me llevaría, probablemente, mucho desgaste de materia gris (basta con permutar entre sí algunas pocas materias, tal vez ni siquiera más de dos). Pero no hay caso, el lema divino del pensamiento burocrático es: ¡no remover las aguas! Y sobre todo, por favor, no arriesgarse a *pensar*. El pacífico rumiar de los vacunos, masticando y remasticando una y otra vez, siempre de la misma manera y siempre el mismo alimento, es el paradigma existencial de esa *Weltanschauung*. Que el molino muele siempre igual. Una vez consustanciadas de la mentalidad administrativa, las personas que fungían como autoridades de la Facultad se resistían, desde luego, a perder el tiempo en abordar tal asunto. Claro está: con esa forma de pensar, nuestro pedido no podía pasar de ser, a *sus ojos*, poco más o poco menos que una “majadería”... ¡Qué ocurrencia —se habrán dicho— venir a complicarnos la vida con tales pamplinas, ya que, al fin de cuentas, cualquier lección queda “dada” si se imparte de alguna manera... ¡sea cual sea el horario y la duración real! [cf. *FC I*: Digresión 2 del # IV].

Me parece que eso es un ejemplo claro, aunque, desde luego, en sí mismo el caso no tiene mayor importancia. O más bien, si se quiere, es revelador justamente por esto mismo, por lo *poco* importante que es, de la contradicción esencial a que ya aludí: entre lo que es “cultura” —en nuestro caso: promoción de lo académico mismo— y lo que pide la “administración” —en nuestro caso: ella considera que basta con determinar horas y salones de clase, lo que ahí adentro pasa es lo de menos—. Si eso sucede en un asunto tan sencillo de arreglar como el mencionado, no hace falta ningún gran esfuerzo de imaginación para darse cuenta —y los ejemplos, que todos conocemos, son abundantes— por dónde puede andar en realidad la procesión, cuando menos en parte. Ella no va, ciertamente, por los cielos de las discusiones curriculares, sino que la mueven cosas mucho más prosaicas, antes que nada. Lo ilustro, otra vez, con lo de Filosofía del Derecho: muchísimo más efectivo, para lo que un profesor pueda hacer *realmente* con ese curso, es rescatarlo del disparate que fue ubicarla en un horario imposible, que cualquier altisonante declaración de “objetivos” u otras pedanterías curriculares.

Un ejemplo más.— De efectos mucho más estimulantes que la reforma curricular, para cuanto tiene que ver con el estudio mismo, sería lograr que en la Biblioteca de la Facultad estuvieran *realmente* accesibles, por lo menos, las obras que ella posee. Esto es, que allí se pudiera disponer, para la consulta, de un fichero *general* —sin perjuicio de todos los índices especiales que se quiera colocar además— donde estén registrados la *totalidad* de los textos, y organizado *simplemente por orden*



alfabético de autores, para que los estudiantes no tengan a menudo que verse, como en la actualidad, en malabares para descubrir dónde están –si es que están– los libros que buscan. De “pequeñas” cosas como esas, no del déficit en planes grandiosos, surgen las dificultades con que día a día topamos en la Facultad.

Lo verdaderamente decisivo, pues, no pasa por el papeleo de “perfilar” unos sonoros manifiestos de intenciones curriculares, sino que está en mantener la mente –¡y la voluntad!– abierta para ocuparse de OTRAS cosas. No pocas veces, como en el caso examinado, si se consigue hacer a un lado trabas (+ taras) burocráticas y, en general, desprenderse de unas inercias del pensamiento, algunos de esos asuntos pueden no ser nada difíciles de resolver. El cambio de mentalidad que debería darse, por encima de todo, es lograr que los cursos universitarios sean encarados como cuestiones *académicas* propiamente. Vale decir, no contentarse con invocarlas para el baile de disfraces de unos fantasiosos reinos curriculares, o simplemente resignándose a la somnolencia burocrática, sino esforzarse por ajustar esos cursos al “espíritu” de la empresa científica *misma*. Espíritu que puede tal vez resumirse en dos palabras de orden fundamentales: estudio **exigente** y actitud intelectual **innovadora**. Pero esto último, *en sí mismo*, es aquello con lo que, precisamente, los “expertos” curriculares no saben qué hacer (salvo tratar de encerrarlo en papelerío de cronogramas, bloques, misas a los objetivos, etc., etc.). Y la administración corriente, como es natural, lo del “espíritu” son unos fantasmas que a ella ni le van ni le vienen <sup>(23)</sup>.

\*\*\*

## APENDICE

### (Sobre el “platonismo de las reglas”)

La idea central de esta serie de artículos sobre “fantasía curricular” en la Universidad de Costa Rica es, al fin de cuentas, una percepción muy sencilla, inclusive trivial: que una cosa es lo que pueda estar escrito en unos *papeles*, p.e. curriculares, y otra cosa es la *realidad*. Solo que, por más obvio que esto sea para cualquiera que se ponga a pensar dos minutos en ello, lo cierto es que –¡de hecho!– la gente en general, y más que

23 Cf. las dos citas del epígrafe, tomadas respectivamente de: Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970, p. 105; y Stanislaw Andreski, *Las ciencias sociales como forma de brujería*, trad. de Juan Carlos Curuchet, Taurus, Madrid, 1973, p. 134.

más los juristas, se olvidan de tal cosa a cada instante. Las fantasías curriculares no son más que un ejemplo, aquel que nos interesa aquí, de ese vicio que se encuentra tan arraigado en el pensamiento, sin excluir el de otras ciencias sociales (caso del Informe: un documento que, precisamente, no lo elaboraron juristas). En *FC I* conceptualicé dicho vicio bajo el rótulo: *platonismo de las reglas* (cf. esp. la Digresión 3 del # IV); se corresponde también, en líneas generales, con lo que Frank [ref. *infra*] llamó el “fetichismo de las normas” (*Rule-Fetichism*). Luego, en *FC II*, es el mismo tipo de vicio lo que hice notar mediante la distinción entre: *objetivos P* y *objetivos R* (cf. allí el # B; y aquí mismo, *supra*, véase p.e. a la altura de las notas 6 y 8, y la primera de estas notas).

Sobre esa cuestión por lo que se refiere en general al pensamiento jurídico, ya dijo todo lo que había que decir, en lo fundamental, el gran jurista usamericano Karl L. Llewellyn, hace muchísimos años, en un artículo que conserva entera actualidad: “A Realistic Jurisprudence – The Next Sep”, en *Columbia Law Review* Nº 30, p. 431-465. (Dicho sea de paso: ¡cuánto más ilustrativo es leer un trabajo como ese, u otros clásicos, que entretenerse en discutir las lindezas que nos cuentan R. Dworkin u otros autores que están de moda!) Si bien Llewellyn no menciona el asunto de los currículos, ni utiliza la expresión “platonismo de las reglas”, todo lo que él señala –sobre las **paper rules**– es perfectamente aplicable, *mutatis mutandis*, a unos gladiadores de papel como los “objetivos”, el “perfil”, etc., y en general a los grandes triunfos que muchos esperan de unos cambios curriculares. Voy a entresacar aquí algunos pasajes de ese memorable estudio, porque me parece que sirven, estupendamente, para completar lo relativo a la susodicha idea central <sup>(24)</sup>. He aquí esos pasajes, que paso a recoger sin ponerlos entre comillas.

Pound, por ejemplo, habló de *law-in-books* y *law-in-action* ((67)). Es típica la suposición, corriente, de que una

(24) No he podido procurarme el texto en inglés, por lo cual utilizaré una traducción al alemán, de Manfred Rebhinder y Lutz Sedatis, publicada en la siguiente compilación: Ernst Hirsch y Manfred Rebhinder (eds.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, p. 54-86 (*Eine realistische Rechtswissenschaft – der nächste Schritt*), Westdeutscher Verlag Opladen, Colonia y Opladen, 1971 (2da. ed.). Entre paréntesis dobles (( )) indicaré las páginas, de esta publicación, de donde extrai-go las líneas que voy a presentar, en traducción mía del alemán. Sólo me pertenecen ahí unos agregados entre corchetes, intercalados ocasionalmente con el fin de hacer más claros algunos puntos donde la redacción que presento, la cual trata de ser fiel al original de que dispongo, podría resultar, sin los agregados, un tanto ambigua.



norma (*rule*) (25) o precepto legal puesto en el papel tiene significación en los hechos: que esa disposición significa realmente todo lo que dice o supuestamente quiere decir, simplemente porque posee autoridad en el papel ((60)).

En el caso especial de las normas "del Derecho", la palabra "norma" conlleva aún otra [una segunda] ambivalencia de sentido. Independientemente de que ella describa o prescriba [primera ambivalencia], no se pone mayor esfuerzo en aclarar [segunda ambivalencia] la conducta *de quién*, y *cuál sea* esa conducta, que aquí se describe o prescribe. La aseveración "Esa es la norma", por lo habitual significa solo: "Hallo esta formulación de palabras en libros oficiales". ¿Empero, qué significa esto: *Los tribunales actúan efectivamente* en acatamiento de ese precepto" o "los tribunales citan esa disposición siempre en este contexto? ¿O bien, quiere decir "La gente rige su conducta por el contenido de esta disposición" o simplemente "Las personas se comportan de la manera en que esta disposición señala que deben comportarse"? El teórico se tomará pocas veces la molestia de decir cuántos de estos significados están (si acaso) implícitos en su aseveración "Esa es la norma" ((61)).

Se piensa en forma de palabras y no de modos de comportamiento; se piensa de acuerdo con la manera en que al entendimiento las cosas se le aparecen como *obvias*, [pero] *sin* someter eso a examen en el mundo de los hechos. De tal manera se llega —sin ningún impulso de efectuar verificaciones— a la suposición de que se habla sobre la realidad cuando se habla de derechos, para seguir adelante [entonces] colocando estas palabras no examinadas como fundamento de los edificios de pensamiento que se construyen sobre tales bases ((62)).

No hace falta demostrar, supongo, que el más importante (*no* digo el único importante) aspecto de las relaciones entre derecho y sociedad reside en el terreno de las conductas, y que las palabras solo alcanzan significado porque y en la medida en que son conducta, o porque y en la medida en que comprobablemente son reflejo de o influyen sobre otras conductas. Tal afirmación parece supeflua. Su corrección resulta evidente aun para el más tonto. Sin embargo, ella subvierte todo el pensamiento jurídico tradicional. Coloca a la teoría jurídica reconocida cabeza abajo.

(25) El término inglés *rule*, que en el texto alemán aparece traducido como *Regel*, en castellano puede vestirse por las palabras "regla" o "norma". He preferido aquí usar por lo general esta última expresión (a pesar de que en alemán existe también el término *Norm*, y, sin embargo, el traductor prefirió *Regel*), porque me parece que, en los estudios en español sobre cuestiones de derecho, es más común decir "norma jurídica" que "regla jurídica". Si el lector prefiere la otra traducción, puede sustituir arriba la palabra "norma", cada vez que aparezca, por "regla"; de cualquier manera, téngase presente que se trata de lo mentado, en inglés, por el término *rule*.

El pensamiento jurídico tradicional descansa en palabras; tiene su centro en palabras; encuentra la mayor dificultad en ir más allá de las palabras. En caso de que no se diga nada más de la conducta, se presupone tácitamente que las palabras reflejan una conducta; y si son palabras de unas normas jurídicas, [se da por descontado] que [esas palabras] influyen sobre la conducta, incluso que obran sobre esta efectiva y exactamente de manera tal que ella se adecúa completamente a aquellas palabras. Ahí reside el origen de todo el entrevero... Con esto *presuponemos*, otra vez sin tener conciencia de ello y sin más examen, que la *práctica* de los jueces se corresponde con las prescripciones (*Sollen* [tal vez dice *ought* en el original]) de general reconocimiento [*i.e.* las comúnmente aceptadas] que están en los libros; que la formulación literal de la prescripción sirve para *describir* con exactitud el "es" de la práctica; que los jueces efectivamente, *en los hechos*, ante esa situación [la descrita en la norma] deciden de tal manera justamente [*i.e.* ni más ni menos que como dice la norma]. Una situación bastante enrevesada, tanto en el derecho como en cualquier otro sector de la vida ((66)). [Dicha "situación", ni más ni menos, es la que reina también en las fantasías curriculares.]

Esa [la señalada en el párrafo anterior] era la primera tácita presuposición respecto a hechos [contenida] en [la forma habitual de contemplar] las reglas del deber-ser (*des Sollens*). Sigue la segunda [presuposición]; también ella, a su vez, sin indicación expresa [de esta presuposición], sin mayor examen y (con excepción de casos muy especiales) sin crítica, sin más reflexión o dudas. De la regla-de-papel del deber-ser, acerca de la cual ya se había dado por *supuesto* que describe (asimismo) la norma que los jueces *ponen en práctica de hecho* (es decir, la que se corresponda [verdaderamente] con la práctica [misma] de las decisiones judiciales), ahora se pasa además a suponer que aquella *domina* la práctica de los laicos interesados, que tal regla *rige* [en los hechos] la conducta de la gente [común] ((66)).

No digo, ni siquiera, que estas "normas reconocidas" no puedan ser *a veces* una descripción enteramente acertada de la conducta real de los jueces. Lo que digo, sin embargo, es que tal acierto en la descripción es raro. La pregunta es, por tanto: ¿en qué medida y en qué dirección, las normas reconocidas y la práctica de las decisiones [judiciales] se distancian entre sí? Además: ¿cómo y en qué medida se da ello *en cada caso individual*? Aquí no se puede generalizar; en todo caso, no *sin efectuar más investigación*. Las presunciones pueden tener algún valor de orden general; pero *en el caso individual, son completamente inútiles*. De lo único que podemos estar seguros es de que las diferentes normas muestran, cada una de ellas [respectivamente], relaciones completamente distintas con la conducta de los jueces, los otros funcionarios y las respectivas personas que son "regidas" (¿qué palabra más opti-



mista!) por esas distintas normas. El método que aquí se propone acepta sin vacilar, pues, que entre *cada* norma reconocida y el comportamiento judicial hay *alguna* relación; niega, sin embargo, que tal reconocimiento signifique más que, simplemente, una cuestión por resolver mediante la investigación del caso individual; opina que el significado de una norma determinada se revela solo *después* de haberse investigado su manera decisiva, central de manifestarse (*Erscheinungsbild* [¿fenotipo?]): la conducta ((67)).

Las normas jurídicas se presentan, antes que nada, como dirigidas al *gremio* de los *juristas*, para decirle a este qué debe hacer. Frente a esa directiva, el gremio jurídico puede: ya sea no hacerle caso alguno (mero derecho de papel, letra muerta de la ley, resoluciones fundamentales de la jurisprudencia pero que ya están superadas); o bien, contemplarla sólo parcialmente (una norma que se “interpreta” de otra manera; una norma a la cual sólo se le brinda todavía un reconocimiento de los labios para afuera, mientras que la práctica sigue otro camino); u obedecerla muy cuidadosamente (una norma con la cual la práctica jurídica concuerde bastante bien). A mí me parece que toda norma oficial de los libros (ley, principio jurisprudencial, orden administrativa), al establecer lo que los funcionarios deben hacer, tácitamente contiene una especie de pseudo-descripción: la comprobación tácita de que también en los hechos los funcionarios se conducen según esa prescripción, o la predicción tácita de que los funcionarios actuarán de acuerdo con ella. Esas comprobaciones o predicciones, empero, raramente resultan acertadas *en su total alcance*, y debemos ser escépticos respecto a ambos extremos. Es cierto que responde a una convención reconocida [*i.e.* aceptada por todo el mundo, o poco menos], [el hecho de] conducirse y hablar como si tal comprobación o predicción constituyera una verdad sagrada: tradición que caracteriza de manera muy señalada, en particular, a los juristas...((71)).

Se busca averiguar en qué medida el derecho-de-papel (*paper-rules*) es practicado efectivamente y hasta qué punto es un *puro* derecho-de-papel. En esta comparación entre derecho-de-papel y práctica jurídica se procura entender la conducta *efectiva* (*gegenwärtige*) de los tribunales; también se indaga qué uso los jueces y los abogados hacen, en sus argumentos, del derecho-de-papel, y qué influencia demostrable tiene la existencia oficial de este sobre las sentencias. Se busca comprobar cuándo un precepto es invocado pero no seguido; cuándo es mencionado y [además es] acatado; cuándo y por qué es *expresamente* encogido o ampliado [interpretaciones restrictiva o extensiva, argumentos a contrario o por analogía, etc.], de manera tal que ahí surge una nueva regla-de-papel. Se observa el plano de las tácitas [calladas, disimuladas formas de] aplicación, transformación o eludimiento, en la

“interpretación” de las condiciones de hecho [*i.e.* el supuesto fáctico formulado en la norma], en contraposición con aquel otro plano bien distinto [antes mencionado] donde se presenta un combate expreso con el lenguaje del derecho-de-papel. Se ve cuán fuertemente anclada está la tradición de exigir una buena fundamentación papelera, es decir, formulada en las palabras de normas-de-papel oficialmente reconocidas, como requisito previo a considerar probable [por parte de los juristas] que una sentencia –por más apoyada que esté en los hechos– será aceptada [jurídicamente]. Y con el mismo propósito, se observa la significación de disposiciones oficiales [al desempeñarse estas] como medio de argumentación y persuasión [engaño, sugestión]; los estímulos que se toman de su conformación lingüística, y los límites que mediante esta se fijan. Muy pronto se nota asimismo que, desde tal perspectiva, no todas las disposiciones o todos los tribunales son iguales, y también que la misma disposición en el mismo tribunal es manejada de distinta manera en función de la época y las circunstancias ((72)).

Como la definitiva obtención del fin [al que se entiende está dirigida la norma] consiste en una conducta, un comportamiento, entonces la formulación verbal, para ser un medio eficaz, debe presentarse de manera tal [tener la conformación lingüística] que pueda ocasionar el comportamiento deseado. *Eso depende, cada vez, de las prácticas dominantes y las actitudes internas de las personas respectivas* ((73)).

[Esa afirmación final, que podemos retener a título de conclusión general de los pasajes transcritos, nos ubica de lleno, asimismo, en el propio meollo del asunto relativo a las posibilidades de los currículos universitarios. También ahí, lo que con estos se pueda lograr depende, más que nada, de cómo *actúan* los individuos *de carne y hueso* a que estas disposiciones irán dirigidas: ¡todo eso que, justamente, para nada es tenido en cuenta por la literatura de los “objetivos”, el “perfil”, etc., etc.!] ]

Hasta ahí, lo de Llewelyn (pero, por supuesto, en su estudio hay mucho más, y aprovechable de punta a punta). No quiero dejar de mencionar aquí, además, otros dos trabajos que también contienen pasajes muy recomendables para no caer en ningún platonismo de las reglas. En el clásico libro de Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, cf. los capítulos titulados: “Cuestiones de palabras y cuestiones de hecho” y “Cuestiones normativas y cuestiones explicativas”; hay varias ediciones, la última de ellas publicada como Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay (vol. IV de las Obras Completas), Montevideo, 1963 [allí esos caps. están en las pp. 74-121]. Por otro lado, ya con referencia directa al derecho, siempre vale la pena releer el estupendo libro –indeclinablemente actual– de Jerome Frank: *Law and the Modern Mind* [cit. *supra* al final del Addendum], donde importa cf. –para lo nuestro– sobre todo los caps. VII a X de la Primera Parte y también el Apéndice II; v. esp. los pasajes del texto que en el Index (pp. 403 y 404) de dicho libro se señalan bajo las rúbricas “Platonism” y “Word-magic”.



Lic. Mariano Jiménez Zeledón  
Licenciado en Derecho y politólogo  
Universidad de Costa Rica



- I. *Nota Introductoria*
- II. *Teoría del Mandato Irrevocable*
- A. *El fiduciario no actúa como representante del fideicomitente*
- B. *Los actos que realiza el fiduciario van dirigidos a radicar en la órbita del fideicomitente*
- C. *En el mandato no hay transmisión de derecho del mandante de terceros*
- CH. *La figura del mandato irrevocable es contradictoria*
- III. *Teoría del Patrimonio de Afectación*
- A. *Se trata de una mala interpretación del trust inglés*
- B. *No puede existir un patrimonio sin sujeto*
- C. *El concepto de afectación no tiene contenido en nuestra legislación*
- CH. *El concepto de titularidad*
- D. *Patrimonio autónomo o patrimonio separado*
- IV. *Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad*
- V. *Teoría del Fideicomiso como estipulación a favor de terceros*
- A. *El contrato con estipulación a favor de terceros carece de un patrimonio fideicometido*
- B. *En el contrato con estipulación a favor de tercero debe existir determinación de las partes*
- VI. *El Fideicomiso como negocio fiduciario*
- A. *El fideicomiso es un negocio único*
- B. *En el fideicomiso el fin debe ser lícito y determinado*
- C. *El fideicomiso es un negocio típico*
- CH. *En el fideicomiso los resultados no exceden el fin perseguido*
- D. *El negocio fiduciario no es un acto unilateral*
- VII. *El Fideicomiso como negocio jurídico*
- A. *El negocio jurídico*
- B. *El fideicomiso como negocio jurídico*
- VIII. *A manera de conclusión*

I. *NOTA INTRODUCTORIA*

En el derecho comercial costarricense el fideicomiso ha sido un tema poco analizado por los tratadistas especializados en la materia<sup>(1)</sup>, contentándose con citar la doctrina y jurisprudencia mexicana, que no en todas las ocasiones es concordante con nuestro ordenamiento jurídico.

Todavía mayor confusión provoca las aisladas referencias a la naturaleza jurídica del fideicomiso, tema polémico a nivel doctrinal.

La importancia de abordar este instituto está determinado por la realidad económica que ha puesto en primer orden al fideicomiso, como uno de los instrumentos jurídicos que permite obtener con mayor flexibilidad determinados fines económicos.

No obstante, esta flexibilidad que permite esta figura jurídica, pone de manifiesto la necesidad de abundar sobre el mismo, para saber a ciencia cierta cuando se está frente a un fideicomiso u otro instituto jurídico.

Seguidamente se procederá a exponer en forma resumida las diversas posiciones que sobre la naturaleza del fideicomiso se han expuesto en relación con el ordenamiento jurídico costarricense.

II. *TEORÍA DEL MANDATO IRREVOCABLE*

Esta teoría fue elaborada por el jurista panameño Ricardo Alfaro, el cual procurando adaptar y hacer comprensible la figura del trust anglosajón en los ordenamientos jurídicos de origen romanista, expuso que el fideicomiso se asimilaba a la del mandato irrevocable.

Así, este ilustre tratadista señalaba:

“...tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra para beneficio de un tercero.”

(1) Resulta sumamente interesante la tesis de graduación, la primera en la materia, del ilustre profesor Dr. Fernando Mora Rojas. **Los negocios fiduciarios y el fideicomiso**, 1964, así como, el libro de Boris Kozolchik y Octavio Torrealba, **Curso de Derecho Mercantil Texto y Material de Estudio**, Tomo III, 1971. Otra tesis es la del Lic. Javier Apéstequi Zamora, **Historia, Desarrollo y Práctica en el Fideicomiso**, 1974. En cuanto a artículos, es de consulta obligada el del profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, 'El Fideicomiso', en **Revista de Ciencias Jurídicas**, N° 5, 1964. Más recientemente puede revisarse la tesis de quien escribe, Lic. Mariano Jiménez Z., **El Fideicomiso Agrario según la Ley de Modernización Financiera de la República**, N° 7107, 1992.



...no hay duda de que el mandato es la institución de Derecho civil que tiene más estrecha semejanza con el trust, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario.” (2)

Como el mandato es revocable en cualquier tiempo por el mandatario, y el fideicomiso no, el Lic. Alfaro ideó asimilarlo a un mandato irrevocable.

Don Alberto Brenes Córdoba define el mandato de la siguiente forma:

“...un contrato consensual en cuya virtud uno de los estipulantes, llamado ‘mandatario’, es encargado por el otro, que recibe el nombre de ‘mandante’, para que obrando por cuenta y representación de éste, desempeñe uno o varios negocios de carácter jurídico.” (3)

Teniendo en cuenta la anterior definición, varias son las objeciones para asimilar el fideicomiso al mandato, a saber:

A. El fiduciario no actúa como representante del fideicomitente

Señala el Dr. Fernando Mora que el “problema nace porque el fiduciario no actúa por cuenta y en representación del fideicomitente. El fiduciario actúa por su propia cuenta, vale decir, corre por todos los riesgos de la negociación; y en su propio nombre realiza las gestiones del caso, jamás en nombre del fideicomitente, lo cual sería trastornar y malograr los fines que se pretende alcanzar con el negocio.” (4)

B. Los actos que realiza el fiduciario van dirigidos a radicar en la órbita del fideicomisario

“Los negocios jurídicos que celebra [el mandatario] están destinados a radicarse cabeza de su comitente” (5), mientras que en el fideico-

miso, el fiduciario que actúa en nombre propio y por su cuenta, los actos que ejecuta van dirigidos a radicar su propia órbita en su calidad de fiduciario o en la del fideicomisario.

Incluso, nuestro Código de Comercio en su artículo 658 establece que se presume constituido en fraude de acreedores el fideicomiso en que el fideicomitente sea también fideicomisario único o principal.

C. En el mandato no hay transmisión de derechos del mandante hacia terceros

En el fideicomiso el fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos directamente al fiduciario, para que éste los utilice conforme al acto constituido del fideicomiso.

“En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica el acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario, En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del mandatario.” (6)

En el artículo 633 de nuestro Código de Comercio se indica que en virtud de un fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes y derechos, “el criterio de distinción radica en la transmisión del dominio producida por el fideicomiso”. (El subrayado es nuestro). (7)

CH. La figura del mandato irrevocable es contradictoria

Don Alberto Brenes señala lo siguiente:

“Respecto a la terminación del mandato por causa de revocatoria, o por renuncia del mandatario, hay que observar que la libertad de que gozan las partes para desligarse de la obligación de continuar el mandato, se basa en la especial naturaleza de éste: siendo, como es, un pacto

(6) Villagorda, *op. cit.*, p. 90.

(7) Rodolfo Batiza, *El Fideicomiso: teoría y práctica*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., cuarta edición, 1980, p. 150.

(2) José Manuel Villagorda Lozano, *Doctrina General del Fideicomiso*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1982, p. 87.

(3) Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los Contratos*, San José, Editorial Juricentro, 1985, p. 208.

(4) Fernando Mora Rojas, *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1964, p. 98.

(5) Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, Colombia, Biblioteca FELABAN, 1977, p. 98.



cuya existencia está vinculada en la confianza y amistad que debe haber entre las partes, cuando esos elementos falten, lo que fácilmente puede ocurrir de un momento a otro, las operaciones que deberían ejecutarse no es posible se lleven adelante con el espíritu de cordialidad necesaria en esta clase de asuntos. De otro lado, en lo que mira particularmente al mandante, como el mandato se celebra en su interés, es a él a quien toca decidir cuándo debe ponerle fin, sea por no convenirle su continuación, sea por cualquier otro motivo que a nadie está obligado a declarar.” (8)

En otras palabras, “un mandato es siempre revocable” (9), la revocabilidad es consustancial al mandato mismo, lo contrario sería desnaturalizar dicha figura jurídica.

Respecto al fideicomiso, el Código de Comercio establece en el artículo 659, inciso d), que puede extinguirse por revocación que haga el fideicomitente, cuando en el acto de creación del fideicomiso se haya reservado tal derecho.

Sin embargo, lo natural del fideicomiso es su irrevocabilidad; en el caso de que no se estipule nada al respecto, el fideicomiso es irrevocable. Pero tal y como reza el artículo en comentario, es factible que por acuerdo entre el fideicomitente y el fiduciario el mismo será revocable por el primero, cuando así se señale en el acto constitutivo, siempre y cuando, como indica el inciso d) queden garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso.)

En nuestro concepto la revocabilidad del fideicomiso es impropia en esta figura jurídica por las siguientes razones (10):

(8) Brenes Córdoba, *op. cit.*, p. 221.

(9) Boris Kozolchik y Octavio Torrealba, *Curso de Derecho Mercantil Texto y Material de Estudio*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Tomo III, 1971, p. 50.

(10) Criterio contrario al expuesto lo sostiene el jurista colombiano Sergio Rodríguez, el cual señala lo siguiente:

“La facultad de revocar parece razonable en buena parte de los casos porque, salvo aquellas modalidades en las cuales se quieren conseguir resultados a largo plazo o para fines científicos o culturales o a favor de entidades estatales, que como vimos pueden hacerse por término indefinido, lo cierto es que dentro de la mutabilidad de las circunstancias en que discurren las relaciones entre las personas es posible que el constituido, por ejemplo, para beneficiar a un pariente, quien se haya hecho acreedor a la ayuda por sus condiciones de pobreza y lealtad, resulte mañana innecesario porque adquiera bienes de fortuna o adopte una conducta con el fiduciario que no se compadezca de la colaboración ofrecida por éste.”

(Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 639).

La existencia del inciso d) del artículo 659 en nuestro Código de Comercio tiene que ver con los primeros escritos del Dr. Alfaro en el año 1920, los cuales influenciaron a la legislación mexicana de esa década, de ahí pasó hacia la legislación hondureña, y de esta última fue copiado por nuestros legisladores. Debemos anotar que cuando el autor panameño, efectuó los primeros estudios para adoptar el trust anglosajón en nuestros ordenamientos jurídicos romanistas, no tenía mucha claridad de la naturaleza de esta figura. Luego de más de setenta años, el fideicomiso es común en nuestros países de tradición latina, conociéndose mejor su funcionamiento, y en virtud de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, se justifica la eliminación de este inciso de nuestro ordenamiento jurídico o en su defecto, una regulación más puntual de las condiciones en que la revocación se puede ejecutar.

1. El fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos para la realización de un determinado fin, por lo que tales bienes y derechos salen de su esfera patrimonial.)

La revocabilidad del fideicomiso puede dar lugar a la realización de negocios en fraude de acreedores, puesto que el fideicomitente, podría perfectamente constituir un fideicomiso para sustraer ciertos bienes del acoso de acreedores, y posteriormente, cuando ya no corriera riesgos, revocar en forma unilateral el fideicomiso, cuando se cumplieran ciertas condiciones muy cuidadosamente seleccionadas.

2. Pareciera que la revocación del fideicomiso debiera siempre contar con la anuencia del fideicomisario, quien adquiere derechos desde el momento mismo de la existencia legal del mismo. Incluso, cuando el fideicomisario surja a la vida jurídica en virtud del contrato entre fideicomitente y fiduciario, la revocación del mismo debería contar con el consentimiento del segundo.)

#### D. Otras diferencias entre fideicomiso y mandato

El jurista mexicano Carlos Quintero señala estas otras diferencias:

“En efecto, el mandato no priva al dueño de ejecutar sobre los bienes los actos jurídicos que han encargado al mandatario o inclusive actos jurídicos diferentes. En el mandato así mismo, los acreedores del dueño pueden ejercer sobre los bienes todas las acciones y derechos que tengan contra el dueño y por último el mandato se extingue por la muerte del mandatario.” (11)

### III. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION

“Una de las primeras monografías aparecidas en países de derecho civil intentando explicar la naturaleza jurídica del trust anglosajón y consiguientemente evaluar su adaptación, fue la del jurista francés Pierre Lepaulle, publicada en 1932. Para Lepaulle el trust consiste en un patrimonio de afectación, es decir la esencia de los derechos concedidos es patrimonial y el patrimonio no es de nadie sino constituye un todo distinto en la forma de una *res universal*.” (12)

(11) Carlos Quintero, ‘El fideicomiso en México: aspectos económicos y legales de su desarrollo’, *Revista FELABAN*, Bogotá, Editorial Kelly, N° 22, octubre de 1975, p. 294.

(12) Lepaulle citado Kozolchik, *op. cit.*, p. 47.



Esta "teoría ha pretendido explicar la naturaleza jurídica del trust a través del estudio de sus elementos fundamentales para afirmar que, dentro de las posibilidades del Derecho Inglés, no debe hacerse énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas no son constantes ni necesarias y las modalidades estudiadas demuestran que pueden faltar una u otra, dentro de las distintas soluciones. Por ello debe concluirse que los únicos elementos constantes y esenciales en los negocios de trust radican en la existencia de un patrimonio y una destinación..." (13)

Una "afectación no se realiza por sí sola: es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni settlor ni cestui que trust que constituyen una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho." (14)

Lepaulle termina exponiendo la siguiente definición de trust como: "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación." (15)

Si bien esta teoría brindó un gran aporte para comprender como funciona el fideicomiso, no creemos posible fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso como patrimonio de afectación, por las siguientes razones:

#### A. *Se trata de una mala interpretación del trust inglés*

Lepaulle tratando de adaptar el trust al ordenamiento jurídico de Francia, ideó esta teoría de un patrimonio de afectación, al observar que en la práctica jurídica inglesa, en algunos casos no existe settlor (fideicomitente), "sino que son impuestos los trust por disposición de la ley" (16) en otros no existe trustee, "él será designado por el tribunal y en muchos supuestos el beneficiario es inexistente." (17)

(13) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.

(14) Lepaulle citado por Villagorda, *op. cit.*, pp. 91-92.

(15) *Ibid.*, p. 92.

(16) Lepaulle citado por Villagorda, *op. cit.*, p. 91.

(17) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.

La crítica principal consiste en señalar que en cualquiera de los casos siempre el elemento personal es indispensable.

Recordemos que "todo el Derecho se realiza y tiene sentido en razón del sujeto, por el sencillo motivo que este es el punto de convergencia de todos los fenómenos jurídicos, pues toda situación de hecho es considerada por el Derecho en cuanto su existencia o realización revela la formación de intereses subjetivos..." (18), en consecuencia, debe rechazarse la idea, de que el fiduciario, resulte ser tan sólo un 'medio práctico' para el funcionamiento del fideicomiso, el fiduciario es un sujeto de derecho y como tal debe considerársele.

#### B. *No puede existir un patrimonio sin sujeto*

"La esencia o naturaleza jurídica del fideicomiso no puede ser la existencia de un patrimonio separado sin sujeto, puesto que patrimonio es 'conjunto de derechos y obligaciones' y estos sólo pueden entenderse referidos a un sujeto de derecho, el que por otra parte ha de ser necesariamente una persona jurídica individual o una colectiva, pero jamás una cosa o grupo de cosas." (19)

#### C. *El concepto de afectación no tiene contenido en nuestra legislación*

"Se ha sostenido que la expresión 'afectación' no tiene un contenido propio en muchas de nuestras legislaciones y que, por consiguiente, no puede dársele el alcance que pretendió asignarle el jurista francés." (20)

El artículo 633 del Código de Comercio señala que el fiduciario "queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predefinidos en el acto constitutivo."

Aunque implícitamente se entiende que tales bienes quedan afectados en el sentido que Lepaulle lo exponía, el concepto de afectación no tiene un contenido de derecho en nuestro Código de Comercio.

En realidad lo que existe es una obligación para el fiduciario de utilizar los bienes conforme a lo pactado. Nada impide hablar de

(18) Víctor Pérez, *Derecho Privado*, San José, segunda edición, 1991, p. 36.

(19) Mora, *op. cit.*, p. 93.

(20) Quintero citado por Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.



afectación, pero en buena técnica jurídica, conforme a la legislación comercial, lo correcto es hablar de una obligación impuesta por ministerio de ley al fiduciario. Por supuesto, que el utilizar el concepto de obligación restringe los alcances del concepto de afectación conforme a su proponente, para quien la afectación parece asumir vida jurídica independiente de las partes.

#### CH. El concepto de titularidad

Para Lepaulle "el sujeto de derecho encargado de realizar la 'afectación' es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación." (21) (El subrayado es nuestro).

En la doctrina no existe una definición unívoca de lo que trata el concepto de titularidad, así:

"Tanto en el proyecto de reformas al fideicomiso preparado por la Asociación de Banqueros de México, como en el que elaboró la Secretaría de Economía, sus respectivas definiciones contienen la frase 'el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario'. Sin embargo, para la Comisión de la Asociación de Banqueros 'titularidad' es equivalente a título propio, a propiedad, en tanto que para la Comisión de la Secretaría de Economía 'fiduciario es titular, no propietario'." (22)

Cervantes Ahumada expresa un concepto de titular similar al del proyecto de la Secretaría de Economía de México citado en el párrafo anterior por Batiza, de la siguiente forma:

"El fiduciario es titular, no propietario (art. 838 del proyecto para el Nuevo Código de Comercio). Por titularidad se entiende 'la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.'" (23)

Lo anterior, lleva al jurista mexicano Carlos Quintero a sostener lo siguiente:

"La palabra titularidad realmente no tiene un contenido jurídico dentro de nuestro derecho común, por lo que pienso que es un esfuerzo inútil tratar de llegar a la naturaleza jurídica del fideicomiso partiendo del

(21) Rodolfo Batiza, **Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria**, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1977, p. 31.

(22) **Ibid.**, nota 40, p. 34.

(23) Raúl Cervantes Ahumada, **Títulos y Operaciones de Crédito**, México, D. F., Editorial Herrero, S. A., decimocuarta edición, 1988, p. 296.

prejuicio que significa que forzosamente debe explicarse en razón de las figuras tradicionales de nuestro sistema de derecho." (24)

De igual forma, Batiza afirma que el vocablo titularidad carece de contenido definido, por lo que no es necesaria su utilización. (25)

En el Diccionario de Cabanellas se define el vocablo titularidad de la siguiente forma:

"Indole de un título jurídico. Calidad del titular de un derecho o de otra relación jurídica." (26)

En efecto, el vocablo titular carece de contenido referido al fideicomiso, no obstante entratándose de derechos reales o de títulos valores si tiene un contenido definido. (27)

Si bien, no puede existir un titular del fideicomiso, sí puede existir un titular del derecho real de propiedad fiduciaria. El fideicomitente transmite un derecho real de propiedad, por lo que el nuevo titular de ese derecho será el fiduciario.

Conforme al artículo 633 del Código de Comercio en el cual se establece que el fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos, sin lugar a duda, el fiduciario es propietario, y por lo tanto, el titular de los derechos reales que le han sido transmitidos, con las limitaciones del caso, para realización de los fines del fideicomiso.

El profesor Víctor Pérez, sobre el concepto de titularidad afirma lo siguiente:

"En algunos negocios se requiere también que el sujeto tenga la titularidad. Esta señala su posición como destinatario actual, ya no potencial, de efectos jurídicos; es la concretización de la genérica capacidad jurídica respecto a determinadas consecuencias jurídicas.

Por ejemplo, el sujeto debe ser propietario para poder transmitir el dominio a otro." (28)

En suma, la titularidad deviene en función de la propiedad que ha sido transmitida, por lo que no puede haber titularidad sin propiedad, y no puede haber propiedad sin un sujeto titular, que en el caso de la propiedad fiduciaria sería el fiduciario.

(24) Quintero, **op. cit.**, p. 295.

(25) Batiza, **Principios Básicos...**, p. 34.

(26) Guillermo Cabanellas De Torres, **Diccionario Jurídico Elemental**, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S. R. L., 1988, p. 312.

(27) En el caso de los títulos valores, se denomina titular al tenedor del título valor en virtud del derecho cartular contenido en aquel, en este sentido, es que el artículo 667 del Código de Comercio habla de titular del derecho

(28) Pérez, **op. cit.**, p. 226.



#### D. Patrimonio autónomo o patrimonio separado

El Código de Comercio en su artículo 634 establece que los bienes fideicometidos constituirán un 'patrimonio autónomo' 'apartado' para los propósitos del fideicomiso.

Nuestra legislación, al igual que la mexicana, ha adoptado el concepto de Lepaulle de patrimonio autónomo. Por supuesto, que no se puede fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso en esta teoría porque como se ha expuesto no puede haber patrimonio sin sujeto.

El problema se encuentra en la misma denominación de patrimonio autónomo, que puede inducir al error de creer que aquel puede existir sin un sujeto titular. Lo correcto sería utilizar el concepto de 'patrimonio separado' (29) dentro del patrimonio del fiduciario, quien será el titular de los mismos y le dará el destino correspondiente conforme al acto constitutivo del fideicomiso.

#### IV. TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En el derecho inglés es posible la existencia de dos tipos de derecho: el common law y equity law, lo que da lugar a que pueda existir un propietario conforme al derecho común, pero que por razones de equidad, otro sujeto goza en forma material de la propiedad, aunque formalmente el propietario sea el primero.

En apoyo a esta tesis, el jurista mexicano Joaquín Rodríguez explica "que el fideicomiso tiene como TITULAR JURIDICO al fiduciario; pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso." (30)

No obstante, apunta el profesor Fernando Mora que esta "idea ha sido mantenida principalmente por aquellos que tratan adaptar, a como haya lugar, el trust angloamericano a las legislaciones romanistas de derecho codificado. Y, como es lógico, se topan siempre con un obstáculo a nuestro parecer insalvable, pero que ellos creen sobrepasar diciendo que en el fideicomiso hay una propiedad formal, en manos del fiduciario y otra material, en manos del fideicomitente, o lo que es lo mismo, que el primero tiene la propiedad legal y el segundo la económica." (31)

(29) Véase el Código de Comercio, artículo 644, inciso b).

(30) Joaquín Rodríguez citado Mario Bauche Garciadiego, **Operaciones Bancarias**, México, Editorial Porrúa, S. A., 1977, p. 369.

(31) Mora, **op. cit.**, p. 102.

La principal crítica contra esta teoría del desdoblamiento de la propiedad radica en que en nuestros países con sistemas jurídicos de tradición romanista no es posible que este desdoblamiento se dé, puesto que priva un concepto absoluto de la propiedad:

"El concepto de derecho de propiedad derivado directamente del derecho francés y éste a su vez del concepto romano, no permite este desdoblamiento entre el dominio útil y el dominio jurídico." (32)

En otras palabras, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, si fuese posible utilizar esta terminología, el fiduciario sería tanto propietario formal como propietario económico.

El jurista mexicano Raúl Cervantes Ahumada comentando nuestro Código de Comercio, señala lo siguiente:

"En primer lugar, el primer artículo del Código relativo al fideicomiso involucra en el concepto el derecho de propiedad. "Por medio del fideicomiso -dice el 633- el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes". Hay una transmisión de propiedad que no se ve cómo va a actuar, puesto que el artículo 264 del Código Civil establece que la propiedad es un derecho dominical que se compone de la posesión, del usufructo, la transformación y enajenación, la defensa y exclusión y la restitución e indemnización. Y por el resto del artículo se ve que, cuando menos, el usufructo nunca se transmite al fiduciario. En términos generales, el fiduciario costarricense deberá obrar, según las normas contenidas en el Código, "mutatis mutandis", de la misma manera que el fiduciario mejicano." (33)

La duda que tiene don Raúl Cervantes es muy atinada puesto que en el artículo 264 del Código Civil e habla de 'dominio' o 'propiedad absoluta', por lo tanto, si conforme al artículo 633 del Código de Comercio, el fideicomitente 'transmite la propiedad' al fiduciario, sin duda, que este como propietario puede ejercer todos los derechos que comprende el derecho de propiedad.

Sin embargo, el ejercicio de todos los derechos que conlleva el derecho de propiedad, no es absoluto como se señala en el Código Civil, salvo, cuando estos conllevan a la consecución del fin o fines por los que se constituyó el fideicomiso. El fiduciario es propietario absoluto en el tanto cumpla con el fin del fideicomiso, lo cual constituye una limitación no contemplada en el artículo 264 citado.

(32) Quintero, **op. cit.**, p. 295.

(33) Cervantes Ahumada, 'El Fideicomiso', **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Nº 5, mayo de 1965, p. 191.



Para resolver este aparente problema tenemos que tener presente las dos siguientes observaciones:

- 1) El Código de Comercio, en su artículo 633 en relación con el 636, reforma en forma implícita el Código Civil, en su artículo 264, al establecer un nuevo tipo de propiedad, a saber la **propiedad fiduciaria**, en virtud de la cual el fiduciario es propietario absoluto en el tanto se limita a cumplir con las finalidades del fideicomiso.
- 2) De todas formas, aún no existiendo las disposiciones citadas del Código de Comercio, conforme al artículo 459 del Código Civil, el sistema costarricense de derechos reales es el de numerus apertus, en el sentido de que no existe ninguna prohibición respecto a la creación de nuevos derechos reales, los cuales son de libre creación para los particulares. (34) El sistema de numerus apertus en relación con el principio de autonomía de la voluntad, implica que los particulares no tendrían limitación para crear un derecho real de propiedad fiduciaria y llevar a cabo un negocio jurídico cuyo objeto sería derecho real.

En suma, relacionando los artículos 633 y 636 del Código de Comercio, con el 459 del Código Civil, encontramos que no existe impedimento para la creación del derecho real de propiedad fiduciaria, en virtud del cual el fiduciario es propietario absoluto en función de los fines del fideicomiso. (35)

Además, debe recordarse que el desdoblamiento de propiedad en el sistema inglés tiene como base la existencia de un doble orden jurídico, mientras que nuestro sistema jurídico se caracteriza por su unicidad. Por lo tanto, no es posible fundar la naturaleza del fideicomiso en la teoría del desdoblamiento de la propiedad. )

(34) Ver Ligia Roxana Sánchez Boza, 'La propiedad y los derechos reales nuevos', **La Propiedad**, San José, Editorial Juricentro, S. A., pp. 150-152.

(35) La Dra. Ligia Roxana Sánchez manifestaba que conforme apunta el maestro Pugliatti hoy se reconoce que no existe una "propiedad" sino "propiedades". (Participación de la profesora Sánchez durante el **Seminario: Fideicomiso y sus aplicaciones en la actividad bancaria y el movimiento cooperativo**, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, 27 de mayo de 1992).

Si bien concordamos con la observación de la profesora Sánchez, no está de más reafirmar, en concordancia con la legislación en análisis, que existe una propiedad fiduciaria, la cual no es reconocida por una parte de la doctrina sobre fideicomiso.

## V. **TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO**

El tratadista don Alberto Brenes Córdoba explica que es "lícito, en un contrato, estipular a favor de un tercero, sea que ambos contratantes tengan interés en procurarle un beneficio, sea que uno de ellos desee poner en nombre y a favor de otro, cualquier derecho que del negocio convenido pudiese resultarle... El estipulante pacta para sí, más por un acto de su voluntad, resuelve que todos o algunos de los derechos que adquiere pasen a otro, el cual viene a ser beneficiario respecto a las resultas de la negociación celebrada.

Para que el derecho se consolide en favor del tercero reteniéndolo irrevocablemente para sí, se requiere que él explícitamente muestre su consentimiento. La aceptación que sobrevenga se retrotrae en sus efectos al día del contrato. De esto resulta que la muerte del tercero ocurrida después de celebrado el acuerdo y antes de aceptar, no priva a sus sucesores de los beneficios de la estipulación en caso de que quieran aceptarla como representantes del fallido." (36)

Esta teoría que intenta asimilar el fideicomiso a un contrato con estipulación a favor de un tercero, en forma análoga compara: al estipulante o promisorio con el fideicomitente, al promitente con el fiduciario y al beneficiario con el fideicomisario.

A pesar de las muchas semejanzas que puedan presentarse, no es dable fundar la naturaleza jurídica como un contrato con estipulación a favor de tercero por las siguientes razones:

### A. *El contrato con estipulación en favor de tercero carece de un patrimonio fideicometido*

El objeto del fideicomiso consiste en "los bienes y derechos fideicometidos" que el fideicomitente traslada al fiduciario, para que este los utilice conforme al pacto constitutivo del fideicomiso. Se trata de un patrimonio separado cuyo titular para todos los efectos es el fiduciario.

En el contrato con estipulación a favor de un tercero no existe ningún patrimonio autónomo o separado, no hay traslación de bienes y derechos hacia la órbita del promitente, sino que esta traslación de bienes y derechos se da hacia la esfera del beneficiario como un efecto del contrato celebrado, pero aún en este caso no se crea un patrimonio fideicometido, sino que tales bienes y derechos se consideran como parte integral del patrimonio del beneficiario.

(36) Brenes Córdoba, **op. cit.**, p. 72-73.



"El promitente resulta obligado desde el momento del contrato, y se considera que el derecho correspondiente ingresa al patrimonio del beneficiario desde ese momento." (37)

El objeto de este contrato lo constituye una prestación de hacer o dar, pero nunca un patrimonio fideicometido)

B. *En el contrato con estipulación en favor de tercero debe existir determinación de las partes*

En efecto, por tratarse de un contrato, tanto el estipulante como el promitente deben estar determinados, para que pueda haber *acuerdo de voluntades*, y por lo tanto, surja a la vida jurídica el contrato.

"La estipulación a favor de tercero deriva de un contrato, no de una manifestación unilateral de voluntad." (38)

El fideicomiso puede constituirse como *manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente para que tenga existencia jurídica*, no es necesario el fiduciario para que el fideicomiso se constituya válidamente, aunque la falta de este puede conllevar a la extinción del mismo (39), se trata de la extinción de un fideicomiso que previamente había surgido a la vida jurídica.

Incluso, en el artículo 638 del Código de Comercio se establece que cuando 'falta' el fiduciario, el fideicomitente procederá a nombrar uno nuevo o en su defecto le corresponderá su nombramiento al juez civil de la respectiva jurisdicción/

El ejemplo más claro de que el fideicomitente se puede constituir por manifestación unilateral de voluntad lo es el fideicomiso testamentario (40), mientras que esta posibilidad no cabe con el contrato con estipulación en favor de un tercero, puesto que sólo procede 'entre vivos'.

Lo expuesto en el párrafo anterior no sólo confirma la tesis de que el fideicomiso puede constituirse por una manifestación unilateral de voluntad, sino que además, permite señalar una diferencia de fondo del fideicomiso con respecto al contrato con estipulación a favor de un tercero:

(37) Diego Baudrit Carrillo, *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro, S. A., 1982, p. 73.

(38) Luis Muñoz citado por Villagorda, *op. cit.*, p.154.

(39) Véase el *Código de Comercio*, artículo 659, inciso e).

(40) Véase el *Código de Comercio*, artículo 635.

- a) En el contrato con estipulación en favor de un tercero, se requiere la participación del promitente desde el momento de la generación del mismo, *en el fideicomiso no es necesario la participación del fiduciario para la constitución del mismo*,
- b) En el contrato con estipulación a favor de tercero, una vez que ha surgido a la vida jurídica, no puede faltar en ningún momento el promitente, de lo contrario fenecer el contrato, ni podría ser sustituido por otro sujeto que figurará como nuevo promitente, puesto que se trataría de una nueva contratación, mientras que en el fideicomiso, el fiduciario nombrado puede faltar, y ser sustituido por otro, tratándose del mismo fideicomiso.)

Puede constituirse válidamente un fideicomiso, aún cuando el fideicomitente y el fiduciario pueden recaer en el mismo sujeto de derecho (41), razón por la cual no estaríamos frente a un contrato con estipulación a favor de tercero, puesto que el estipulante y el beneficiario serían la misma persona.

Aunque una situación similar puede acaecer en los contratos con estipulación a favor de tercero, tal hecho se presenta sólo cuando el beneficiario no acepte lo prometido, en cuyo caso, según el artículo 1032 del Código Civil, la obligación estipulada, podrá beneficiar al estipulante, en el tanto, no se trate de una prestación personalísima. Pero aún en estos casos, no existe coincidencia entre estipulante y beneficiario, sino que simplemente la estipulación beneficia al primero ante la no aceptación del segundo.

Tampoco "se estaría en el caso de contrato con estipulación en favor de tercero, al constituirse los fideicomisos honorarios estatuidos por el artículo 655 del Código de Comercio de Costa Rica, ya que en estos casos falta el fiduciario, al menos determinado, pues este tipo de fideicomiso son los que se constituyen por ejemplo para la manutención de animales, la construcción de monumentos, para honrar a los héroes, etc.; o sea que, en otras palabras, no tienen un fiduciario que reclame directamente su ejecución, correspondiendo este tipo de fideicomisos a los 'Honorari Trust' del derecho anglosajón." (42)

En el contrato con estipulación en favor de tercero, este tercero puede ser indeterminable, pero siempre debe ser "determinable al momento de celebrar el contrato en que se pacte el beneficio a su favor..." (43), lo contrario ocurre en el fideicomiso, en el que como hemos visto puede no existir fiduciario.

(42) Javier Apéstequi Zamora, *Historia, Desarrollo y Práctica en el Fideicomiso*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1975, p. 53.

(43) Villagorda, *op. cit.*, p. 159.



La "estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto que el fideicomiso puede constituirse a favor de los que no nacidos y aun para finalidades del todo ajenas a las personas." (44)

## \* VI. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

"En 1935 apareció la monografía de Remo Franceschelli 'Il trust nel Diritto Inglese' en la cual se identificaba al trust con el negocio fiduciario. Por negocio fiduciario entiende Franceschelli, la transacción por la cual se hace constar que las partes se obligan a algo que no es a lo que realmente están obligadas pero que sirve de soporte a la verdadera obligación." (45)

"El negocio fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto, que sólo tiene eficacia interna entre las partes." (46)

"El negocio con fines indirectos es para Kholer, Regelsberg, Messina, etc., aquel que emplean las partes para conseguir fines diversos de aquellos que les son propios, habida cuenta su típica estructura." (47)

"Si concretamos más dentro del campo de los negocios indirectos encontramos que el fideicomiso, por la naturaleza del negocio empleado -traslación- y el exceso de los resultados típicos de éste sobre los fines perseguidos, debe referirse a los negocios fiduciarios." (48)

El jurista mexicano Joaquín Rodríguez agrega lo siguiente:

"No solamente es el fideicomiso un negocio fiduciario, sino que es también un negocio jurídico indirecto, en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otros. Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantías de obligaciones, para

administración, etc.), podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., etc., máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es la base de nuestro sistema jurídico privado). Por eso, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto a la transmisión de dominio, que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes. La transmisión se quiere realmente, pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan, los que podríamos obtener mediante la utilización de otros negocios jurídicos." (49)

"El negocio fiduciario -es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca. Consta: (1) De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto o irrevocable. (2) De un contrato obligatorio negativo: la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero." (50)

El jurista colombiano Sergio Rodríguez se inclina por fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso como negocio fiduciario, de la siguiente manera:

"Esta teoría acepta que la fiducia mercantil es una especie de negocio fiduciario por concurrir en ella dos elementos: (real) de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y (personal), de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre las partes. No puede afirmarse, sin embargo, que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión. Además, debe observarse que no se trataría en todo caso de un negocio fiduciario puro por cuanto él no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso, en el sentido de traición a la voluntad del constituyente que quedase impune por no existir control distinto sobre el cumplimiento de la misma que la propia conciencia del fiduciario, como sucedía en las manifestaciones primitivas en estos negocios. Por ello, y por este aspecto, tendría que decirse que es una especie de negocio fiduciario impuro." (51)

(44) Batiza, 'El Fideicomiso...', p. 151.

(45) Kozolchyk, *op. cit.*, p. 48.

(46) Cervantes, *Títulos y Operaciones...*, p. 296.

(47) Luis Muñoz, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, Buenos Aires, Editorial Universidad, Tomo I, 1981, p. 34.

(48) Manuel Lizardi Albarrán citado por Batiza, *El Fideicomiso: teoría...*, nota 227, p. 131.

(49) Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., decimoséptima edición, Tomo II, 1983, p.120.

(50) Ferrara citado por Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 297.

(51) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 620.



La teoría del negocio jurídico aplicable al trust anglosajón, debe rechazarse de plano a la luz de nuestro ordenamiento jurídico de tradición romanista. Entre las razones principales de este rechazo podemos citar las siguientes:

A. *El fideicomiso es un negocio único*

El negocio fiduciario está compuesto de dos negocios, uno real, externo y aparente, y otro obligacional y oculto, mientras que “el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o la ley, no de relaciones internas y secretas...”. (52)

En este mismo sentido, Batiza opina lo siguiente:

“El fideicomiso, y aquí repetiremos lo que antes dijimos sobre el trust, tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.” (53) (El subrayado es nuestro).

B. *En el fideicomiso el fin debe ser lícito y determinado*

En el negocio fiduciario “los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto...”<sup>54</sup>, mientras que en el fideicomiso los fines tienen que ser lícitos y predeterminados en el acto constitutivo<sup>(55)</sup>, y principalmente, porque los fideicomisos con fines secretos se encuentran prohibidos.<sup>(56)</sup>

(52) Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 297.

(53) Batiza, ‘El Fideicomiso...’, p. 133.

(54) Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 133.

(55) Véase el *Código de Comercio*, artículo 633.

(56) Véase el *Código de Comercio*, artículo 661, inciso a)

La publicidad es una de sus características dado que el fideicomiso en el cual hay traslación de bienes hacia la esfera del fiduciario debe inscribirse en el registro público.<sup>(57)</sup>

El fideicomiso no es un negocio fiduciario “puesto que del análisis de los artículos 633 y 634 del Código de Comercio de Costa Rica encontramos que el fin tienen que ser lícito y determinado. En el negocio fiduciario, aunque en apariencia el fin se presenta lícito, por ejemplo el traspaso de un inmueble por compraventa, la finalidad última no trasciende, por lo que no es determinable.”<sup>(58)</sup>

C. *El fideicomiso es un negocio típico*

En efecto, el fideicomiso es un negocio típico en el Código de Comercio, mientras que el negocio fiduciario es un negocio atípico no regulado en ningún cuerpo legal.

“El fideicomiso es un negocio nominado, esto es, reglamentado, tipificado; el negocio no es típico, es un contrato innominado. Las relaciones entre fiduciante y fiduciario se rigen por la estricta buena fe; las relaciones entre las partes del fideicomiso están reguladas por la ley y por el acto constitutivo del negocio...”.<sup>(59)</sup>

CH. *En el fideicomiso los resultados no exceden el fin perseguido*

Para el jurista colombiano Sergio Rodríguez, en el fideicomiso como negocio fiduciario, no existe desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca.<sup>(60)</sup>

El connotado jurista se encuentra en un error, al considerar que el fideicomiso está compuesto por dos negocios diferentes, puesto que se trata de un único negocio, con finalidades propias del mismo, que las partes conocen y por tal motivo lo utilizan como figura jurídica.

En el fideicomiso “no es posible considerar que las partes lo constituyan con el fin de obtener resultados que exceden a los exigidos por

(57) Véase el *Código de Comercio*, artículo 636.

(58) Apéstegui, *op. cit.*, p. 41.

(59) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El Fideicomiso...*, nota 230, p. 133.

(60) Ver Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 620.



el fin práctico perseguido, ya que la figura jurídica del fideicomiso tiene finalidades específicas que aunque en algunos casos sean semejantes a las otras figuras contenidas dentro de nuestro ordenamiento positivo, estas últimas no serían suficientes para alcanzar los fines perseguidos por el fideicomiso, fines que son propios de la institución y son los mismos que las partes quieren, sea que las partes están conscientes del empleo de las formas del fideicomiso para obtener resultados propios de la institución y que implican el fin práctico deseado.” (61)

En el fideicomiso existe “un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.” (62)

#### D. *El negocio fiduciario no es acto unilateral*

El jurista mexicano Maximino Arrechea Alvarez establece lo que sigue:

“El fideicomiso, como negocio, existe independientemente de que haya un contrato con una fiduciaria; es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio la fuente del negocio fiduciario está en el doble contrato entre fiduciante y fiduciario. La fiducia es el resultado de un acto bilateral; el fideicomiso lo es de un acto unilateral.” (63)

### VIII. *EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO*

#### A. *El negocio jurídico*

En nuestros días se considera “que la Teoría del Negocio Jurídico ha absorbido la del Contrato, que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables.” (64)

En igual sentido, señala Petit que “que la frase negocio jurídico ha

(61) Apéstegui, *op. cit.*, pp. 41-42.

(62) Villagorda, *op. cit.*, p. 104.

(63) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El Fideicomiso...*, nota 230, p. 133.

(64) Mario Ramírez Segura, ‘Nociones sobre la Teoría del Contrato’, *Revista Judicial*, San José, Año 2, Nº 5, setiembre de 1977, p. 60.

prevalecido sobre la de acto jurídico, ya que ésta tiene un alcance mayor que la de negocio, en atención a que abarca todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque no estén éstos determinados por la voluntad que los ejecuta, mientras que la palabra negocio comprende los actos de declaración de voluntad con intención de producir un efecto jurídico.” (65)

“Pero este querer del hombre de producir efectos jurídicos no es libérrimo. Esta circunscrito a los efectos que la norma jurídica, la ley, da al acto.” (66)

“Con arreglo, pues, a la idea anteriormente expuesta, y aceptando en este punto la definición del negocio jurídico que expresa un ilustre profesor y publicista, puede considerarse el negocio jurídico como el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos queridos por quien los realiza.” (67)

En forma similar el profesor Víctor Pérez indica que “El negocio jurídico es una programación objetiva de intereses.” (68) Y señala que “Tradicionalmente se la define como una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.” (69)

En función de la teoría del negocio jurídico es factible explicar en forma plena la naturaleza jurídica del fideicomiso. (70)

(65) Eugène Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editorial Porrúa, S. A., séptima edición, 1990, p. 178.

(66) Sotela Montagné (Rogelio), ‘Hechos, Actos y Negocios Jurídicos como Génesis de los Derechos Subjetivos’, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Nº 15, junio de 1970, p. 169.

(67) Arias Ramos citado por Petit, *op. cit.*, p. 177.

(68) Pérez, *op. cit.*, p. 207.

(69) Cariota Ferrara citado por Pérez, *op. cit.*, p. 207.

(70) En sentido contrario, tenemos la siguiente posición: “Puede verse que es innecesario recurrir a conceptos ajenos a nuestra tradición jurídica, como el de ‘negocio jurídico’... del Pandectismo alemán del siglo XIX, para encuadrar al fideicomiso en nuestro sistema legal...”. (Batiza, *Principios Básicos...*, nota 41, pp. 35-36).



B. *El Fideicomiso como negocio jurídico*

1. *Constitución del fideicomiso como negocio jurídico unilateral*

Lo primero que se debe preguntar es ¿qué es lo mínimo que se requiere para la constitución de un fideicomiso?

El jurista mexicano Joaquín Rodríguez explica lo siguiente:

“Normalmente, el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad..., no puede modificarlo, si no es el consentimiento del fideicomisario... y produce efectos frente a terceros por su aplicación..., todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomisario, pero no para su perfección jurídica.” (71)

Otras opiniones sobre este tema son las siguientes:

“...en éste (el fideicomiso) como en el trust expreso, hay un acto libre constitutivo del mismo y hay costumbre en denominar fideicomiso a lo que no es sino la situación engendrada por la voluntad unilateral del fideicomitente, en otras palabras, la constitución del fideicomisario es efecto de la voluntad unilateral de su creador, que puede manifestar por testamento o por cualquier otro acto entre vivos.” (72)

“...creemos que no es forzosamente un acto consensual el fideicomiso y que puede ser, y de hecho lo es y viene siéndolo, constituido por declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente.” (73)

“Hemos indicado ya que el Fideicomiso de acuerdo con nuestra Ley puede nacer en virtud de una manifestación unilateral de voluntad, a pesar de que la intervención de tres personas en su funcionamiento, pudiera inducirnos a creerlo de manera distinta.” (74)

“De esto se desprende que el fideicomiso puede nacer simplemente de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, siempre que se llenen los requisitos de capacidad y forma y estando dicha declaración encaminada a la consecución de un fin lícito.” (75)

(71) Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 120.

(72) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El fideicomiso...*, nota 228, p. 132.

(73) Roberto Molina Pasquel citado por Batiza, *El fideicomiso...*, nota 228, p. 132.

(74) Pintado Rivero citado por Batiza, *Ibidem*.

(75) Dinorah Sanabria citado por Batiza, ‘El fideicomiso...’, nota 228, p. 132.

La manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente constituye el elemento indispensable para que surja a la vida jurídica el fideicomiso.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 633 establece que ‘el fideicomitente transmite al fiduciario’, mientras el artículo 659 señala que tal manifestación sólo debe reunir el requisito de ser por escrito. A su vez, de los artículos 638 y 639 se desprende que el fiduciario puede llegar a faltar, lo que no constituye un obstáculo para que el fideicomiso continúe existiendo jurídicamente.

2. *La facultad de revocación*

Por otra parte, las causas de extinción de los fideicomisos se encuentran expresamente señaladas en el artículo 659 del mismo cuerpo legal. Debe indicarse que en el inciso d) se establece la revocación unilateral del fideicomiso por parte del fideicomitente, pero debe entenderse que esta facultad sólo puede operar cuando en el acto constitutivo se encuentre señalada en forma expresa.

Pero aún en el caso de que en la escritura constitutiva el fideicomitente se haya reservado la facultad de revocación, conforme al mismo inciso d) mencionado en el párrafo anterior, ‘deberán quedar garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso’. Todavía más, esta facultad de revocación no la puede ejercer en forma arbitraria, de lo contrario, aunque se encuentra señalada en forma expresa en el pacto constitutivo, puede devenir en una cláusula absolutamente nula, conforme a los preceptos estatuidos en los artículos 14 y 1023 del Código Civil. (76) (77)

Lo anterior sirve para reafirmar la tesis que la manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente es suficiente para constituir un fideicomiso, y producir los efectos jurídicos que las normas de ésta prevén.

(76) Debe exceptuarse de la aplicación analógica y supletoria del artículo 14 y 1023 a los fideicomisos testamentarios.

(77) Debe tenerse presente que la mayor parte de los contratos de fideicomiso son suscritos por los bancos comerciales, que se pueden calificar como contratos bancarios masivos, es decir, que estamos frente a contratos de adhesión, a los cuales se les debe aplicar el artículo 1023 del Código Civil. La anterior opinión es compartida por el Lic. Ronald Drake, expositor en el Seminario: Fideicomiso y sus aplicaciones en la actividad bancaria y el movimiento cooperativo, realizado el 27 de mayo de 1992.



### 3. El fideicomiso como negocio bilateral y plurilateral

No obstante lo anterior, el fideicomiso también se puede constituir por la manifestación de dos voluntades, por lo que en este caso, estaríamos ante un contrato o negocio jurídico bilateral. De ser esta la naturaleza jurídica del fideicomiso, sería de aplicación la excepción de contrato no cumplida estatuida en el artículo 692 del Código Civil.

De todas formas, resulta interesante observar como a pesar de que un fideicomiso surge a la vida jurídica como contrato, si el fiduciario renuncia, conforme al artículo 638 puede ser sustituido, no extinguiéndose el contrato de fideicomiso, ocurriendo esto último, sólo en casos en que no sea posible sustituir al fiduciario, sea que no se encuentre sustituto o que el fideicomiso sólo pueda ser ejecutado por el fiduciario que renunció.

Estas excepciones a la continuación de la existencia del fideicomiso por renuncia del fiduciario, también se presentan en aquellos fideicomisos que se han constituido por la sola voluntad del fideicomitente, lo cual reafirma que la naturaleza jurídica del fideicomiso consiste en un negocio jurídico unilateral.

Por otro lado, el fideicomisario que es un tercero beneficiario, se convierte en parte, una vez que la declaración de voluntad del fideicomitente haya producido los efectos de ley.

Lo anterior, se puede advertir con sólo observar las facultades que el fideicomisario tiene respecto al patrimonio fideicometido y del fiduciario (78), y principalmente, lo establecido en el Código de Comercio, artículo 659 inciso c), que señala que el fideicomiso se extingue 'por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario'. Esto lleva a afirmar que el fideicomiso puede asumir, en su fase de eficacia, la forma de un negocio jurídico plurilateral, aunque para su perfeccionamiento baste tan solo la voluntad del fideicomitente.

"Explicando la naturaleza jurídica de la institución que había adaptado, Alfaro indicó: 'El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes.' (79)

(78) Véase el Código de Comercio, artículo 654.

(79) Batiza, Principios Básicos..., p. 36.

Aunque pueden existir fideicomisos sin fideicomisario determinado (80), no cabe duda, que en los que sí requieren de un fideicomisario, una vez que este acepte los beneficios del fideicomiso, asume una posición de parte esencial.

Si bien entre las causas de extinción de los fideicomisos nada se dice respecto a la falta del fideicomisario, en esta situación se considera, salvo que cada contrato defina otra cosa, que sería de aplicación el artículo 659 inciso a), que dice así:

"El fideicomiso se extinguirá:

- a) Por la realización del fin para el que éste fue constituido, o por hacerse éste imposible."

Una vez constituido en parte el fideicomisario, si este renuncia a los beneficios que en su favor se han estipulado, el fin del fideicomiso se haría imposible, razón por la cual, el mismo se extinguiría. En estos casos, se aplicaría el artículo 600 para resolver el destino de los bienes fideicometidos.

En resumen, se puede afirmar que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un negocio jurídico unilateral, y que en su fase de eficacia, es decir para su debida ejecución, sí requiere del fiduciario y del fideicomisario. En otras palabras, de reducir el fideicomiso a su mínimo, no quedaría más que la manifestación de voluntad del fideicomitente,

En términos similares se expresa el jurista mexicano Maximino Arrechea Alvarez:

"La ejecución del fideicomiso, que implica una serie de actividades a cargo de la fiduciaria, exige normalmente la celebración de un contrato, concertado entre el fideicomitente, el fideicomisario en su caso, y una o varias instituciones fiduciarias. La aceptación del fiduciario no viene a perfeccionarlo como negocio bilateral o contrato: simplemente hace posible su ejecución, pues el fideicomiso es perfecto desde que reúne sus elementos esenciales." (81)

(80) "El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo, se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicometido se levante una estatua a un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico...".

(Cervantes Ahumada, **Títulos y Operaciones...**, p. 300).

Esta clase de fideicomisos son determinados en la legislación costarricense como fideicomisos honorarios, y se encuentran establecidos en el artículo 655 del Código de Comercio.

(81) Arrechea Alvarez citado por Batiza, **El Fideicomiso...**, nota 230, p. 133.



Sin embargo, discrepo de esta última posición en el sentido de que si bien el fideicomiso surge a la vida jurídica por disposición de una manifestación unilateral de voluntad, en su fase de ejecución, al concurrir el fiduciario y el fideicomisario, el acto universal que dio vida al fideicomiso, se transforma en un negocio jurídico bilateral o plurilateral. 7

#### VIII. A MANERA DE CONCLUSION

Luego de determinada la naturaleza jurídica del fideicomiso de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, no resta más que finalizar este breve ensayo explorando una definición de fideicomiso, que podría ser la siguiente:

"El fideicomiso es un negocio jurídico (**programación objetiva de intereses**) único y típico (**unilateral, bilateral o plurilateral**) en virtud del cual una persona física o jurídica (**fideicomitente**) trasmite a otra (**fiduciario**) la propiedad de bienes o derechos (**patrimonio separado del fideicomitente y del fiduciario**) (**propiedad fiduciaria**), para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (**fideicomisario**)."

## LEY DE DERECHOS DE AUTOR

### Aspectos sujetos a debate en la legislación de Panamá y Costa Rica

Dr. Jorge Enrique Romero - Pérez (\*)

Catedrático.

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Profesor de Derecho Administrativo  
y de Derecho Económico Internacional

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

(\*) Fax (00-506) 259-4844



ABSTRACT  
RESUMENI. *Introducción*II. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*

1. *Obras artísticas y literarias*
2. *Ley panameña. Artículos 1 y 2*
3. *Definiciones en la ley costarricense y panameña*
4. *Cobertura*
5. *Autores extranjeros*
6. *Diccionarios o enciclopedias*
7. *Compete al autor autorizar*
8. *Cárcel*
9. *Secuestro*
10. *Acción civil*
11. *Demanda civil*
12. *Arbitros*
13. *Doble vía: penal y civil*
14. *Acción penal pública*
15. *Prescripción de la acción penal*
16. *Presunción de inconstitucionalidad*
17. *Ley panameña:*
  - a) *cárcel*
  - b) *aumento en una tercera parte de las sanciones*
  - c) *multas añadidas*

18. *Consideraciones prácticas*

- a) *Caso Pavas*
- b) *Caso Juzgado de turno de San José*
- c) *Heterogeneidad de criterios*

III. *A modo de conclusión*IV. *Bibliografía básica*

## ABSTRACT

This article analysis the polemic aspects that are present in the Author Right Law not only in Costa Rica but also in Panamá. The Costa Rican Law was promulgated in 1982 but important reforms were performed in 1994, year in which the Panamanian Law was created.

Since the two laws are quite new, it means that there is a long way to go since there is lack of knowledge and experience in how to apply them.

## RESUMEN

Este artículo analiza aspectos polémicos de la Ley de Derechos de Autor en Costa Rica y Panamá. La legislación costarricense fue promulgada en 1982 y sujeta a reformas en 1994. En este mismo año, Panamá emitió su respectiva ley.

Esta legislación nueva deviene en conocimientos y experiencias futuras, configurantes de una especialización propia en el campo jurídico.

I. **INTRODUCCION**

Esta normativa jurídica presenta una serie de aspectos sujetos a debate. Esta clase de leyes responden a la presión y al neocolonaje ejercido por los países desarrollados en perjuicio de las naciones del Tercer Mundo. Todavía hay quienes afirman que el derecho nada tiene que ver con la política local e internacional. Lo hacen por ignorancia o por complicidad con el capital de aquí y de allá. Como si el derecho (normas y principios jurídicos) estuvieran suspendidos en el aire y sin ninguna relación con la sociedad y el poder. Saben que el derecho es política (relaciones de poder) expresado en normas llamadas jurídicas. Ideológicamente, encubren la realidad porque se sirven de ella y hacen un *modus vivendi* de esa tergiversación de las relaciones sociales.

Así por ejemplo, los países ricos le impusieron a Costa Rica las reformas de 1994 a la Ley de Derechos de Autor, bajo el pretexto de que eran requisito para entrar al GATT.

Asimismo, recordemos que en la Ronda Uruguay, estos temas de esta clase de propiedad, se discute el nombre de TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*).



## II. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Esta ley es la N° 6683 del 14 de octubre de 1982 y ha sufrido *reformas* publicadas en La Gaceta N° 89 del martes 10 de mayo de 1994.

Su **artículo 1** establece que las producciones intelectuales originales confieren a sus autores los derechos a los cuales se refiere esta ley. Los autores son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias y artísticas.

Agregando este **numeral 1** que:

por **obras literarias y artísticas** deben entenderse:

**todas** las producciones en los campos literario y artístico, cualquiera sea la forma de expresión, tales como:

libros, folletos, cartas y otros escritos

**además**, los programas dentro de los cuales se incluyen sus versiones sucesivas y los programas derivados;

**también**, las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de similar naturaleza, así como las obras dramático musicales, coreográficas, pantomimas, composiciones musicales con o sin ella y las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las artes aplicadas, tales como:

ilustraciones, mapas, planos, croquis,

y, las obras plásticas relativas a la geografía, topografía, arquitectura o las ciencias;

y, las obras derivadas como: adaptaciones, traducciones y otras transformaciones de obras originarias que, sin pertenecer al dominio público, hayan sido autorizadas por sus autores.

### 1. Obras artísticas y literarias

En este **artículo 1** la ley define lo que se entiende por obras artísticas y literarias.

Como se observa la definición es muy amplia, ya que ese fue el objetivo de los redactores de esta ley.

## 2. Ley panameña

La ley sobre la misma materia de *Panamá* es del 8 de agosto de 1994, es la última normativa promulgada en América Latina sobre este campo.

Su **artículo 1** afirma:

las disposiciones de la presente ley se inspiran en el bienestar social y el interés público, y protegen los derechos de los autores sobre sus obras literarias, didácticas, científicas o artísticas, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.

Los derechos reconocidos son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra y no están sujetos al cumplimiento de ninguna formalidad.

Los beneficios de los derechos que emanan de la presente ley requerirán prueba de la titularidad.

Quedan también protegidos los derechos conexos a que se refiere la presente ley.

Toda acción que tienda a reclamar los beneficios del derecho de autor tendrá efectos hacia el futuro.

En este **numeral 1** la ley panameña establece su ámbito de acción en su párrafo primero. En forma similar a la costarricense, tiene un sentido muy amplio.

A continuación se señalan las *definiciones* que se dan en estas leyes:

### 3. Definiciones de la ley costarricense y panameña

#### Ley costarricense 1982

#### art. 4 reforma de 1994

- a) **obra individual:** producida por un solo autor.
- b) **obra en colaboración:** la producida por 2 o más autores, actuando en común, y en la cual la participación de cada uno de ellos no puede ser disociada, por constituir la obra un todo indivisible.
- c) **obra anónima:** aquella en la cual no se menciona el nombre del autor, por determinación de éste.
- d) **obra seudónima:** aquella en que el autor se presenta bajo un seudónimo que no lo identifica.
- d) **obra inédita:** aquella que no haya sido comunicada al público, bajo ninguna forma, ni siquiera oral.



- e) **obra póstuma:** aquella que no haya sido publicada durante la vida de su autor.
- f) **obra originaria:** la creación primigenia.
- g) **obra derivada:** aquella que resulte de la adaptación de una obra originaria, siempre que sea una creación distinta, con carácter de originalidad.
- h) **obra colectiva:** aquella elaborada por un gran número de colaboradores, y de la que es imposible atribuir, a cualquiera de ellos, una determinada participación. Es una obra producida por iniciativa de persona física o jurídica, que la publica bajo su nombre.
- i) **editor:** persona física o jurídica que adquiere el difusión a distancia de derecho exclusivo de reproducir la obra.
- j) **reproducción fraudulenta:** aquella no autorizada.
- k) **productor cinematográfico:** empresa o persona que asume la iniciativa, coordinación y responsabilidad de la realización de la obra cinematográfica.
- l) **reproducción:** copia de obra literaria o artística, o de una fijación visual o sonora.
- ll) **publicación:** es el hecho de poner copias de una obra o de una fijación visual o sonora a disposición del público.
- m) **registro:** Registro nacional de derechos de autor y conexos.
- n) **programa de cómputo:** conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, gráficos, diseños o en cualquier otra forma que, al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que una computadora –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones– ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. También forma parte del programa su documentación técnica y sus manuales de uso.
- ñ) **distribución:** poner a disposición del público por venta, alquiler, importación, préstamo o cualquier otra forma similar, el original o las copias de la obra o fonograma.

#### Artículo 77

- o) **artista:** todo actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquier otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística.
- p) **fijación:** la incorporación de sonidos, de imágenes o de sonidos e imágenes sobre un soporte material permanente, que permita su reproducción o su comunicación al público.

#### Artículo 81

- q) **productor de fonogramas:** la empresa grabadora que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.
- r) **fonograma:** toda fijación sonora de sonidos de una ejecución o de otros sonidos.
- z) **videograma:** la primera fijación de secuencias de imágenes, con o sin sonidos, que pueda ser reproducida en películas, videodisco, videocassete o cualquier otro soporte material.

#### Artículo 85

- t) **organismo de radiodifusión:** la empresa de radio o televisión que transmita programas al público.
- u) **emisión de transmisión:** la difusión por medio de ondas radioeléctricas, de sonidos sincronizados con imágenes, para su recepción por el público.
- v) **videograma:** la primera fijación de secuencias de imágenes, con o sin sonidos, que pueda ser reproducida en películas, videodisco, videocasete o cualquier otro soporte material.
- w) **retransmisión:** la emisión simultánea o posterior de una emisión de un organismo de radiodifusión, efectuada por otro organismo de radiodifusión.

### Ley panameña 1994

#### art. 2

- 1) **autor:** persona natural que realiza la creación intelectual.
- 2) **autoridad competente:** Dirección general de derecho autor. A menos que la ley indique expresamente otra cosa.
- 3) **artista,** intérprete o ejecutante: persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma obra.
- 4) **comunicación pública:** acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o procedimiento, según lo establece la presente ley, que no consista en la distribución de ejemplares. Todo el proceso necesario y conducente para que la obra se ponga al alcance del público constituye comunicación.
- 5) **copia:** todo ejemplar de la obra, contenido en cualquier tipo de soporte material como resultado de un acto de reproducción.
- 6) **derechobabiente:** persona natural o jurídica a quien se transmiten derechos reconocidos en la presente ley.



- 7) **distribución al público:** es la puesta a disposición del público, del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.
- 8) **divulgación:** hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.
- 9) **editor:** persona natural o jurídica que mediante contrato con el autor o su derechohabiente, se obliga a asegurar la publicación de la obra por su propia cuenta.
- 10) **emisión:** difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para la recepción del público.
- 11) **expresiones del folclor:** son las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presumen nacionales o de sus comunidades étnicas, y se transmiten de generación en generación y reflejan las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.
- 12) **fijación:** incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.
- 13) **fonograma:** toda fijación exclusivamente de los sonidos de una representación, ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas son copias de fonogramas.
- 14) **obra:** creación intelectual original, de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
- 15) **obra anónima:** es la obra en la que no se menciona la identidad del autor, por su propia voluntad.
- 16) **obra audiovisual:** toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.
- 17) **obra de arte aplicado:** creación artística con funciones utilitarias o que está incorporada en un artículo útil, ya se trate de una obra de artesanía o producida en escala industrial.
- 18) **obra individual:** obra creada por una persona natural.
- 19) **obra inédita:** la que no ha sido divulgada con el consentimiento del autor o de sus derechohabientes.
- 20) **obra en colaboración:** obra creada en forma conjunta e independientemente por dos o más personas naturales.

- 21) **obra colectiva:** obra creada por varios autores, bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica que la publica con su propio nombre, y en la cual, por la cantidad de las contribuciones de los autores particulares o por el carácter indirecto de las contribuciones, se fusionan en la totalidad de la obra, de modo que resulta imposible identificar los diversos aportes de los autores participantes que intervienen en su creación.
- 22) **obra derivada:** aquella basada en otra obra ya existente, sin perjuicio de los derechos de autor de la *obra originaria* y de la respectiva autorización, cuya originalidad radica en la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en sus elementos creativos de su traducción a un idioma distinto.
- 23) **obra originaria:** obra primigeniamente creada.
- 24) **obra plástica o de bellas artes:** aquella cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla.
- 25) **obra radiofónica:** obra creada especialmente para su transmisión por radio o televisión.
- 26) **obra seudónima:** aquella en que el autor utiliza un seudónimo que no lo identifica. No se considera obra seudónima aquella en que el nombre empleado no arroja dudas acerca de la identidad civil del autor.
- 27) **organismo de radiodifusión:** ente de radio o televisión que transmite programas al público.
- 28) **productor:** persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, coordinación y responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa del ordenador.
- 29) **productor de fonogramas:** persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución y otros sonidos.
- 30) **programa de ordenador:** conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.
- 31) **publicación:** producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.
- 32) **reproducción:** fijación de la obra en un medio que permita su comunicación para la obtención de copias o parte de ella.



- 33) **reproducción reprográfica:** realización de copias en facsímil, de ejemplares originales o copias de una obra por medios distintos de la impresión, como la fotografía.
- 34) **titularidad:** calidad del titular de los derechos reconocidos por la presente ley.
- 35) **titularidad originaria:** surge por el acto de la creación de una obra.
- 36) **titularidad derivada:** surge por circunstancias distintas al acto de la creación, sea por mandato o presunción legal, sea por cesión mediante acto entre vivos o por transmisión *mortis causa*.
- 37) **usos lícitos:** aquellos que no interfieren con la explotación normal de las obras ni causan perjuicio a los intereses legítimos del autor, según lo dispuesto en el Título V de esta ley.
- 38) **uso personal:** reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona en un solo ejemplar, exclusivamente para el uso individual, en casos como la investigación y el esparcimiento personal.
- 39) **videograma:** fijación audiovisual incorporada en cassettes, discos u otros soportes materiales.

Estas definiciones están en las respectivas leyes con el objeto de que funcionen como conceptos legales. No se trata de un mero vocabulario o de un léxico especializado en esta materia, sino de conceptos con efectos jurídicos.

#### 4. Cobertura

Por su parte el numeral 2 de nuestra ley manda que esta normativa protege las obras de autores costarricenses domiciliados o no en el territorio nacional, y, la de autores extranjeros domiciliados en el país (Costa Rica).

#### 5. Autores extranjeros

El artículo 3 de nuestra ley manda que las obras de autores extranjeros domiciliados en el exterior, gozarán en Costa Rica de la protección que les acuerden las convenciones internacionales a que el país se adhiera. Para este efecto, los apátridas serán equiparados a nacionales del país de residencia.

#### 6. Diccionarios o enciclopedias

Al tenor del artículo 6 de nuestra normativa, el titular de los derechos de obras colectivas como diccionarios o enciclopedias, es la persona física o jurídica quien las ordena.

#### 7. Compete al autor autorizar

De conformidad con el numeral 16 (salvo indicación contraria expresa, nos estamos refiriendo a la legislación de Costa Rica), el autor le corresponde autorizar la:

- a) reproducción;
- b) traducción a cualquier idioma o dialecto;
- c) adaptación e inclusión en fonogramas, videogramas, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales;
- ch) (ahora sería d) por decisión de la Real Academia de la Lengua Española) comunicación al público, directa o indirectamente, por cualquier proceso y en especial por:
  - \* la ejecución, representación o declaración;
  - \* la radiodifusión sonora o audiovisual;
  - \* medio de parlantes, telefonía o aparatos electrónicos semejantes;
- d) cualquier otra forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse.

En este inciso d) (ahora e)) se da una situación al futuro indefinida e infinita. Por supuesto, que está redactada para cubrir cualquier posibilidad de utilización, proceso o sistema:

Por su sentido globalizante del presente y el futuro, la norma se vuelve absurda e inaplicable. Recordemos, que esta ley cobrará vigencia y efectividad ante los procesos judiciales que se presenten. Y, ante la disparidad de jueces (en sentido genérico) los "por tanto" de cada sentencia judicial podría ser diferente. De los diferentes ángulos con que se analice esta normativa d), es profundamente polémica. Por ello es recomendable que la Sala IV se pronuncie al respecto, mediante la acción correspondiente.

Este artículo 16 tiene un inciso final que atañe a la distribución.

#### 8. Cárcel

Tanto en la legislación panameña como en la costarricense se establece la cárcel como sanción para delitos creados por esta legislación. El numeral 117 (C.R.) manda incurrir en prisión de 1 a 3 meses:

- a) el responsable por la presentación, ejecución o audición públicas, o la transmisión de la obra literaria o artística, sin autorización de su autor;



- b) el responsable por la transmisión o la ejecución pública de fonogramas protegidos, sin la autorización de su productor;
  - c) el que viole cualquier determinación de la presente ley, cuando el delito no sea penado específicamente con otra pena.
- Este inciso c) fue declarado inconstitucional por la Sala IV, mediante resolución N° 3004 de las 14 hs. 30 mins. del 9 de octubre de 1992.

Por su parte el numeral 118 (C.R.) afirma que incurre en prisión de 3 a 8 meses:

- a) el que reproduzca, en obra suya, trozos de obra ajena protegida, en proporción superior al número de palabras o compases previstos en el artículo 70:

Art. 70 (C.R.):

*es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes, siempre que estos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio de autor de la obra original.*

- b) El que se apropie del título original ajeno protegido, de obra o periódico.

En lo pertinente al artículo 119 (C.R.) la prisión es de 1 a 3 años.

Aquí se citan 10 casos posibles .

- a) el que inscriba en el registro correspondiente como suyos obra literaria o artística, fonograma, interpretación o ejecución, fijada o no, o transmisión, ajenos y protegidos.
- b) el que reproduzca obra literaria o artística protegida sin la autorización de su autor.
- c) el que reproduzca fonograma protegido sin la autorización de su productor.
- ch) (ahora sería d)) el que fije y reproduzca o trasmita, interpretación o ejecución protegidas, sin autorización del artista.

- d) el que fije y reproduzca, o retransmita ~~emisión protegida sin autorización~~ del organismo de radiodifusión.
- e) el editor o impresor que reproduzca un número superior de ejemplares, del convenido con el autor de la obra.
- f) el que adapte, transporte, traduzca, modifique, compendie o refunda obra ajena protegida, sin la autorización del autor.
- g) el que dolosamente, con el título cambiado o suprimido y con el texto alterado publique obra ajena protegida, como si fuere propia, o de otro autor.
- h) el que venda, distribuya, guarde en depósito, importe o exporte ejemplares, fraudulentamente reproducidos, o de otra forma concorra en la defraudación del autor, artista, productor de fonogramas o del organismo de radiodifusión.
- i) el que alquile o dé en arrendamiento ejemplares de obras o fonogramas sin la autorización del titular del derecho.

En lo que a estos numerales se refiere (117 al 119) habría que indicar que en esta clase de conductas humanas que atañen a perjuicios patrimoniales, la sanción de cárcel es obsoleta como regla general e indiscriminada, por varias razones:

- primera: las cárceles están saturadas de internos;
- segunda: los Estados en América latina no tienen dinero para construir más cárceles ni para la alimentación de los internos;
- tercera: está contundentemente probado que la cárcel es una escuela del crimen y su objetivo teórico de readaptación a la sociedad es falso.

Entonces, ¿para qué seguir con la anticuada y perniciosa receta de la cárcel? En nuestro país, los internos de las cárceles tienen condenas en un 70 por ciento menores a 5 años. Si se van a entrenar en el delito por ese tiempo, ¿cuál es la utilidad y la función de la cárcel? ¿Adónde están las penas alternativas a la privación de libertad?

En otras palabras, en este terreno donde estamos, la privación de libertad no es saludable ni recomendable, porque se trata de lo que usualmente se conoce como “delitos patrimoniales o económicos”. Lo consecuente, es el establecimiento de penas pecuniarias, en estos “delitos de cuello blanco”. Aquí se recomienda la lectura –entre otros– de Nils Christie, Los límites del dolor, México: FCE, 1988, breviario No. 381; y Abelardo Sánchez y Marco del Mastro, Ser delincuente en Lima, Desco, 1993; Alessandro Baratta, Criminología crítica del derecho penal, México, Siglo XXI, 1986; Henry Issa El Houry, Solución alternativa de conflictos penales, San José, Ciencias Penales, N° 9, 1994.



Sería interesante plantear acciones judiciales ante la Sala IV en lo que se refiere a las sanciones de cárcel para esta clase de delitos patrimoniales respecto del valor constitucional de la libertad.

Asimismo, en lo que respecta al inciso h) del numeral citado 119, considero que al tener como sanción la cárcel es inconstitucional, pues afirma:

el que de otra forma concorra en defraudación.

Aquí la expresión abierta: “de otra forma” constituye un tipo penal apertus, pues no cabe –dada la trascendencia de la privación de libertad– decir que hay tipos penales semiabiertos o semicerrados; o más o menos cerrados o abiertos. Esa expresión es abierta y la consecuencia que tiene es que tiene como sanción la cárcel.

La Sala IV, mediante voto N° 1065-95 del 23 de febrero de 1995, consideró que la expresión “o de cualquier otra forma” no constituye el verbo activo de la conducta sancionada sino una de las formas en que ésta se puede consumir; es decir, la conducta que produzca la sanción será la defraudación del autor, artista, productor de fonograma u organismo de radiodifusión, tal es el verbo activo: defraudar. Atañe a conductas que produzcan la defraudación, circunstancia que cierra el tipo penal y hace que se conforme a la exigencia constitucional de la tipificación (Considerando IV).

Discrepo de este enfoque de la Sala IV por que hace distinciones entre verbos activos y pasivos, principales y secundarios, si es del caso, para justificar su argumento de que el verbo activo principal es defraudar y que no hay tipo penal abierto en la expresión: “o de otra forma”, porque ella cae dentro de este verbo defraudar. Esto es hilar delgado en favor de la norma, para no declararla inconstitucional, lo cual no es la primera vez que lo hace la Sala IV, como por ejemplo, en la Ley de Tránsito en que hizo a un lado la tesis de los intereses difusos (que la acepta cuando quiere y la rechaza cuando así lo dispone) argumentando que era necesario para presentar el recurso de amparo o la acción de inconstitucionalidad, acompañarla del parte (boleta de infracción) del agente de tránsito, para así afectar solo a los artículos del parte y salvar a los demás.

Lo cierto del caso es que la frase:

*“o de otra forma concorra en defraudación”*

es una frase abierta que define un tipo penal abierto y por lo tanto inconstitucional. La afirmación jurídica para que responda a la lógica del tipo penal simplemente debe decir:

*“el que defraude”.*

La expresión del artículo 119, inciso h) es inconstitucional:

*“el que de otra forma concorra en defraudación”.*

La sanción de este artículo es la cárcel de 1 a 3 años, es la sanción más fuerte para el ser humano: la cárcel; y, por ello este artículo no puede usar frases abiertas como la citada. Este artículo 119, en su inciso h) debe leerse así:

“h) el que venda, distribuya, guarde en depósito, importe o exporte ejemplares, fraudulentamente reproducidos, defraudando al autor, artista, productor de fonogramas (aquí no dice videogramas) o del organismo de radiodifusión.”

Aquí existe una apreciación equivocada de la Sala IV en favor de la vigencia de la ley en cuestión. Esta es una decisión política y no jurídica.

## 9. **Secuestro**

El artículo 125 (C.R.) establece que la reproducción ilícita y los equipos utilizados para ella, deben ser secuestrados y adjudicados, en la sentencia penal condenatoria, al titular de los derechos defraudados.

En el campo penal, el secuestro y la adjudicación de tales bienes quedarán indicados en la sentencia penal condenatoria; y, por supuesto, firme y definitiva. Antes no.

En otros términos tiene que haber un proceso penal con todos sus requisitos, trámites, etapas y niveles de apelación para que dé lugar al secuestro y adjudicación de dichos bienes, siempre y cuando exista una sentencia condenatoria, firme y definitiva.

## 10. **Acción civil**

En el terreno civil, el numeral 133 (C.R.) afirma que es necesario para ejercer la acción civil:

- 1) que la persona que pide el secuestro, veda, prohibición suspensión del acto, afirme que ha demandado o que va a demandar a la empresa o persona que esté violando o pretenda violar su derecho.
- 2) que la persona rinda garantía suficiente, para asegurar los posibles perjuicios que pudiera ocasionar, con su acción al demandado.



Si esa garantía no se ha rendido, el secuestro o embargo (ver art. 135 de esta ley y el capítulo VI del Código de procedimientos civiles) no se puede hacer legalmente; claro está que la vía de la arbitrariedad siempre está abierta y las sanciones a los agentes públicos arbitrarios siempre son muy difíciles de aplicar.

#### 11. ***Demanda civil***

Además, esta demanda civil tiene todos los requisitos establecidos en el CPC (Código de procedimientos civiles), al tenor del artículo 137 de la ley de marras. Indicando los numerales posteriores la tramitación de esta demanda civil y sus consecuencias. Institucionalizándose un juicio civil verbal (art. 139 de esta ley).

#### 12. ***Arbitros***

Su numeral 140 manda que como toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares, las partes pueden someterse a una sentencia compulsiva de árbitros, ya sea arbitradores o juris, aún cuando el asunto se esté ventilando en los tribunales de justicia.

Si las partes acuerdan ir al arbitraje, serán las disposiciones del título V del Código procesal civil las que serán aplicables (art. 141 de la ley de cita).

#### 13. ***Doble vía: penal y civil***

Al tenor del artículo 128 de la ley en análisis, la acción civil para la reparación del daño o perjuicio causado por las infracciones a esta ley, puede obtenerse dentro del proceso penal, o por separado ante la jurisdicción competente. Si el ofendido recurre al juicio civil, serán dos juicios independientes y la sentencia definitiva que recaiga en uno de ellos, no tendrá calidad de excepción de cosa juzgada en el otro juicio. Aquí, lo recomendable para el ofendido es establecer la acción civil (con todos sus requisitos) dentro del proceso penal, no haciendo dos juicios (uno civil y otro penal).

#### 14. ***Acción penal pública***

Señalemos, que según el numeral 126 de esta ley, la acción penal que origina las infracciones a esta normativa es pública y puede ser indicada por denuncia o acusación.

#### 15. ***Prescripción de la acción penal***

El numeral 127 de esta ley manda que transcurridos 3 años a partir del hecho que dé motivo al ejercicio de las acciones penales que consagra esta ley, no podrá establecerse procedimiento penal alguno contra los infractores.

#### 16. ***Presunción inconstitucional***

De acuerdo con el numeral 120 de nuestra ley, se presume ilícita toda reproducción o utilización hecha por quien no tenga la autorización expresa y escrita del titular de derechos de autor y conexos.

Evidentemente se trata de una presunción de culpabilidad, la cual es contraria a la presunción de inocencia que resguarda nuestra Carta Magna y sobre la cual la Sala IV se ha pronunciado en muchas ocasiones. La disposición de este numeral es tan abiertamente inconstitucional que no ofrece duda alguna sobre ello.

#### 17. ***Ley panameña***

##### a) *Cárcel*

En la legislación de Panamá también se establece la pena de cárcel en esta clase de delitos patrimoniales.

Su artículo 121 sanciona con prisión de 30 días a 18 meses a aquellos que se ubiquen en cualquiera de los 8 supuestos que contiene.

El numeral 122 establece la prisión de 2 a 4 años de conformidad con los 3 supuestos que allí prescribe.

El artículo 123 manda que la misma pena prevista en el numeral 122 se aplicará al que, sin autorización reproduzca o copie, por cualquier medio, la actuación de un intérprete o ejecutante, un fonograma, o una emisión de radiodifusión, en todo o en parte; o, que introduzca en el país, almacene, distribuya, exporte, venda, alquile o ponga en circulación de cualquier manera, dichas reproducciones o copias.

##### b) *Aumento en una tercera parte de las sanciones*

El numeral 124 permite que las sanciones puedan ser incrementadas en un tercio por el juez, cuando los delitos señalados anteriormente, sean cometidos respecto de una obra, interpretación o reproducción no destinada a la divulgación, o con usurpación que ponga en peligro su dignidad o la reputación de alguna de las personas protegidas por la ley.



c) *Multas añadidas*

Se pueden imponer multas, como pena accesoria, por el juez, al responsable de cualquiera de los delitos indicados en esta ley, de un monto de mil dólares ("balboas") a 20 mil ("balboa" = 1 dólar) balboas. Como es sabido esta unidad monetaria no existe, lo que circula en Panamá es el dólar.

18. *Consideraciones prácticas*

Durante los años 1994 y 1995 se han dado una serie de denuncias en torno a la ley de análisis, teniendo como denunciadores diversas personas e intereses, como es lógico. Interesa aquí destacar, de la trama de documentos elaborados.

a) *Caso Pavas. Desestimación.*

En una denuncia presentada en Pavas, el agente fiscal respectivo consideró que la denuncia presentada debía desestimarse porque la ley (art. 119, inciso h) exige un requisito esencial y es el perjuicio para el titular de esos derechos. Si bien la acción penal es pública no por ello debe presumirse que para el titular de los derechos existe un perjuicio, pues tal presunción sería contraria al principio de inocencia claramente consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política y el artículo 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El derecho penal no es sede correcta para discutir el mejor derecho sobre la explotación de obras intelectuales. Además, hacer una acusación contra una persona implica de por sí un riesgo para su libertad, es así que nuestra Constitución dispone que "nadie puede detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito". La acusación importa, constitucional y legalmente, la posibilidad de ejercer medidas de coacción que interesan derechos fundamentales. Así las cosas, según lo ha dispuesto la Sala Constitucional, si un agente fiscal requiere o acusa a una persona sin base o fundamento suficiente, al poner en peligro –sin fundamento o injustificadamente la libertad de una persona, en esas circunstancias, se debe declarar con lugar el hábeas corpus en contra de dicho funcionario, pues no es necesario que el sujeto se halle privado de libertad, basta la simple amenaza o peligro de perder la misma. El juzgado de instrucción de Pavas acogió esta petición de desestimiento del agente fiscal (16 hs. de 27 de marzo de 1995).

b) *Caso juzgado de turno de San José. Allanamiento y secuestro*

Aquí el resultado fue contrario al anterior, ya que se efectuó el allanamiento con fuerza en el llavín de entrada y desmantelamiento de las celosías para entrar al local determinado como el sitio donde se encontraban las cosas que debían secuestrarse. De lo que se indicó como objeto del secuestro, se llevaron 47 cajas conteniendo videocassetes, unos en blanco y otros con filmes.

La denuncia se puso el día 7 de abril de 1995 ante el Juzgado de Instrucción que estaba de turno, por ser Semana Santa. Tanto el caso de Pavas como este se fundaron en la violación por parte de una persona física del artículo 119 de la ley que analizamos.

La solicitud para que la jueza actuara fue hecha por el OIJ, como consta en la propia notificación efectuada por esta funcionaria al hacer el allanamiento y secuestro dicho. En esta situación no hubo reflexión ni investigación acerca de si procedía o no esta actuación judicial, sino que de inmediato se procedió a la misma. En el acta respectiva de la actuación judicial con agentes del OIJ, no se informa de modo expreso y claro que las 47 cajas citadas fueron decomisas y por ende se las llevaron (acta de allanamiento de las 15 hs. del 11 de abril de 1995. Goicoechea. San José).

c) *Caso Liberia*

En esta situación, se denunció a varios videoempresas, en base a la ley discutida aquí.

El Juzgado de Instrucción de Liberia (resolución del 10 de octubre de 1994) afirmó que la agencia fiscal no tenía fundamentación ni investigación pertinente, lo cual es esencial en materia penal por la gravedad de sus consecuencias y que de acuerdo a la Ley de Derechos de Autor no hay quien sea el titular de los derechos ni tampoco hay fundamentación acerca de que los videos que se alquilan produzcan fraude a los derechos de sus titulares, desestimando la gestión de procesamiento de la agencia fiscal.

d) *Heterogeneidad de criterios*

En estas situaciones, todo es muy circunstancial: unos agentes le dan curso a la denuncia, otros no; algunos jueces de instrucción proceden a allanar y secuestrar bienes, violándose la norma y el principio jurídico de que la posesión (en bienes muebles) vale por título legítimo de propiedad. Recuérdese aquí el caso de los llamados "topadores" de las casas de empeño de San José y la orden del Ministro de Gobernación de turno para secuestrar bienes muebles de sus negocios o locales. En esta



situación la Sala IV condenó al Estado por daños y perjuicios por ser esta acción inconstitucional al violar la norma constitucional que consagra la propiedad privada (art. 45) ( ver voto No. 2856-94).

Por otro lado, el allanamiento y secuestro solo es posible en la acción civil interpuesta en tiempo y forma, previo depósito de garantía, la cual responderá por los perjuicios causados al denunciado al tenor de la sentencia definitiva y firme respectiva. Antes, no proceden esas acciones en daño de la propiedad privada. En lo que compete a la vía penal, solo caben las citadas acciones en contra de la propiedad privada, si la sentencia penal –firme y definitiva– así lo manda (artículo –mencionado supra– 125: la reproducción ilícita y los equipos utilizados para ella, deben ser secuestrados y adjudicados, en la sentencia penal condenatoria, al titular de los derechos defraudados. Aquí la pregunta es: ¿quién es el tal titular y cómo lo prueba? Si se trata de documentos cuestionados por las partes tiene que ser en la vía civil.

En la vía civil es el artículo 133, que obliga a rendir la garantía correspondiente.

La realidad informa que hay disparidad en las acciones judiciales y en el comportamiento del Organismo de Investigación Judicial en torno a este debate en los tribunales penales sobre los artículos controversiales de la ley de derechos de autor y conexos.

### III. **A MODO DE CONCLUSION**

1. Esta ley de derechos de autor es relativamente nueva.
2. Al ser novedosa los jueces respectivos y los auxiliares de las autoridades judiciales (ver Ley orgánica del Poder Judicial) carecen de experiencia y por ello sus actuaciones son dispares, heterogéneas y disímiles. Pero, ello no obsta para que se haga la observación sobre esta irregular situación, ya que hay de por medio la libertad y el patrimonio de las personas, tutelados por la Constitución Política.
3. Alrededor de la aplicación de esta ley hay muchos intereses en juego y una gigantesca cantidad de dinero, tanto de capitalistas locales como extranjeros. Por ello, esta pelea en los estrados judiciales no es inocente, inocua e incolora ni menos insípida (referencia metafórica a los gases nobles).
4. Aún y a pesar de la anterior pugna de intereses y de dinero, hay campo o espacio para el análisis jurídico. Máxime si se toma en cuenta, por otra parte, la trama de normas de derecho internacional en juego, como por ejemplo los Convenios de Berna, Roma, disposiciones del GATT, del TLC y toda la gama de normas sobre derechos humanos.

5. Falta mucho terreno por recorrer en este espacio de los derechos de autor y conexos. Estamos ante una especialización más del derecho y esto significa la presencia también de especialistas, por cuanto el campo de acción es muy amplio: actores, compositores, programas de computación, autores, discos, música, etc. Todo esto hace muy atractivo e interesante el estudio y análisis de esta compleja problemática, sujeta a un debate fuerte, intenso y profundo.
6. Artículos 120 y 125 de la Ley de Derechos de Autor. El voto citado de la Sala IV, Nº 1065-95 del 23 de febrero de 1995, afirmó que los artículos 120 y 125 de la Ley de Derechos de Autor:

“no establecen ningún tipo penal ni sanciones de ningún tipo; y, que no puede haber ligamen entre esos numerales.”

#### Considerando VI:

el artículo 120 no establece ningún tipo penal, sino presunción de ilicitud que solo puede tener trascendencia en sede civil. Tampoco se establece una consecuencia jurídica absoluta, pues lo fija es una presunción, que carece de consecuencias penales.

#### Considerando VII:

el artículo 125 tampoco establece un tipo penal. Este numeral 125 no puede fundarse en el artículo 120, ya que el secuestro de bienes es producto de la sentencia penal.



## VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE REFERENCIA

- BEIR, Friedrich – Karl et al *Derechos intelectuales*  
(Buenos Aires: Ed. Astrea. 2 tomos, 1986).
- BLACK, Henry *Black's Law Dictionary*  
(St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993).
- BOGSCH, Arpad *El derecho de autor según la convención universal*  
(Buenos Aires: Ministerio de Justicia, 1975).
- CABRERA, Jorge *Implicaciones para Costa Rica de las nuevas tendencias en el sistema internacional de propiedad intelectual.*  
(San José: Acta Académica N° 11, UACA, 1992).
- La convención de diversidad biológica y los derechos de propiedad intelectual.*  
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 79, 1995).
- Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos.*  
(San José: Revista Judicial N° 60, 1994).
- Los contratos de propección de biodiversidad.*  
(San José: Acta Académica N° 16, 1995, UACA).

- CABRERA, Jorge *Algunas reflexiones sobre la diversidad biológica costarricense.*  
(San José: Acta Académica N° 14, 1994, UACA).
- Conocimiento indígena, derechos humanos y ambiente.*  
(San José: Acta Académica N° 14, 1994, UACA).
- Las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio en el marco regulador del GATT.*  
(San José: Acta Académica N° 13, 1993, UACA).
- Castro, Manuel *Derechos de autor y los derechos conexos de la producción musical en Costa Rica.*  
(San José: UCR, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1986).
- CASTRO, Nuria
- CESPEDES, Mario *Los contratos traslativos de derecho intelectual en torno a las obras cinematográficas y audiovisuales en general*  
(San José: tesis de grado en licenciatura de derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho, 1994).
- FALCONI, Miguel *Protección jurídica a los programas de computación*  
(Quito: Edino, 1991).



- FEDEPRICAP-SIECA *Diagnóstico de situación de la propiedad intelectual en Centroamérica*  
(San José: fotocopia, abril de 1995).
- Fundación para la investigación económica latinoamericana *Protección de los derechos de propiedad intelectual*  
(Buenos Aires: Eds. Manantial, 1990).
- GADBAUNW, M. et al *Intellectual Property Rights*  
(London: Westview Press, 1988).
- GARIBALDI, Vicente *Derecho de Autor*  
(Panamá: Eds. Gamar, 1995).
- Legislación panameña sobre derechos de autor*  
(Panamá: Ed. Signos, 1986).
- GONZALEZ, Anabel *Propiedad intelectual en el marco de la globalización comercial*  
(San José: Iustitia, N° 101, 1995).
- La Organización Mundial del Comercio: implicaciones para Costa Rica.*  
(San José: Iustitia, N° 102, 1995).
- HILL, Gerald  
Thompson, Kathleen *Real Life Dictionary of The Law*  
(Los Angeles: General Publishing Group, 1995).
- KATZ, Ephraim *The Film Encyclopedia*  
(New York: Perigee Books, 1982).

- LIBRARY OF CONGRESS *Copyright Law of USA*  
(Washington, D.C.: Copyright Office, 1994).
- USA Copyright Office*  
(Washington, D.C.: Copyright Office, 1995).
- The National Film Preservation Plan: an Implementation Strategy.*  
(Washington, D.C.: Copyright Office, 1995).
- Information Bulletin; and Circulars*  
(Washington, D.C.: The National Digital Library Program, Copyright Office, 1995).
- LIPSYC, Delia *Derechos de autor y derechos conexos.*  
(Buenos Aires: UNESCO, Ed. Zavalia, 1993).
- LOZANO, Raúl *Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.*  
(Panamá: III Congreso de Derecho Económico Internacional, ponencia, 1994).
- Ministerio de Cultura *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual.*  
(Madrid: 28 al 31 de octubre, 1991, 2 tomos).
- Ministerio de Justicia *II Congreso Nacional de Propiedad Industrial.*  
(San José, 6 al 8 de setiembre de 1993).
- OMPI *Simposio sobre propiedad intelectual, Universidad e Industria en América Latina.*  
(San José: 17 al 19 de setiembre de 1990).



- OMPI *VI Congreso internacional sobre la protección de los derechos intelectuales.*  
(México: 25 al 27 de febrero de 1991).
- PEREZ, Carmen *Derecho del autor: la facultad de decidir la divulgación*  
(Madrid: Civitas, 1993).
- QUESADA, Carlos *Influencia de la política comercial internacional de USA en la propiedad intelectual.*  
(San José: Facultad de Derecho, UCR, posgrado, 1995).
- ROMERO-PEREZ, Jorge Enrique *Trascendencia del reconocimiento de la propiedad intelectual.*  
(San José: conferencia en el II Congreso Nacional de propiedad industrial, 7 de setiembre de 1993).
- ROGEL, Carlos *Autores, coautores y propiedad intelectual*  
(Madrid: Tecnos, 1984).
- SHERWOOD, Robert *Propiedad intelectual y desarrollo económico*  
(Buenos Aires: Heliasta, 1992).

- Sociedad de autores de España *Propiedad intelectual. Legislación.*  
(Madrid: Civitas, 1988).
- STERN, R.  
SAENZ, E. et al *Intellectual Property*  
(Washington, D. C.: World Bank Publication, 1987; Michael, J. y Alechowski, A., "Handbook for the Multilateral Trade Negotiations").
- UNESCO *Boletín de Derechos de Autor*  
(París: UNESCO, 1994-1995).
- STERN, R.  
SAENZ, E. et al *La protección de la propiedad intelectual.*  
(Caracas: SELA, 1988).
- TSUR, Y. *Las patentes: reflexiones sobre tecnología y desarrollo.*  
(México: Comercio Exterior, abril de 1989).
- U. S. International Trade Comision *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effects on US Industry and Trade.*  
(Washington, D. C.: Usitc Publication, 1988).
- VEGA, José *Derechos de autor*  
(Madrid: Tecnos, 1990).
- VILLASUSO, Juan  
YONG, Marlon *La Propiedad intelectual y el libre comercio en Centroamérica*  
(San José: FEDEPRICAP. 1993).



WIESE, Michael

*The Independent Film & Video-makers Guide*

(Ann Arber: Michael Wiese Productions, 1990).

LEYES:

*Ley de derechos de autor*, Nº 6683 (1982) (Reformas de 1994).

*Ley de Espectáculos Públicos*, Nº 7440 (1994).

CONVENIOS:

*Convenio de Berna* de 9 de setiembre de 1886 para la protección de obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971.

*Convención Universal de Ginebra* del 6 de setiembre de 1952 sobre derechos de autor, revisada en París el 24 de julio de 1971.

*Convención Internacional de Roma* de 26 de octubre de 1961 sobre protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

## LA CONVENCION DE DIVERSIDAD BIOLOGICA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Lic. Jorge Cabrera Medaglia

Abogado costarricense



- A. Historia de la negociación
- B. Principales artículos del Convenio
- C. La Interpretación
- D. Patentes de Invención
- E. Derechos de obtención vegetal
- F. Derechos de Propiedad Intelectual y formas de vida
- G. Conclusiones

Un total de 157 naciones firmaron en Río de Janeiro en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Convención sobre la Diversidad Biológica.

Asimismo, cerca de 53 países la han ratificado, con lo cual entró en vigencia el día 29 de diciembre de 1993. Ambas circunstancias sin duda constituyen un récord en esta materia y son sintomáticos de la importancia atribuida a este acuerdo internacional.

El convenio presenta particularidades interesantes, al configurar una mezcla singular de comercio, ambiente y transferencia de tecnología, que lo convierte en una compleja normativa de orden altamente político. Sin embargo, como nota sobresaliente los Estados Unidos, no firman el acuerdo internacional, pese a las fuertes presiones de la comunidad mundial. Fundamentalmente adujeron una inadecuada protección a los derechos de propiedad intelectual. Las causas de esta postura las analizaremos con detalle más adelante.

Este panorama ha conducido a varios autores <sup>(1)</sup> de los países desarrollados, a efectuar diversos tipos de análisis tendientes a demostrar la compatibilidad de la Convención con los derechos de propiedad intelectual. La nota común de los mismos parece estar constituida por una interpretación sistemática y en ocasiones histórica del articulado del Acuerdo Internacional, que les permite arribar a la anterior respuesta. Queremos expresar algunas palabras en torno a esta posición.

Previamente es imprescindible efectuar una somera descripción del Convenio Internacional y de sus antecedentes históricos.

#### A. HISTORIA DE LA NEGOCIACION

De conformidad con las recomendaciones de la Asamblea General de UICN- la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza de 1984 y 1987, se había planteado la posibilidad de elaborar un Convenio sobre la diversidad biológica, que facilitara su conservación y uso sostenible. Diversos borradores de texto fueron acabados por expertos de la Unión, con la ayuda de otros entes con entes con alguna experiencia en la materia.

(1) GOLLIN, MICHAEL, An Intellectual Property Rights Framework for Biodiversity Prospecting, en *Biodiversity Prospecting*, World Resources Institute, New York 1993; GOLLIN, MICHAEL, The Convention on Biological Diversity an Intellectual Property Rights, en la misma obra citada; PORTER G., The False Dilemma: The Biodiversity Convention and Intellectual Property Rights, *Environmental and Energy Study Institute*, Washington, 1992; y DUESING, JOHN, The Convention on Biological Diversity: Its implications on biotechnology research, *Agro Food Industry Hitech*.



Por otra parte, en 1987, el Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), estableció un grupo de trabajo ad hoc con el objeto de formular una convención paraguas sobre biodiversidad. De conformidad con la decisión 14/26 del Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), de 17 de junio de 1987, se creó el Grupo de Trabajo especial de expertos sobre la diversidad biológica que celebró tres períodos de sesiones entre noviembre de 1988 y julio de 1990. Sobre la base del informe final del Grupo de Trabajo especial de expertos, y de conformidad con su decisión 15/34, de 25 de mayo de 1989, el Consejo de Administración estableció el Grupo de Trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos, al que se confió el mandato de negociar un instrumento jurídico internacional para la conservación y utilización racional de la diversidad biológica. El Grupo de Trabajo especial celebró dos períodos de sesiones de negociación en Nairobi, en noviembre de 1990 y en febrero/marzo de 1991. En su decisión 16/42, de 31 de mayo de 1991, el Consejo de Administración del PNUMA cambió el nombre del Grupo de Trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos sobre la diversidad biológica por el de "Comité Intergubernamental de Negociación (CIN) de un Convenio sobre la Diversidad Biológica", que celebró las siguientes reuniones: el tercer período de sesiones de negociación/primer período de sesiones del CIN, en Madrid, España, del 24 de junio al 3 de julio de 1991; el cuarto período de sesiones de negociación/segundo período de sesiones del CIN, en Nairobi, Kenya, del 23 de septiembre al 23 de octubre de 1991; el quinto período de sesiones de negociación/tercer período de sesiones del CIN, en Ginebra, Suiza, del 25 de noviembre al 4 de diciembre de 1991; el sexto período de sesiones de negociación/cuarto período de sesiones del CIN, en Nairobi, Kenya, del 6 al 15 de febrero de 1992; y el período de sesiones de negociación final en Nairobi, Kenya, del 11 al 22 de mayo de 1992.

## B. PRINCIPALES ARTICULOS DEL CONVENIO

A nuestros efectos, es decir determinar la compatibilidad de los sistemas de propiedad intelectual con las obligaciones estipuladas en el tratado internacional, haremos referencia a algunas disposiciones del mismo.

El preámbulo de este instrumento internacional, reafirma el valor de los recursos genéticos y el derecho soberano de cada Estado sobre su diversidad biológica.

Asimismo, los objetivos del convenio están constituidos por la

conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y *la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta a todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías*, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 3 establece que de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el *derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental*. Esta frase, constituye la culminación de una ardua lucha para reconocer a los recursos genéticos, su pertenencia a cada nación y descartar de esta manera, la consideración de estos como bienes de libre acceso o como Patrimonio Común de la Humanidad. Esta declaración, reiterada en el preámbulo, debe ser complementada por las disposiciones del artículo 15 del Convenio (Acceso a los Recursos Genéticos).<sup>(2)</sup>

Este artículo regula lo concerniente a la facultad de cada gobierno, de conformidad con su legislación nacional, para controlar el acceso a los recursos genéticos (inciso 1). No obstante cada parte contratante deberá facilitar el acceso a esos recursos para utilizaciones ambientalmente adecuadas y no imponer restricciones contrarias a los objetivos de la Convención (inciso 2).

El acceso se encuentra sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante, salvo que ésta disponga otra cosa y se efectuará en condiciones mutuamente acordadas (incisos 4 y 5)

Igualmente en el artículo refiere que cada parte procurará promover y realizar investigaciones basadas en los recursos genéticos proporcionados por esa parte con plena participación de las partes contratantes, y de ser posible en ellas (inciso 6). Por último, cada parte podrá tomar las medidas legislativas, administrativas o de políticas, según proceda, de conformidad con los 16 y 19 para *compartir en forma justa y equitativa, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole con la parte contratante que aporta esos recursos*. Esta participación se efectuará en condiciones mutuamente acordadas. La idea de estas disposiciones es clara: si se realizan investigaciones que tienen como fundamento recursos genéticos, tanto los resultados (un nuevo

(2) Desde 1972, la Declaración de Estocolmo, principio número 21, había reconocido el derecho soberano de cada nación sobre sus recursos naturales. La Convención, traslado tal postulado a un contexto específico y a un documento jurídicamente vinculante.



conocimiento) como los beneficios (un porcentaje de eventuales royalties) deben de ser compartidos entre quien aporó los mismos y quien obtuvo los resultados o se aprovechará de los beneficios. Por supuesto que esta disposición se encuentra calificada por la procedencia de condiciones mutuamente acordadas.

El acceso a los recursos genéticos, se encuentra complementado con las disposiciones de los artículos 16 y 19 del texto. Los países en desarrollo, utilizaron su capacidad de detenedores de recursos genéticos para negociar normas internacionales de acceso a la tecnología y su transferencia, preocupación común desde los años setenta, ahora agravada por dos motivos. Primero la utilización de recursos genéticos como materia prima para una de las tecnologías más importantes del futuro: la Biotecnología. No obstante, el valor de esa materia prima así como la contribución de los agricultores y pueblos indígenas en el mejoramiento de cultivos y animales o en la medicina natural y el combate de plagas, son desconocidos. Segundo, más que nunca esta nueva tecnología se encuentra en manos del sector privado. Esta posición, de incluir normas referentes a la tecnología y la distribución de los beneficios derivados del uso de diversidad biológica, fue rechazada en un principio por varias naciones desarrolladas, que buscaban un convenio "más clásico" referido a temas de conservación y de utilización de la biodiversidad, como había sido la técnica de otros tratados internacionales. Por supuesto que surgieron también las indicaciones a los derechos de propiedad intelectual y la necesidad de garantizar su adecuada protección. Máxime cuando a raíz de las negociaciones comerciales, fundamentalmente la Ronda Uruguay del GATT y el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, uno de los puntos que se negociaban era el fortalecimiento de la normativa sobre derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, el artículo 19 (Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios), se enmarca por la misma línea del artículo 15 restringida eso sí, a la investigación biotecnológica (inciso 1). Asimismo, menciona la potestad de cada parte para adoptar las medidas practicables para *promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes*. La misma clarificación, en términos mutuamente acordados, se emplea en este artículo.

Quizá, el artículo más controversial de este Convenio es el 16 (Acceso a la tecnología y transferencia de tecnología). El origen de esta norma, demuestra cuál ha sido la discusión de fondo de este convenio: los países en desarrollo, utilizaron su potencial de dueños de los recur-

sos biológicos para negociar normas relativas a la transferencia de tecnología en particular la situación de la biotecnología.

Según este texto, cada Parte Contratante, reconoce que la tecnología incluye la biotecnología y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia son elementos esenciales para el logro de los objetivos del convenio, se compromete a asegurar y/o facilitar a las otras Partes Contratantes, el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías. El acceso de los países en desarrollo a la tecnología y la transferencia de tecnología a esos países, se asegurará o facilitará en condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo y cuando sea necesario a través del mecanismo financiero de los artículos 20 y 21.

La discusión de este tema fue particularmente conflictiva y de un claro matiz Norte-Sur. Surgió entonces la referencia a las obligaciones derivadas de los derechos de propiedad intelectual. Por ello, se determinó que en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz (misma terminología del acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la Ronda Uruguay del GATT) y sean compatibles con ella.

El artículo permite que cada Parte Contratante tome las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con el objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan esos recursos genéticos, *el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología*, en condiciones mutuamente acordadas, incluyendo la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual.

Cada parte, asimismo, tomar las medidas antes referidas para que el sector privado facilite el acceso a la tecnología, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo.

Por último, el párrafo 5 de esta norma reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio y cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del mismo.

La lectura de estos artículos, nos demuestra la preocupación por establecer medidas más concretas sobre la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, en espe-



cial tecnología, resultados de investigación y beneficios derivados del uso de recursos genéticos, entre los aportan y quienes los aprovechan. Las particularidades del texto son múltiples: frases tan escuetas como facilitar, asegurar o promover; calificación de las medidas en términos de mutuamente acordados; referencias al mecanismo financiero, a la protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual; a bases justas y equitativas; pese a las indicaciones con relación a disposiciones especiales para países en desarrollo, las medidas por tomar pueden serlo tanto por naciones desarrolladas como en desarrollo, por supuesto que con diferente intensidad y contenido, etc.

Igualmente resultan relevantes, otras disposiciones del acuerdo referentes a Intercambio de Información (17); Cooperación Científica y Técnica (18); Investigación y Capacitación (12), Utilización Sostenible de los Componentes Diversidad Biológica (10), entre otras.

La Convención reconoce la contribución de las comunidades locales e indígenas en la conservación y el mejoramiento de la biodiversidad, y la correspondiente compensación que debe otorgarse a éstas.

Se establece en el artículo 8 que "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible, y según proceda:

- J) Con arreglo a la legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente."

Estas normas (y otras más como el 10 inciso c, 17 inciso 3 y 18 inciso 4) sientan la base para proceder a hacer efectivos los derechos de los agricultores o la protección de los sistemas informales de innovación, mismos que posiblemente sean objeto de negociación en un protocolo separado.

La historia de estos sistemas informales de innovación o derechos de los agricultores se remontan a la FAO (3). La conmoción causada en el

(1) Sobre este punto CABRERA MEDAGLIA JORGE, Derechos de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, en *Diversidad Biológica y Desarrollo Sostenible*, San José, Euroamericana Ediciones, 1993 y CABRERA MEDAGLIA, JORGE. *Conocimiento indígena, derechos humanos y ambiente*, por publicarse.

mundo de los recursos genéticos por el Compromiso Internacional de los Recursos Fitogenéticos (1983), fue importante. El mismo declaraba Patrimonio Común de la Humanidad, y por ende de libre acceso, no sólo a los recursos fitogenéticos sino también a las variedades vegetales obtenidas a partir de ellos, tuteladas generalmente bajo las formas de los derechos de obtención vegetal, una forma de propiedad intelectual. A raíz de la declaración, y paralelamente a las restricciones y recelos que países del Tercer Mundo imponían al libre acceso a los recursos genéticos, la FAO continuó la lucha por condiciones más justas en esta materia. Surgen así en 1987, en el seno de esa organización de Naciones Unidas, los denominados derechos de los agricultores (Farmers' Rights).

De tal forma, que en 1989, la FAO emite, una "interpretación acordada" de la resolución 8/83, la resolución 4/89, que reconocía los legítimos derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales. Pero en la Resolución 5/89 de ese mismo año, declaraba que casi todos los recursos fitogenéticos se encuentran en los países en desarrollo, mientras que las instalaciones para su estudio y mejoramiento no se encuentran en estos países.

Afirma que "en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho utilizables los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se llega así al concepto de *derechos de los agricultores* (Farmers' Rights), que implican "los derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos."

Estos derechos se atribuían a la Comunidad Internacional, a través, del Fondo Mundial para los Recursos Fitogenéticos, quien velaría por la adecuada compensación a los campesinos. Este Fondo, en la práctica, no ha funcionado.

Adicionalmente, pese al cambio de enfoque, la "interpretación acordada y la Resolución sobre "Derechos de los Agricultores" mantuvieron el concepto de la biodiversidad como Patrimonio Común de la Humanidad. Este tratamiento se matizó, con el tercer anexo al Compromiso Internacional, la Resolución 3/81 de 1981, que estableció que el Compromiso no iba en detrimento del derecho soberano de cada nación sobre sus recursos.

Por supuesto que esta visión tenía como marco de referencia a las labores ejecutadas por los campesinos y agricultores sobre los recursos fitogenéticos. No obstante, compartiendo la misma filosofía, aunque desde un punto de vista más comprensivo, se ha venido hablando de la compensación a los "Sistemas Informales de Innovación" como un modelo no occidental de propiedad intelectual, que incluirían los derechos



de los agricultores de la FAO, ampliando su ámbito de cobertura. Se tomaba en cuenta además cierto tipo de conocimiento intelectual tradicional. Acá, resulta sintomática, la sabiduría indígena en materia de agricultura, combate de plagas, medicina, etc. Este cúmulo de saber ha configurado un elemento de alto valor en la búsqueda de nuevos productos.

Ante este panorama, debido a las presiones de las organizaciones que agrupan a algunas empresas biotecnológicas y de fármacos, y la visión del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos (administración BUSH), produjeron que este país no firmara el citado convenio en la reunión de Río, firmándolo casi un año después (administración CLINTON). El temor de este u otros países puede sintetizarse los siguientes aspectos:

1. Sentaría un mal precedente en las negociaciones de comercio, principalmente las de la Ronda Uruguay del GATT, en momentos en que la situación de ésta no era del todo clara.
2. Podría conducir a obligar a las empresas de los países desarrollados a transferir tecnología a través de licencias no voluntarias.
3. Asimismo, podría evitar la extensión de los regímenes de patentes sobre organismos vivos.
4. El lenguaje utilizado por los artículos 15, 16 y 19 del convenio era ambiguo y oscuro y no precisaba sus verdaderos alcances.

### C. LA INTERPRETACION

De conformidad con lo expuesto, la interpretación de los autores de naciones desarrolladas, puede sintetizarse así:

- Una interpretación histórica del proceso de negociación demuestra como las tesis antagónicas, a saber la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual y el desconocimiento de los mismos, no fueron recogidas por el convenio. Por el contrario, este acogió una postura que podemos calificar de intermedia.
- Si se analiza el texto íntegro del acuerdo, las conclusiones no son diferentes:
- El artículo primero fija los objetivos de este tratado internacional y al respecto determina que estos deben ser alcanzados mediante otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, *teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías*, así como mediante una financiación apropiada. Por ende deben ser respetados los derechos de propiedad intelectual sobre las mencionadas tecnologías.

- El *artículo 11* establece la necesidad de otorgar incentivos a las actividades de conservación y utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, uno de estos incentivos estaría constituido por la existencia de un régimen favorable de derechos de propiedad intelectual.
- El *artículo 15*, antes explicado, debe leerse tomando en consideración lo dispuesto en los *artículos 16 y 19*. De esta forma se crea un sistema de dos vías (acceso a la biodiversidad por acceso a la tecnología y viceversa), y no un sistema de una única dirección.
- Si se considerara que las disposiciones de los artículos 15, 16 y 19 permiten al acceso no voluntario, a través de licencias obligatorias, a la tecnología, igualmente podría argumentarse la posibilidad de tener acceso no voluntario a la diversidad biológica.
- Para alcanzar el objetivo de transferir tecnología, expresado en varias disposiciones del acuerdo, se requiere un régimen adecuado de derechos de propiedad intelectual. Si un país carece de ese marco jurídico adecuado, ninguna transferencia de tecnología será viable para él.
- Cuando se hace referencia a la transferencia de tecnología, a la necesidad de compartir los beneficios derivados de la biotecnología, y el acceso a los resultados obtenidos por la biotecnología, se califican los mismos en términos "mutuamente acordados".
- Si la convención tiene como objetivos a largo plazo la creación de capacidades biotecnológicas propias en países en desarrollo, ricos en diversidad biológica, alcanzar tal objetivo supone la existencia de derechos de propiedad intelectual que apoyen a la misma.
- El *artículo 18* sobre cooperación científica y técnica, permiten la transferencia de tecnología sin recurrir a mecanismos coercitivos, sino más bien echando mano de la cooperación internacional.
- El *artículo 22* del tratado establece la relación del acuerdo con otros tratados internacionales, de forma tal que deben ser tomados en cuenta convenios relativos a la propiedad intelectual, como la Convención sobre la Protección de las Variedades Vegetales (UPOV), el Convenio de París, la Convención Europea Patentes, etc. Estas y otras más estipulan obligaciones referentes a la protección de la propiedad intelectual que no deben ser desconocidas.
- El tratado no se aplica a sujetos privados, los cuales tienen en su poder la mayoría de la tecnología que la convención menciona.
- Los *artículos 20 y 21* relativos al mecanismo financiero, deben ser usados para adquirir tecnología, sin que sea necesario recurrir a las licencias obligatorias para su transferencia.
- La Agenda 21, especialmente el capítulo 34, contiene expresas referencias a la necesidad de contar con un marco de derechos de propiedad intelectual apropiado.



Estas y otras razones han conducido a cierto sector de los estudiosos de este campo a sostener la compatibilidad de la Convención con los derechos de propiedad intelectual. Si bien es cierto hemos hecho referencia a las patentes de invención, derechos de obtención vegetal y secretos comerciales, otras normas pueden ser consideradas desde la óptica de los derechos de autor sobre bases de datos.

La anterior interpretación no es descabellada. Por el contrario, se detecta en ella una lógica y coherencia interna adecuada. No obstante, la terminología del convenio permite sostener, sin grandes dificultades la interpretación contraria, es decir que si existe oposición entre el Convenio y los derechos de propiedad intelectual. A nuestro juicio la debilidad primordial se ubica en el enfoque sistemático y en el énfasis puesto en la temática de las licencias obligatorias sobre la tecnología.

La pregunta que nos aqueja, es si esta es la única forma de interpretar este articulado o si existe una manera diversa de efectuarla.

A nuestro juicio, el análisis debe partir de los objetivos del tratado y de allí, deducir la compatibilidad o no de ciertas tendencias en materia de propiedad intelectual. Así, en la medida en que la conservación, la utilización sostenible, y la distribución de los beneficios son obstaculizadores o favorecidos por los derechos de propiedad intelectual, estos se opondrán o no al Tratado Internacional. Adicionalmente, debe tenerse presente la viabilidad política del enfoque que se adopte.

Creemos que la visión que se asuma debe partir de los efectos de las patentes sobre formas de vida (o de las licencias obligatorias) y considerar la posibilidad real de maniobra en este campo (mucho mayor que en el de transferencia coercitiva de tecnología).

Antes se requiere decir algunas palabras sobre las patentes de invención y los derechos de obtención vegetal o derechos de los fitomejoradores.

#### D. LAS PATENTES DE INVENCION

La historia de la legislación sobre patentes dista mucho de ser reciente. Si bien las primeras manifestaciones de ésta se remontan a la antigüedad, parece existir coincidencia en considerar a la Ley Veneciana de 1474 como la primera en su género y al Estatuto de Los Monopolios de 1623 en Inglaterra como la legislación moderna primigenia. Desde ese entonces se ha considerado que los inventores, o los autores cuyo análisis acá no interesa, merecen una compensación —expresada en la forma de un monopolio temporal— por la intervención producida. Esta postura ha conducido a múltiples legislaciones de naciones de diferentes estadios económicos, a establecer regímenes de este tipo.

Los argumentos esgrimidos para el otorgamiento de la protección son varios. Si bien no es nuestro objetivo brindar refutación o apoyar estas teorías, lo cierto es que el peso de las mismas ha variado a lo largo del tiempo y del espacio. Por supuesto, que no es nuestra intención determinar la bondad o no del sistema de patentes, en especial para países en desarrollo. Semejante tarea escapa a esta investigación y resultaría sumamente pretencioso. De cualquier forma, se ha escrito una impresionante cantidad de literatura sobre esta temática y difícilmente se encuentre otra materia donde las posiciones resulten tan encontradas y se carezca de estudios concluyentes, pese a lo prolongado del debate. Los estudios clásicos de Machlup en 1958 para el Congreso de Estados Unidos concluyeron que no era posible determinar si el sistema de patentes podía reputarse beneficioso o perjudicial para la sociedad estadounidense. Conclusiones similares serían expuestas el día de hoy.

Sea cual sea la justificación y naturaleza del sistema de patentes, las reglas básicas del mismo, pueden ser simplificadas en las siguientes:

Para que un invento, sea patentable se exigen una serie de requisitos:

*Novedad:* la invención debe ser nueva.

*Aplicación industrial:* el derecho de patentes no protege meras ideas o elucubraciones teóricas sin ninguna aplicación. Por el contrario, se exige que la invención tenga ejecución práctica, que se la solución de un problema. La definición del término industrial es sumamente amplia y abarca la industria, la agricultura, la minería, etc.

*Nivel inventivo:* la invención no debe ser obvia para un experto en el arte, es decir, no debe constituir una simple variación de algo ya conocido, desprenderse del estado actual de la técnica, en cuyo caso carecería de sentido otorgar un monopolio a un sujeto. Precisamente en atención a este requisito se exige que se detalle el estado de la técnica o el arte en la solicitud de patente.

Asimismo, se exige que en la solicitud de la patente se describa con claridad la mejor forma conocida por el inventor de llevar a la práctica el invento, de forma tal que pueda ser reproducido por alguien familiarizado con la técnica.

Estas disposiciones, permiten cumplir con un importante elemento de las patentes: el inventor da a conocer (disclosure) el contenido de su invención a la sociedad, y en recompensa ésta le concede un monopolio temporal que le permite obtener beneficios económicos.

Por último, la invención no debe ser contraria a la moral, las buenas costumbres y la ley.



La concesión del título de patente, permite al titular, el derecho a excluir a terceros de la explotación de su actividad creadora, mediante la figura de un monopolio. De tal forma que el titular tendrá el derecho de producir, usar, vender, ofrecer para la venta, importar, etc., el objeto de su invención que bien puede ser un producto o un proceso.

El plazo de protección es temporal, aspecto en el cual no existe uniformidad entre las naciones. Vencido éste, el invento pasa ser parte de dominio público y puede ser explotado libremente por cualquiera. Precisamente esta es una de las causas por las cuales es relevante la adecuada descripción del invento.

La existencia misma de este monopolio, ha despertado sentimientos negativos. La sociedad puede sufrir perjuicios derivados del mismo, por ejemplo, si el titular no explota la invención pese a la necesidad del resto del conglomerado humano. De proceder así, podría bloquearse, verbigracia, la puesta en el mercado de un medicamento, con funestas consecuencias para la colectividad. En virtud de estas consideraciones se ha establecido un remedio a través de las licencias obligatorias<sup>(4)</sup>, y en cierta medida mediante la caducidad (pérdida) de la patente. Las licencias permiten que el Estado asigne a un tercero (incluso en ciertos casos una institución estatal), la posibilidad de producir o importar, el producto. Generalmente se establece, una serie de requisitos para su procedencia, dentro de los cuales se considera la necesidad de pagar al titular de la patente una adecuada compensación.

El sistema de patentes fue concebido para tutelar inventos relativos a materia inerte. Si bien es cierto en 1873, se concedió a Louis Pasteur una patente sobre la levadura, este proceder fue verdaderamente excepcional. Tradicionalmente, la vida no se consideró apropiable ni objeto de propiedad intelectual. No obstante la emergencia de la denominada Biotecnología de la Tercera Generación y los intereses económicos tras ella, abrieron la puerta al patentamiento de formas de vida "creadas por el hombre". Aunque el inicio de este proceso tuvo como antecedentes la aprobación de la Ley de Patentes de Plantas de 1930 en Estados Unidos así como la Convención Internacional sobre la Protección de las Variedades Vegetales (UPOV) en 1961, el comienzo de esta tendencia bien puede ubicarse en 1980. En esa fecha la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el célebre caso *Diamond vrs. Chakabarty*, se estableció la posibilidad de patentar un microorganismo, bajo el supuesto de que es posible patentar "todo lo que se encuentre bajo el sol

(4) Utilizamos como sinónimos los términos licencias obligatorias, licencias de utilidad pública y licencias de pleno derecho, en ocasiones diferenciadas por la doctrina y la legislación.

creado por el hombre". Esta decisión, constituyó solo el inicio de una carrera por modernizar el marco jurídico. En 1985, la Oficina de Patentes y Marcas de ese país, aceptó la patentabilidad de una variedad vegetal. Se pensó, entonces, que se había arribado al límite de lo permisible. No obstante, aún se estaba lejos de llegar al mismo. Tan sólo dos años después, la citada oficina aceptaba la posibilidad de patentar animales superiores, hecho que en definitiva sucedió en 1988, con la patente otorgada a un ratón transgénico, el ratón MYC. Hace poco tiempo, se rechazó la solicitud de patentes para secuencias de DNA realizada por el Instituto de Salud de Estados Unidos, no obstante es probable que corregidos algunos defectos, la misma sea en definitiva aprobada. Aunque Estados Unidos sin duda va a la cabeza de esta carrera, definitivamente no se encuentra solo. La Oficina Europea de Patentes, constituida bajo la Convención Europea de Patentes, ha otorgado estos títulos de protección a plantas y hace dos años, aceptó la patentabilidad del ratón MYC, pese a la oposición generalizada de ciertos sectores de la sociedad europea. Igualmente el Proyecto de Directiva sobre Protección de las Invenciones Biotecnológicas de la Comunidad Europea se enmarca por el mismo camino. Toda esta corriente, apoyada por organismos como la Organización Mundial para la Protección Intelectual, se encuentra en proceso de expansión, debido, en gran medida, a su inclusión en acuerdos internacionales de comercio.

#### E. LOS DERECHOS DE OBTENCION VEGETAL

La protección de las plantas se ha efectuado por medio de un sistema alterno, diferente al de las patentes de invención. Este sistema de derechos de obtención vegetal se regula a nivel internacional en la UPOV<sup>(4)</sup>, firmada en 1961 y revisada en 1972, 1978 y 1991. No es nuestra intención explicar en qué consiste este sistema y cuáles son sus diferencias con el sistema de patentes. Sin embargo, debemos indicar que tanto en lo concerniente a los requisitos para obtener una patente como con relación a los derechos conferidos existen varias diferencias de importancia.<sup>(5)</sup>

(4) Pocos países son miembros de UPOV, todos ellos naciones desarrolladas. No obstante, varios países en desarrollo contienen mecanismos de tutela similares a UPOV, aún sin ser parte de este Convenio.

(5) Los requisitos, contemplados en el artículo 6 de la UPOV, versión 1978 y en los artículos 6 al 9 de la reciente modificación de 1991 son: la distinción, la homogeneidad, la estabilidad y la novedad. Respecto a los derechos conferidos al titular, cfr. el Capítulo V del citado Convenio. Cfr. SELA, La protección de las invenciones tecnológicas, en *Revista Capítulos del SELA*, Nº 21, octubre-diciembre de 1988.



De esta forma, con un espectro de cobertura que abarca todo tipo de vegetales, UPOV, contiene requisitos especiales diferentes a los existentes para las patentes: estabilidad uniformidad, homogeneidad y novedad:

Igualmente, los derechos temporales conferidos son menores, básicamente se limitan a la comercialización de la variedad, pero no incluyen el material de propagación mismo. También, la tutela por este mecanismo es menor, en el tanto no concede protección a los procesos ni a las partes de las variedades.

Esta diferencia se debe en gran medida al menor nivel inventivo utilizable por los fitomejoradores: a grados inferiores de éstos grados inferiores de derechos otorgados.

Sólidos argumentos se han esgrimido para justificar el otorgamiento de una tutela distinta a los mejoradores de plantas que parta de consideraciones propias de la forma en como estos sujetos obtienen su invención y de la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo de los regímenes de explotación agrícola y de las prácticas de intercambio de semillas entre los agricultores. Por ello, los derechos exclusivos que se otorgan a los creadores de variedades vegetales son diferentes a los otorgados a los inventores bajo el sistema de patentes. Si en estos casos estamos en presencia de un monopolio parcial, se debe a que la innovación es relativamente parcial.

Además, la UPOV contiene algunas reglas de importancia en lo tocante a su forma de funcionamiento:

Según la UPOV, el uso de una variedad vegetal para crear nuevas variedades y la explotación comercial de éstas permanece libre (Breeder's exemption). También se permite a los agricultores el uso de sus propias semillas de variedades protegidas para la siembra de la siguiente cosecha de su propia granja (Farmer's Privilege).

Por las características del desarrollo agrícola, la protección de las variedades vegetales bajo el sistema patentes puede resultar negativa para los agricultores y sus prácticas tradicionales y para los institutos de investigación agrícola públicos. Ello por razones obvias que parten de una realidad incontestable: las prácticas agrícolas tradicionales se han sustentado largo tiempo en el libre flujo de germoplasma vegetal y en la posibilidad de utilizar este material para producir nuevas semillas y variedades. Esta es la forma como ha funcionado y funciona el mejoramiento de los campesinos y agricultores, precisamente el mejoramiento más importante para la agricultura. Eliminar a los custodios naturales de la biodiversidad esta posibilidad, es absolutamente contrario a las pretensiones de conservar ésta y constituye un serio peligro para la seguridad

alimentaria y la agricultura sostenible. Igualmente, cuando se compra una máquina de escribir, el objeto adquirido es este. Pero cuando se compra semilla tutelada bajo un certificado de fitomejoramiento, no sólo se busca la compra de la semilla, también se espera utilizar las nuevas semillas recogidas, como material para continuar con las futuras cosechas. En otras palabras, si yo adquiero materia viva, generalmente, la compra se extiende a las generaciones sucesivas producidas a partir de ésta, ello es de esta manera debido a que a diferencia de otro tipo de productos, la vida tiene el atributo de ser autoreplicativa, por uno u otro medio. Extender la cobertura de la patente de invención a las generaciones sucesivas, traería consigo un aumento en los costos de los agricultores que tendrían que pagar royalties por este uso o verse expuestos a una posible demanda por infringir los derechos del obtentor. A mi juicio debe echarse mano a un concepto importante el agotamiento de los derechos, existente en los regímenes de propiedad intelectual, según el cual los derechos del creador se agotan al poner legítimamente en el mercado el objeto de la invención. Por supuesto que el concepto en su forma tradicional, debe ser modificado precisamente en atención a las peculiaridades que enfrenta la materia viva para la propiedad intelectual, conceptuándose que los derechos se agotan en la protección conferida al producto sin que se extiendan a las generaciones posteriores.

Si bien las empresas cada día prefieren el patentamiento al sistema de la UPOV, la lucha por acercar este último al primero se efectúa. De esta manera en la revisión anterior del Convenio sobre Variedades Vegetales, en marzo de 1991 pero que aún no se encuentra en vigencia, ha limitado el libre uso de variedades protegidas y puede tener efectos restrictivos sobre las prácticas agrícolas de difusión. Por ende las diferencias a nivel de derechos conferidos son cada vez más escasas, entre los sistemas de patentes y los sistemas de obtención vegetal. <sup>(6)</sup>

Las modificaciones de la UPOV 1991 pueden sintetizarse en las siguientes:

1. La excepción del fitomejorador se ha restringido al introducirse el concepto de "variedad esencialmente derivada". De esta forma no es libre la comercialización de una variedad creada a partir de una variedad protegida si esta es esencialmente derivada de la primera, en los términos en que la Convención lo define.
2. El privilegio de los agricultores no se concede automáticamente. Es decir, no se estipula como excepción a los derechos del titular,

(6) Algunos citaban como las diferencias más relevantes, el privilegio del agricultor, la excepción del fitomejorador y el alcance de las licencias de utilidad pública.



se dispone que las partes del acuerdo, pueden restringir los derechos del obtendor, lo que supone que entonces pueden estipular la procedencia de este privilegio. Lo que se debería considerar un verdadero derecho, ahora debe establecerse como una excepción a los derechos de otro sujeto.

3. Automáticamente, de conformidad con el sistema de la UPOV 1978, no permite que se concedan dos tipos de protección a las obtenciones vegetales, a saber derechos de obtención vegetal y patentes. En 1978, se modificó esa regla en el sentido de permitir la coexistencia de los dos regímenes a quienes al momento de adherirse, manifestarán la posibilidad de conceder ambos títulos de conformidad con la legislación del país en cuestión, cláusula que sólo Estados Unidos ha reclamado. Las modificaciones de 1991, permiten la coexistencia en cualquier caso de los dos tipos de tutela jurídica.
4. En términos generales se han extendido el alcance de los derechos del obtendor.

Las modificaciones de UPOV son fruto de las manifestaciones de descontento por lo que algunos consideraban una protección demasiado débil y floja.

#### F. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y FORMAS DE VIDA

Los efectos de las patentes sobre formas de vida y de la biotecnología en general, sobre la diversidad biológica pueden resumirse en los siguientes (7):

- Reducción de la diversidad biológica: Uno de los requisitos estipulados para conceder protección a las variedades vegetales bajo un sistema de derechos de obtención vegetal, es el de la homogeneidad. Las variedades comerciales homogéneas, son utilizadas por los agricultores en reemplazo de cultivos autóctonos perdiendo de esta manera la diversidad. La homogeneidad trae como consecuencia volver especialmente vulnerables a las plagas los cultivos. Las repercusiones que este sistema trae consigo han causado pérdidas considerables tanto de vidas como de dinero.

(7) Una explicación detallada puede encontrarse en Cabrera Medaglia Jorge, Patentes sobre formas de vida y sus implicaciones para los países del Tercer Mundo, Ponencia presentada al Primer Congreso Interdisciplinario para la Conservación de la Vida y el Ambiente, Colegio de Ingenieros y Arquitectos, noviembre de 1993.

- Apropiación directa de recursos genéticos, a través de tres mecanismos:

1. Patentes otorgadas a microorganismos descubiertos, no inventados por ingeniería genética, a condición de cumplir con ciertos requisitos.
2. Patentes sobre genes. Al patentarse un gene, la utilización de éste sin autorización del titular se considera un uso indebido. Si el gene se traslada de un organismo a otro, la utilización de este organismo sería considerada ilegítima, no obstante la transferencia nada tiene que ver con el esfuerzo del titular de la patente.
3. Derechos de obtención vegetal sobre modificaciones naturales. Se ha criticado el sistema de obtenciones vegetales argumentando que permite proteger variedades cosméticas con el consiguiente perjuicio de la sociedad. Igualmente es posible proteger mutaciones naturales, pues al ser estas nuevas (distintas) pueden presentarse como propias. La existencia de sistemas como el de los Estados Unidos donde la distinción no se determina con pruebas de campo, sino mediante una búsqueda computarizada, permite sostener esta tesis. Este proceder ha puesto en duda la denominada Doctrina del Producto de la Naturaleza, según el cual "el sistema de patentes no debe permitir a los inventores patentar recetas de la cocina de la naturaleza" (8).

- Apropiación indirecta del germoplasma, de forma tal que "... prácticamente todo lo rentable puede plantearse, y lo que no corresponda a este rubro sólo requiere de tiempo y de dinero, es decir de investigación, para que la alteración previa de su estado "natural" pueda protegerse. De este modo, nuestra riqueza genética queda expuesta a la aprobación privada, mediada por un proceso de transformación que, independientemente de lo costoso, arduo o difícil que haya sido requirió de la base genética que natura da y que nuestras comunidades campesinas han preservado" (9).

(8) GOLLIN, MICHAEL. PATENTING RECIPES FROM NATURE'S KITCHEN. HOW CAN NATURALLY OCCURRING CHEMICAL LIKE TAXOL BE PATENTED? Bio-Technology Today, Vol. 12, abril de 1994, p. 12.

(9) ABOITES, GILBERTO. Problemas que plantea la biotecnología en el marco legislativo de la propiedad intelectual, en Biotecnología y sus repercusiones socioeconómicas y políticas, México, UNAM, 1992.



- Ética de nuestras sociedades: considerar la materia viva como una mera mercancía que puede ser apropiada y poseída por un sujeto, sin duda trae consecuencias sobre la forma como la vida misma es valorada en una sociedad determinada.

- Los derechos de los agricultores: las propuestas de conceder patentes sobre formas de vida, exacerbaban el debate y tornan aún más injusta la asimetría. Así, los campesinos deben comprar semillas, que tuvieron su origen en su labor histórica de fitomejoramiento o bien competir en terceros mercados contra estas semillas. Los ejemplos que se han verificado, como el Neem o el Algodón son significativos.

Un estudio efectuado para los Estados Unidos, concluye que la principal consecuencia de aceptar el patentamiento de semillas, será la ausencia de la excepción del agricultor. Ello implica, que los campesinos, que cultivaron una variedad protegida, deberán comprar nuevas semillas al finalizar la cosecha, sin que, legalmente, tengan la oportunidad de utilizar las semillas. Por supuesto que ello encarecerá los costos de producción, de los campesinos. La medida en que esto afecte a los sectores agrícolas depende de varios factores específicos (periodicidad con que se adquieran las semillas, canales de distribución, etc.). Pero más allá de estas circunstancias es evidente que se producirán importantes consecuencias sobre los agricultores.

No es aceptable considerar que las dificultades en la detección y persecución de estas conductas, constituyen elementos para minimizar su importancia. Es obvio que la forma en que ello resulte así, será determinada por la configuración concreta de los canales de distribución de cada nación. Claro está, ciertos compradores de un adecuado tamaño, pueden ser fácilmente identificables. Por tanto, la implementación de políticas de discriminación puede tener cabida bajo este supuesto.

La segunda perspectiva es de naturaleza ética más que jurídica. Convertir a los agricultores y su histórico modo de actuar, en ilegal, es inaceptable.

- *La bioseguridad.* La Biotecnología de la Tercera Generación, y la manipulación de seres vivos (plantas, microorganismos, animales superiores, etc.) que conlleva, han permitido efectuar modificaciones a los seres naturales. La posibilidad de que a raíz de la introducción y manejo de organismos genéticamente modificados se puedan producir catástrofes ambientales o convertir a los países en desarrollo en campos de prueba de nuevos organismos, ha sido

una preocupación constante en el seno de la comunidad internacional. Ultimamente el riesgo de que la biotecnología desplace productos de naturaleza agrícola del Tercer Mundo también han despertado la atención de múltiples organismos y países.

- *La dirección de la investigación y el desarrollo:* socialmente los más recomendables para la sociedad, radica en la investigación dirigida a la creación de plantas que produzcan sus propias toxinas y se reduzca de esta manera, la producción y aplicación de plaguicidas. La tecnología actual ha hecho posible semejante investigación. Sin embargo, ante la importancia económica que representa la industria de los químicos citados para las empresas (ventas por más de 60.000 millones de dólares anuales), la estrategia reside en crear semillas resistentes a los plaguicidas y de tal forma asegurarse la venta de los dos productos: el plaguicida y la semilla. A ello se suma la adquisición de industrias de semillas por parte de la industria química.

- *Desplazamiento o sustitución de cultivos:* esta configura una crítica más general hacia la biotecnología y sus posibles efectos socioeconómicos. La posibilidad de que cultivos especialmente provenientes del Tercer Mundo sean sustituidos por productos biotecnológicos que tienen lugar en el Primer Mundo, es una preocupación que dista mucho de ser mera teoría. Por el contrario, existen ejemplos concretos de sustituciones de productos cuyo más significativo es el de el azúcar y los edulcorantes artificiales.

- *La investigación pública y los innovadores informales.* Los institutos públicos de investigación agrícola realizan una importante tarea en la búsqueda de soluciones a los problemas agrícolas. Los monopolios que producen las patentes pueden desincentivar la investigación de parte de estos. Lo mismo puede decirse de las innovaciones informales que toman lugar entre los campesinos. Si es patentada una semilla con características determinadas por qué, los agricultores deberán continuar con sus esfuerzos diarios para alcanzar ese objetivo (la característica), si el resultado ha sido patentado y por ende tal conducta podría infringir los derechos de titular de la patente.

- *Restricción en el intercambio de germoplasma:* la existencia de un monopolio, en virtud del patentamiento, puede limitar el libre flujo de germoplasma entre los agricultores y los centros de investigación agrícola públicos. Es pacíficamente aceptado que el más amplio intercambio debe ser permitido con el fin de contribuir al desarrollo agrícola y a la seguridad alimentaria.



## G. CONCLUSIONES

El análisis de los efectos de las patentes sobre formas de vida en la biodiversidad, quizá nos conduzca a leer en forma distinta las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, al punto de que las conclusiones a las que lleguemos puede que no sean las mismas que los autores de países desarrollados han expuesto. Esta temática deberá depararnos ricos debates en un futuro cercano.

### *Específicamente recomendamos:*

- Patentar microorganismos, los productos que ellos originan y los métodos para obtenerlos.
- Proteger las variedades vegetales por medio de un sistema alterno de tutela, basado en los lineamientos del Convenio UPOV 1978. No se otorgarán patentes sobre las mismas.
- No patentar animales superiores ni sus partes.
- No patentar el cuerpo humano ni sus partes.
- Establecer disposiciones sobre la protección de los sistemas informales de innovación y sobre la compensación por el uso de material silvestre.
- Cualquier sistema de propiedad intelectual debe promover la conservación, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica.

## EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

*Lic. Gabriel Boyd Salas,*  
Abogado costarricense.



## Introducción

I. *Conceptos Básicos*

- 1) *Origen Histórico*
- 2) *Elementos Esenciales*

*Los sujetos*

- a) *El Banco*
- b) *El Cuentacorrentista*

*El Objeto y La Causa*

- 3) *Características*
- 4) *Naturaleza Jurídica*

II. *El Contrato de Cuenta Corriente Bancario y la Legislación Costarricense*

- 1) *Obligaciones y Derechos de las partes*
  - a) *Obligaciones y Derechos del Banco*
  - b) *Obligaciones y Derechos del Cuentacorrentista*
- 2) *Ejecutividad*
- 3) *Finalización del Contrato*

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFIA

El presente trabajo tiene como objetivo el realizar un breve esquema del complejo contrato de cuenta corriente bancaria, no pretende el mismo ser un punto de debate ni mucho menos dejar por agotado un tema tan basto e interesante que ocuparía un tiempo de investigación demasiado amplio para poder realizar en este momento, no obstante deja la inquietud en nosotros de en un futuro esperamos no muy lejano ampliar el tema avocándonos especialmente a los cambios que en estos momentos se intentan introducir en las instituciones bancarias costarricenses, cheque, depósitos internacionales y otros muchos temas que esperamos investigar con más detalle en trabajos posteriores.

Queremos en un futuro incluir una investigación que indique las diferencias entre el Contrato de Cuenta Corriente Bancario y otros contratos con los que se le confunde como es el caso de la tarjeta de crédito.

Este estudio puede ser un instrumento muy poderoso para aquel que sin tener deseos o tiempo de adentrarse más en este apasionante tema requiera darse una idea general del contrato de Cuenta Corriente Bancario en Costa Rica.

El contrato de cuenta corriente Bancaria es uno de los más importantes de los llamados contratos de Operaciones Bancarias, en este pequeño artículo estudiaremos su origen histórico así como su definición conceptual y la importancia de su distinción con respecto al contrato de cuenta corriente mercantil.

## I. CONCEPTOS BASICOS

Para Manuel Osorio el contrato de cuenta Corriente es "*En sentido amplio...la que se utiliza en las relaciones comerciales y financieras realizadas entre dos o más personas, que convienen en transformar sus recíprocos créditos y deudas en anotaciones de debe y haber exigibles en cuanto al saldo resultante al cierre de la cuenta. Su forma más habitual es la cuenta corriente bancaria por la cual una persona puede ir depositando cantidades en metálico que puede ir retirando en cualquier momento por medio de cheques.*" Agrega además el citado tratadista con respecto a la cuenta corriente mercantil: "*Es representativa de un contrato literal y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero...sin aplicación a un empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o valor equivalente; pero a cargo de acreditar al remitente, por sus reme-*



...sas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensar de una sola vez basta la concurrencia del crédito y el débito y pagar el saldo.”<sup>(1)</sup>

El conocido tratadista Guillermo Cabanellas al tratar el tema nos menciona la siguiente definición:

“Cuenta corriente Bancaria es aquella que lleva una institución bancaria por cada uno de sus clientes como cuentacorrentistas”. Nos agrega el citado autor que dichas cuentas: “se entienden siempre líquidas, por depender su liquidación de una simple operación matemática... Pueden existir con abono de intereses, lo cual tiende a desaparecer en la actualidad”.<sup>(2)</sup>

## 1. ORIGEN HISTORICO

En este capítulo estudiaremos el origen y desarrollo histórico jurídico del contrato de cuenta corriente bancaria desde dos puntos de vista en el sentido de su inserción en la historia Universal y luego un plano más restringido a sus manifestaciones en nuestro país.

### LA HISTORIA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO

Este contrato nace con el cheque, documento de origen inglés y que surge en el siglo XVIII de la práctica bancaria inglesa, no obstante la primera ley que reguló el cheque fue la francesa del año 1865.<sup>(3)</sup>

El volumen de los negocios que se realizaban por este medio de pago creció increíblemente en el siglo XIX constituyéndose hoy en día como uno de los medios de pago más utilizados por su rapidez, seguridad y circulación.

(1) Osorio, Manuel Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales Editorial Heliasta, Argentina, 1984, pág. 186.

(2) Cabanellas Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Editorial Heliasta, Argentina, 1989, pág. 432.

(3) Gonzales Fallas Jorge, Curso de Legislación Mercantil. San José, Costa Rica, EUNED, 1990, pág. 53.

## ORIGEN HISTORICO DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE EN COSTA RICA

En Costa Rica el contrato también nace “aparejado con el cheque dentro del depósito bancario de dinero. Desde entonces participan dentro de un proceso evolutivo paralelo.”<sup>(4)</sup>

En un principio refiriéndose únicamente al depósito de dinero pues los títulos valores y por ende el Cheque fueron introducidos con posterioridad.

El antecedente en esta materia que toma código de comercio lo encontramos en la ley de cuenta corriente bancaria y de cheque del año 1953 (ley Nº 1633 del 12 de setiembre de 1953).

Es importante también el decreto ley Nº 71 del 21 de junio de 1948 que convierte el contrato de cuenta corriente en un monopolio de los Bancos del estado.

Actualmente las instituciones tratamos en el presente se encuentran reguladas en nuestro código de comercio de 1964 (en vigencia). En los artículos 602 y siguientes se regula el contrato de Cuenta Corriente. En los 612 y siguientes el Contrato de Cuenta Corriente Bancaria y en los artículos 803 y siguientes se regula El Cheque.

## 2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO

Los contratos entendidos como manifestaciones de voluntad que producen una serie de efectos jurídicos para las partes que los contraen, requieren de una serie de elementos para su constitución, los cuales pueden ser: A-Esenciales, necesarios para la existencia del negocio jurídico, o bien B-Marginales, los cuales pueden ser suprimidos a voluntad de las partes sin alterar la validez y eficacia del contrato.

Don José María Vargas Pacheco nos habla de dos elementos subjetivos: capacidad y consentimiento, uno objetivo el objetivo y un nexo entre ambos la causa<sup>(5)</sup>. Como elementos esenciales de todo contrato, a continuación pasaremos a estudiar cada uno de ellos con relación al contrato que nos interesa.

(4) Chaves Corrales Pedro y Valverde Badilla Gerardo, El contrato de cuenta corriente bancaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. 1986.

(5) Vargas Pacheco, José María, Doctrina general del contrato. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, pág. 25.



## LOS SUJETOS

Los sujetos del contrato de cuenta corriente bancarios son dos: el banco y el cuentacorrentista.

### A. El Banco

Se constituye como una persona jurídica que debe necesariamente en nuestro país cumplir con el requisito de ser banco estatal. (por ser el contrato en estudio monopolio de los Bancos), por banco entenderemos "aquella entidad financiera que se dedica a realizar operaciones propias de la banca."<sup>(6)</sup>

Este banco ocupará el papel de girado dentro del contrato de cuenta corriente bancaria y será el encargado de emitir los cheques y girar los fondos a que ese cheque obligue, siempre y cuando exista respaldo monetario depositado por el otro sujeto del contrato al que llamaremos cuentacorrentista.

### B. El cuentacorrentista

Será el otro sujeto del contrato de cuenta corriente y puede ser una persona física o jurídica, en este segundo caso deberá nombrarse un representante o representantes que sirvan como giradores de los documentos (cheques).

El cuentacorrentista podrá girar cheques por la cantidad que disponga a su haber en el depósito otorgado al banco y podrá exigir a este el pago del título valor así como el que se le porvea de los mismos títulos.

Ambos sujetos deben poseer capacidad jurídica, la cual es inherente a toda persona física y debe ser acreditada legalmente en los casos de personas jurídicas y capacidad de actuar la cual está limitada por factores de edad y/o enfermedad, en tales casos el sujeto deberá actuar por medio de un representante.

Esto último es obviamente prerogativa de las personas físicas, ya que al ser las personas jurídicas una mera ficción del derecho, tienen implícita a su capacidad de actuar.

Nuestro código civil, en su artículo 1008, señala que el consentimiento debe ser "libre y claramente manifestado. La manifestación

(6) Jiménez Sandoval Humberto, Derecho Bancario, EUNED, San José, Costa Rica, 1986, pág. 23.

# DONACION

puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos que necesariamente se deduzca."

Estudiaremos brevemente el artículo en cuestión:

Libre: por libre debemos entender sin vicios que impidan el desarrollo de la voluntad de los contratantes, sean estos vicios por fuerza ejercida sobre alguno de los contratantes para efectuar el negocio. O bien, por error inducido.

Claramente manifestado. El mismo código explica esta aseveración indicando la necesidad de contar con una manifestación idónea de la voluntad la cual puede ser escrita, verbal o bien mediante actos que indiquen sin lugar a dudas el contrato entre las partes, en nuestro caso podría ser por ejemplo, el emitir y pagar cheques por parte del banco y el girarlos por parte del cuentacorrentista. No obstante, nuestra legislación exige que dicho contrato sea por escrito.

## EL OBJETO Y LA CAUSA

El objeto de los contratos es la prestación, es decir, los que se hace o se deja de hacer como de afirmaba en Roma.

El objeto del contrato lo encontramos en la existencia del llamado servicio de caja como afirma MOLLE "el banco está obligado a prestar un servicio de caja con las limitaciones impuestas por su propia organización".<sup>(7)</sup>

O sea, el desempeño por parte de la institución bancaria de un servicio por contrapartida al depósito de su dinero que realiza el cuentacorrentista el cual confía al banco su capital y le permite circularlo dando vida así al quehacer bancario general.

La causa del contrato como en cualquier otro debe ser lícita y posible, se trata de la función que le mismo ordenamiento jurídico le otorga, la causa del contrato de cuenta corriente bancaria será "la provisión de fondos, la autorización para girar al descubierto que es la la conseción de crédito al cliente y el ejercicio de la industria del crédito por las entidades financieras utilizando los depósitos captados".<sup>(8)</sup> La causa de la obligación de la entidad bancaria de prestar el servicio de caja puede variar dependiendo de como opere la provisión de fondos, "así cuando

(7) Molle (Giacomo) Manual de Derecho Bancario, Abeledo Perrot, Argentina, 1977, segunda edición, pág. 164.

(8) Chaves Corrales Pedro y Valverde Badilla Gerardo, Op. cit.



estos provienen de un depósito esa causa consistirá en los beneficios que ese depósito implica para el banco, la entidad bancaria adquiere la propiedad sobre lo depositado".<sup>(9)</sup>

### 3. CARACTERISTICAS

Estamos ante un contrato mercantil, consensual, de adhesión, de tracto sucesivo, y escrito.

### 4. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO

La naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria se apunta como un contrato de mandato, así lo afirman Pedro Bernal Chaves y Gerardo Badilla citando a GARRIGUES, quien afirma: "El banco se obliga a desempeñar el servicio de caja realizando operaciones que siempre serán por cuenta o encargo de su cliente".<sup>(10)</sup> A nuestro parecer en este caso sí podríamos identificar el contrato de cuenta corriente como un mandato para determinado acto jurídico, pero en realidad va más allá que un simple mandato por lo que consideramos la naturaleza del contrato de cuenta corriente bancaria como *sui iuris* ya que encierra más que un simple mandato al contener obligaciones aparte del servicio de caja como la confección, cuidado y seguridades que deben contener los cheques. Algunos autores lo catalogan como un contrato de características complejas, MOLLE nos indica que estamos ante un contrato "nominado Mixto que resulta de la conjunción de varias prestaciones, propias de otros contratos nominados."<sup>(11)</sup>

## II. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

El contrato de cuenta corriente bancario está regulado en los artículos 612 y siguientes del código de comercio; este artículo lo define como:

(9) Ibidem

(10) Ibidem

(11) Molle (Giacomo), *Op. cit.*, pág. 165.

"un contrato por medio del cual un banco recibe de una persona dinero u otros valores acreditables de inmediato en calidad de depósito o le otorga un crédito para girar contra el... los giros contra los fondos en cuenta corriente bancaria se harán exclusivamente por medio de cheques sin perjuicio de las notas de cargo que el depositario emita, cuando para ello estuviere autorizado."

### REQUISITOS

Además de los requisitos ya señalados, el código de comercio indica ciertas condiciones en forma expresa y que sería conveniente mencionar.

Así pues, el artículo 613 del Código de Comercio nos dice que "la apertura de una cuenta corriente es facultativa de los bancos, par a lo cual podrán establecer las condiciones que estimen convenientes."

De este artículo podemos entonces deducir en su primer párrafo algo que es obvio y es la libertad contractual de las partes, más por ser los Bancos sujetos de derecho público que prestan un servicio deberán aportar las condiciones que requieran para aceptar el contrato, es decir, a los elementos necesarios de todo el ordenamiento jurídico y no únicamente el privado.

Si un sujeto cumpliera con todas las condiciones exigidas no podrá el Banco negarse a prestar el servicio, por otra parte, deducimos además que el contrato de cuenta corriente bancario es un contrato de los llamados adhesivos, por lo que la voluntad del cuentacorrentista queda limitada a aceptar o no lo que le banco estipule.

El contrato de cuenta corriente bancario debe ser además escrito como bien señala el artículo 614 del Código de Comercio.

### 1. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

En el contrato de cuenta corriente bancario las partes deben de llenar una serie de obligaciones dictadas por la ley, asimismo las partes tienen en contrapartida una serie de derechos con respecto a la otra, a continuación estudiaremos brevemente cada una de estas situaciones jurídicas:

#### A. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL BANCO

El banco tiene entre las más importantes las siguientes obligaciones:



- a. El banco está obligado a pagar los cheques que los cuentacorrentistas giren en la forma adecuada y mantener al día los registros correspondientes para facilitar el depósito y giro de los fondos (art. 618 Código de Comercio).
- b. Mantener la inviolabilidad de las cuentas bancarias lo que incluye la imposibilidad de suministrar información de las mismas salvo orden judicial (art. 615 Código de Comercio).
- c. Entregar un comprobante o recibo por los depósitos que reciba con fecha, nombre del banco y del cliente y la suma recibida junto con el sello del banco (art. 622 Código de Comercio).
- d. Emitir y entregar los cheques guardando las condiciones necesarias para cumplir con la seguridad de los mismos (art. 619 Código de Comercio).
- e. Enviar a los cuentacorrentistas un estado de sus cuentas corrientes por lo menos cada tres meses (art. 631 Código de Comercio).

Y cuenta entre otros, con los siguientes derechos:

- a. La libre contratación con las limitaciones que indicaremos anteriormente (art. 613 Código de Comercio).
- b. Cerrar la cuenta corriente (art. 616 Código de Comercio).
- c. Utilizar los fondos girados (art. 617 Código de Comercio).

#### B. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL CUENTACORRENTISTA

Las principales obligaciones del cuentacorrentista se resumen a utilizar el servicio en la forma adecuada y cumpliendo las condiciones que indique el banco según el artículo 613 del Código de Comercio, solo podrá girar contra los fondos acreditados a su cuenta o contra créditos concedidos por el banco, el no cumplimiento de esto puede acarrear sanciones incluso penales, en las que no ahondaremos por no ser parte de el espíritu de este trabajo.

Y cuenta entre otros, con los siguientes derechos:

- a. La libre contratación con las limitaciones que indicamos anteriormente (art. 613 Código de Comercio).
- b. Cerrar la cuenta corriente (art. 616 Código de Comercio).
- c. Girar los fondos depositados a voluntad (art. 617 Código de Comercio).
- d. Realizar depósitos.

#### 2. EJECUTIVIDAD

El artículo 611 del Código de Comercio indica que el saldo deudor de un contrato de cuenta corriente bancaria, consituye título ejecutivo siempre que:

- A. Se acompañe de certificación donde se demuestre dicho saldo, autenticada por un contador público autorizado.
- B. Se paguen las especies fiscales correspondientes al monto adeudado.

Es interesante el indicar que algunos tribunales costarricenses han ampliado esta ejecutividad otorgada al contrato de cuenta corriente bancario a otros contratos complejos como el de Tarjeta de Crédito.<sup>(12)</sup>

Lo cual consideramos a todas luces incorrecto.

#### 3. FINALIZACION DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO

El contrato de cuenta corriente bancari finaliza por la libre voluntad de cualquiera de las partes contratantes, como bien indica nuestro Código de Comercio en el artículo 616 que dice: *"La cuenta corriente bancaria podrá ser cerrada a voluntad de cualquiera de las partes mediante aviso con tres días de anticipación. El cierre de una cuenta corriente termina con el contrato."*

#### CONCLUSIONES

Luego de terminar el presente estudio, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- i. La legislación costarricense sobre contrato de cuenta corriente bancaria es un tanto deficiente y arcaica, en un posterior trabajo de investigación, trataremos de resolver problemas como transferencias tecnológicas, sistemas distintos al cheque (como tarjetas de débito) y otros no contemplados en nuestra legislación.

(12) Véase sobre las opiniones divergentes en nuestros tribunales. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, sección segunda, Nº 4794 de las 16:06 horas del 16 de junio. Y Tribunal Superior Primero Civil, Nº 1838 de 8:55 horas del 11 de octubre.



- ii. Queda para nosotros clara la importancia del contrato de cuenta corriente bancario como medio realizador de transacciones comerciales por parte del cuentacorrentista y como medio captador de fondos por parte de un banco que a la vez realiza un servicio importante de operaciones de caja.
- iii. Establecemos la naturaleza jurídica del contrato de cuenta bancaria como *sui generis* difiriendo un tanto de la posición dominante que considera el mismo como un contrato de mandato.
- iv. En nuestros tribunales encontramos algunas corrientes que le dan a otros contratos facultades propias del contrato de cuenta corriente bancaria, lo cual es incorrecto y a toda luz ilegal.

#### BIBLIOGRAFIA

##### Tratados y Tesis

Chaves Corrales Pedro y Valverde Badilla Gerardo, El contrato de cuenta corriente bancaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. 1986.

Cabanellas Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta Argentina. 1989.

Corrales Solano Carlos, Nociones de Derecho Mercantil. EUNED, San José, Costa Rica. 1990.

González Fallas, Jorge, Curso de Legislación Mercantil. San José, Costa Rica, EUNED. 1990.

Jiménez Sandoval Humberto, Derecho Bancario. EUNED, San José, Costa Rica, 1986.

Molle (Giacomo) Manual de Derecho Bancario. Abeledo Perrot, Argentina. 1977, segunda edición.

Pennace y Seldon, Diccionario de Economía. Ediciones Vilassar del Mar, Barcelona, España. 1980.

Vargas Pacheco José María, Doctrina General del Contrato. Editorial Juricentro, San José Costa Rica.

#### Legislación

Código de Comercio de la República de Costa Rica.

Código Civil de la República de Costa Rica.

Ley Nº 7201 de la República de Costa Rica (Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio).



## ¿DEMASIADOS ABOGADOS?

Prof. J. M. Delgado Ocando

En un libro intitulado *Demasiados Abogados*, Piero Calamandrei, en 1920, ha dicho muchas verdades que parecen tener valor universal, pues comparadas con la experiencia venezolana y en pleno 1989, muy poco habría que agregar o reparar al análisis del eminente jurista italiano.

Calamandrei hace suya la afirmación de Bagot de que en Italia "hay muchos abogados, pero justicia muy poca". La relación entre la plétora de abogados y la poquedad de la justicia es evidente, ya que la proletarización de la carrera deteriora la calidad y la moralidad de quienes la ejercen.

Los estudios de derecho tienen fama de ser fáciles y el deterioro del rigor académico en las Escuelas vienen permitiendo la obtención del título sin esfuerzo, lo cual hace del egresado un candidato proclive al ejercicio inescrupuloso de la profesión.

Aparte de la afluencia de alumnos a las Escuelas de Derecho, porque la carrera es fácil y no exige sino el esfuerzo de permanecer en ella durante un período más o menos largo, son varias las causas que coadyuvan al deterioro de la Escuela. Una de ellas son las lecciones. Mucho se ha escrito sobre los defectos del método catedrático, "según el cual las lecciones consisten en una prédica del profesor, gesticulando desde su 'púlpito', que inflige a una turba de penitentes inmóviles y silenciosos". La lección, como dice Calamandrei, en vez de una saludable gimnasia del espíritu, se convierte a menudo en ocasión para el sopor mental y aun para el sueño físico. Los alumnos huyen de una lección oral, en la que el profesor habla para todos y para nadie, y está presto a abandonar las aulas "cuando hay que estudiar para las exámenes inminentes". El período de exámenes es interminable y aun cuando se busca el mayor tiempo posible para preparar las materias, el estudio sólo se realiza como febril actividad de la semana que precede a la prueba que los estudiantes deben rendir. La preparación de los exámenes suele versar sobre la lectura de viejos apuntes amarillentos que hace años andan en manos de los estudiantes, perpetuados en entregas xerográficas las cuales, a veces, ni siquiera han contado con la revisión del profesor.

Los estudiantes que asisten a las clases lo hacen para que el profesor los vea y se "acuerde de ello en el examen" y hay quienes hacen un



*tour de force* para no dormirse durante la lección y encima poder hacer signos afirmativos con la cabeza, al final de cada párrafo, con lo que se ganan agradecidamente la benevolencia del maestro. Pero el ausentismo no es sólo la reacción frente a la lección oral sino el estado crónico de un alumnado que hace de las vacaciones oficiales la institucionalización de la holgazanería. Quince días antes de las vacaciones oficiales, Navidad, Semana Santa, verano –dice Calamandrei– el desconsiderado profesor, al acabar la clase, oye estallar en los bancos, insólitamente atestados, un aplauso frenético, que dura algunos minutos. Este aplauso significa que los estudiantes “toman las vacaciones”. En nuestra Escuela, como hay libre escolaridad, los recursos para “producir” el asueto no consisten ya en la música estridente o en los petardos que antes exigían de profesores y autoridades el comienzo anticipado del jolgorio: “Así –dice Calamandrei–, a fuerza de vacaciones oficiales y abusivas, en muchas Universidades se da la clase durante cuatro meses de los doce del año.” No es necesario agregar que las vicisitudes de la Escuela (tomas, huelgas y protestas) hacen que la docencia se suspenda también para los cuatro meses restantes.

El régimen de los exámenes es otra calamidad académica. Al método catedrático corresponde, a fin de curso, la repetición *papagayesca* de los que se dijo en la cátedra. “Pruebas de sentido crítico, de originalidad de pensamiento, de prontitud para resolver cuestiones nuevas –dice el maestro italiano– no se pueden exigir a quien durante todo el año ha estado habituado a aceptar sin discusión las opiniones ajenas, a pensar sin fatiga con la cabeza de los demás”. Cada examen no es sino un escalón más hacia el milagroso título, que da derecho al que lo posee de comer pan para toda la vida. Aunque teóricamente el profesor podría pasar lista y así negar a quienes hubiesen faltado al 20% de sus clases, si las faltas son justificadas, o al 15%, si son injustificadas, el derecho a presentar el examen final, prefiere ver el aula medio vacía, con diez oyentes recogidos y fieles a una horda numerosa de cien “condenados al estudio forzoso”. El profesor está obligado a examinar al estudiante a través de una serie de preguntas sencillas, tipo catecismo, y “darse por satisfecho cuando el examinando repite, inmediatamente y con precisión mecánica, las cuatro líneas que sobre la cuestión hay escritas en los apuntes”. Cualquier examinador que desee probar la capacidad de razonar por sí mismos de los examinandos con preguntas inteligentes toparía con el reproche acongojado de que “eso no está en los apuntes”. Y, sin embargo, los estudiantes son aprobados con gran facilidad, porque en el examen de sus conocimientos está invertida la carga de la prueba: en vez de que el examinando pruebe lo que se le pregunta, el jurado debe más bien demostrar que el alumno no sabe absolutamente nada de la materia

examinada. La indulgencia en las pruebas, que rebaja cada vez más la dignidad de los estudios de derecho, se basa en el nihilismo displicente “de aquel buen natural italiano (nosotros diríamos venezolano) que desea, sobre todo, vivir y dejar vivir”. El profesor que se propusiera ser severo en los exámenes podría crear, a mediano plazo, si sus colegas lo imitaran, un repulsa de tal magnitud, que la Escuela tendría que prepararse para enfrentar el tumulto estudiantil y acordar la necesaria solución “pedagógica” del conflicto.

En cuanto a los profesores, la estabilidad del ordinario y la temporalidad del especial promueven la desidia y el trabajo improductivo. La manifestación estudiantil ha producido, concomitantemente, una masificación profesoral, de modo que el personal docente está lleno de “catedráticos” que no cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 85 de la Ley de Universidades. Esto se revierte en detrimento de la calidad de la Escuela y de la ausencia de producción científica por parte de su personal. ¡Hay, como dice J. R. Xirau, una legión de profesores inéditos!

Todo esto se refleja en la deficiencia de los egresados, deficiencia que se plasma en la pobreza de ideas fundamentales y en la incapacidad para la coordinación y para la síntesis. Los exámenes de las asignaturas especiales versan sobre preguntas que exigen del alumno una respuesta mecánica de artículos referentes a una cuestión especialísima y que luego no saben decir en qué consiste la diferencia entre derecho subjetivo y objetivo, o que si se les pregunta una definición de los derechos reales son capaces de contestar, como fue contestado una vez en un examen (¡oh preciosa antología de contestaciones célebres! dice Calamandrei), que son “los que pertenecen al Rey y a la familia real” (Nótese que Italia era un reino para la fecha en que Calamandrei escribe). Recuerdo ahora la anécdota de un prestigioso profesor de la Universidad Central de Venezuela que preguntó a un alumno por qué el quebrado queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos, y para contraer sobre ellos nuevas obligaciones, y la respuesta fue que él no había entendido nunca por qué un defecto físico determinaba una inhabilitación semejante. Se trata, por supuesto, de una caricatura sarcástica, pero el deterioro académico de las Escuelas de Derecho justifica la ironía, un poco para hacer más llevadera, por la vía del humor, aun cruel, la angustia que dicho deterioro causa en quienes desean para la Universidad un destino mejor.

Pero si la ignorancia sobre las cuestiones fundamentales del derecho es tan grotesca como para no conocer los conceptos claves de la disciplina, ¿qué decir de la incapacidad para descubrir bajo los artículos de los Códigos el fenómeno social, “para poner en contacto las fórmulas técnicas, aprendidas en la Escuela con la realidad del derecho vivo que a nuestro alrededor se transforma y se renueva perpetuamente?”



Podríamos seguir señalando otros problemas de la Escuela, problemas que revelan un quebrantamiento grave de la moralidad universitaria, y sobre los cuales, pese a que son *vox populi* en los pasillos universitarios, nunca han sido investigados, pero por ahora basta. Lo que quería recordar es que un libro escrito por un europeo en 1920, se ocupa de problemas académicos análogos a los de un país del Tercer Mundo en 1989, y que *la crisis de los estudios de derecho no es tanto un problema técnico como un problema de disciplina moral*. Problema de un país cuyo sistema político, económico y social, ha reproducido a escala reducida en nuestra Escuela la crisis global que el país padece. ¿Qué hacer? Me gustaría recomendar un análisis sociológico y no normativo del asunto, a fin de que podamos proponer las reformas que se puedan abordar viablemente.

---

P. Calamandrei, *Demastados Abogados*, Buenos Aires, EJEA. 1960. Trad. de J. R. Xirau.

P. Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, EJEA. 1960. Trad. de H. Fix Zamudio.

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

### CONTRIBUCION AL ESTUDIO DEL ESTADO AUTORITARIO

Dr. Eduardo García de Enterría

Miembro de la Real Academia Española de la Lengua,  
catedrático emérito de derecho administrativo en la  
Facultad de Derecho de la  
Universidad Complutense de Madrid.

Cortiñas-Peláez, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, Alcalá de Henares (Madrid): Instituto Nacional de Administración Pública/Colección: "Administración Pública en América Latina", segunda edición, 1986, 316 pp.

El Dr. León Cortiñas-Peláez es uno de los nombres capitales del Derecho Público latinoamericano, de su estructura científica y de su conciencia moral.

Uruguayo de nacimiento, discípulo allí del Prof. Sayagués-Laso, a quien pagará luego con creces su discipulazgo, hace más de tarde sus estudios europeos durante largos años en Universidades alemanas, francesas y españolas donde se familiariza con las doctrinas más elaboradas y sofisticadas, y donde también trenza con los respectivos profesorado una red de conocimientos, de estimación y de aprecio recíprocos difícilmente igualable. En España lleva a término el impresionante *Homenaje* a su maestro, con ocasión de su muerte prematura y trágica, que son los cinco tomos de la obra *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, conjunto inigualado del iuspublicismo de los cinco continentes versando sobre un tema común; el libro, cuya preparación y articulación ocupó varios años completos a su director, ha pasado a ser un clásico de los temas básico de nuestras disciplinas, haciendo pleno honor a su título. Soy testigo personal, con ocasión de su estancia de dos años cumplidos entre nosotros, de su dedicación, de su entrega, de su fidelidad y también de su generosa y leal opción, siguiendo sus profundas convicciones por la libertad, en favor de la que él designó por vez primera "Escuela democrática del Derecho Administrativo", fidelidad mantenida en épocas oscuras aún a costa de perder sus magros recursos de sostenimiento. Profesor más tarde en una de las Universidades de



París, donde deja una notable huella entre sus colegas y sus discípulos, concluye, finalmente, sus *Wanderjahre* afincándose en México, cuya nacionalidad adquirirá, con cuya entelequia nacional se identificará, con su característico elan de generosidad, y donde se estabilizará por sucesivas oposiciones como Profesor ordinario de la U.A.M. y de la U.N.A.M., y animador de un "taller" de iuspublicistas que está comenzando a hacerse notar en el panorama científico de aquella República.

De León Cortiñas admiramos sus amigos su sabiduría, su entusiasmo, su fe en la libertad, en "el horizonte bolivariano" de Hispanoamérica, en la "noosfera" teillardiana, y también, como jurista avezado que es, en los recursos del Derecho para servir a esas otras creencias profundas; pero quizás especialmente, permítaseme resaltarlo, su lealtad probada con las ideas y con las personas. El Prof. Cortiñas pertenece a la clase de universitarios "irradiantes", que sobresale por ello por su luz, donde quiera de que esté, y por su capacidad de inflamación de su entorno, lo que no es sino la capacidad de encarnar y de hacer con ello visibles y operativos ante los demás los valores profundos en los que apoyaba su vida eterna. Es un hombre que, habiendo vivido en muchas tierras y en muchos ambientes, ha dejado en todos una estela de amistades profundas y una imagen uniforme de generosidad, de entusiasmo y de fe en la libertad y en la Universidad.

Para mí, que soy su deudor en muchas cosas, constituye una gran alegría officiar ahora como su recensionista ante el público de lengua castellana, con la ocasión de su primer libro exclusivo (pues de él es, en realidad, la impresionante obra ya citada *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, por él tejida, organizada, anotada y presentada con una impresionante "Introducción general" de más de cien páginas) editado en España.

El libro aquí comentado, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, es una ofrenda a su patria uruguaya, un testimonio de su exilio activo, y no sólo pasivo, ante una situación para él invisible, pero junto a ello podemos encontrar en esta obra un análisis técnico riguroso que ha de considerarse de primera importancia sobre el proceso de degradación de una democracia hacia una dictadura pura y simple. Ningún libro como éste, con su austeridad técnica, con sus datos y sus análisis implacables, con su razonamiento expositivo y argumentativo, para seguir el curso real de esa degradación, los mecanismos supuestamente técnicos con los que, paulatinamente, intenta justificarse una apropiación pura y simple del poder en un país latinoamericano durante período 1968-1985, época de casi dos decenios que ha marcado una etapa en el curso político del continente. Justamente por el peso histórico que representó en su momento la democracia uruguaya (entre cuyos orígenes el autor nos des-

cubre la significación que tuvo la Constitución de Cádiz), nos encontramos aquí con unos curiosos dictadores, que intentan justificar en Resultandos y Considerandos, con razonamientos que quieren ser jurídicos y hasta con mención expresa de la doctrina de los autores, la eliminación de una Magistratura independiente y su refacción como simple instrumento del Ejecutivo, a utilizar desembarazadamente en la lucha política. Así como se ha dicho muchas veces que la hipocresía es un tributo que la mentira rinde a la verdad, así también en este caso ese intento de justificación jurídica y de teoría política singular ha significado un tributo de los "gobiernos de facto" uruguayos al Derecho y a la democracia. Fue justamente la ciudadanía la que ejemplarmente saldó ese enfrentamiento, al decidir en el referéndum constitucional de noviembre de 1980, y en los resultados electorales (internos a los partidos) de 1982, su franco rechazo de una institucionalización definitiva de tales doctrinas jurídicas y políticas y la voluntad resuelta de retornar a un verdadero Estado de Derecho, conforme a la tradición del país.

No basta con saber que lo que aquí se cuenta puntual y rigurosamente es ya historia y figura en el catálogo de las recetas políticas ya archivadas, y hasta por desdicha quizá no del todo, como parecen insinuarlo los conflictos de jurisdicción entre civiles y militares de 1985 a 1989 en Uruguay, y en Argentina, Chile y en los países del Pacto Andino en los noventas; hay que conocer exactamente cuáles han sido los soportes teóricos e instrumentales de esa fórmula para evitar que pueda volver a presentarse y para ahondar en las razones que justifican el único régimen soportable ya por los hispanos de cualquier continente en este final de siglo, un régimen de libertad, de pluralismo, de democracia pues, y de Estado de Derecho.

Cortiñas-Peláez ahonda esas razones, a las que presta no sólo su ciencia, sino también su pasión, que se vislumbra fácilmente a través de la malla argumental de su razonamiento técnico-jurídico y no obstante el ascetismo que éste impone. Estamos ante un caso prototípico de lo que el propio Cortiñas, siguiendo una línea inequívoca, ha llamado "ciencia con conciencia". Hay, pues, además, una excelente lección de método para el iuspublicismo de nuestros tiempos conturbados.

Me parece este libro una magnífica ocasión para que el Instituto Nacional de Administración Pública de España preserve en su proyectada política de cooperación iberoamericana, política en que los valores, la experiencia humana y la obra científica de León Cortiñas me parece que resultan imprescindibles.



## ENSAYO SOBRE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

Dr. Pablo Rodríguez Oconitrillo

San José: Gráfica Brenes, 1995,

1a. edición, 154 págs.

Colegio de Abogados.

El Colegio de Abogados ha publicado un interesante y valioso libro de Dr. Pablo Rodríguez Oconitrillo, titulado *Ensayo sobre el Estado social de derecho y la interpretación de la Constitución*.

Cabalmente, el Presidente del Colegio de Abogados Dr. Francisco Morera considera que el análisis del Dr. Rodríguez delinea la propia identidad de nuestro Estado social de derecho, ahora enriquecido con recientes pronunciamientos de la Sala Cuarta Constitucional.

Por su parte el Magistrado de la Sala Constitucional, Carlos Manuel Arguedas Ramírez, indica que evidentemente no son frecuentes entre nosotros los ensayos dedicados al problema crucial de la interpretación de la Constitución. El que Rodríguez Oconitrillo penetra en este asunto le convierte en uno de los iniciadores de una exploración sin fin.

Diez temas son desarrollados sugestivamente en este libro, desde su inicio con las particularidades de la interpretación de la Constitución hasta el análisis de los juristas que construyen las normas constitucionales. Seguidos por tres interesantes apéndices relativos a sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Ratificando el criterio del juez Oliver Wendell Holmes (1841-1935), el Dr. Rodríguez expresa que una Constitución se hace para un pueblo con puntos de vista fundamentalmente diferentes, por ello una Constitución no se supone que deba englobar una particular teoría económica, ya sea paternalista... o de *laissez faire*. Este criterio lo avaló el constituyente de 1949 Rodrigo Facio Brenes cuando defendió el punto de vista de que la Constitución debía ser flexible y no cerrada por un espíritu sectario.

Bien señala el Dr. Rodríguez que el Derecho constitucional parece el propio de una sociedad abierta: el derecho de unos ciudadanos marcados por las desigualdades pero dispuestos a transar en busca de soluciones.

Este importante libro del Dr. Rodríguez viene a constituirse en un aporte relevante para la cultura jurídica del país.

j. e. romero-pérez

## EL SISTEMA PENAL ANTE EL DILEMA DE SUS ALTERNATIVAS

Dr. José Manuel Arroyo

(San José, Colegio de Abogados, 1995).

Como bien expresa el Presidente del Colegio de Abogados, Dr. Francisco Morera Alfaro, el título de este libro es explícito por sí mismo. De una parte el Sistema Penal debe valorar sus propias alternativas so pena de abrir peligrosos espacios a una sociedad autoritaria que justifique, con medidas ahistóricas, su propia incapacidad, al momento en que concomitantemente coloca a parte de su ciudadanía en el límite real de sus derechos humanos. De otra, como corresponde a un moderno Estado de Derecho debe plantearse la razón de ser de su sistema represivo, ya no solo en su administración funcional sino en su estimativa jurídica misma.

La segunda alternativa, continúa el Dr. Morera, implica, no solo asumir con rigor la decisión de no querer reproducir más el aumento de la criminalidad que generan los centros penitenciarios, al aplicar la pena privativa de libertad como resultado "ejemplarizante y sancionador", sino también, abrir espacios de racionalidad económica a un Estado de Derecho que bien puede dirigir sus recursos a políticas de prevención o de penas alternativas, antes que continuar haciendo individuos so pretexto de defensa social o procurando una resocialización del delincuente que es más teórica-académica que realidad social. (*Presentación*, pp. VII y VIII).

El libro del abogado Arroyo fue el fruto de la estadía académica en la República Federal de Alemania y comprende seis macro temas:

1. pena y los diversos sistemas de clasificación;
2. modelos explicativos del origen y o naturaleza de la pena privativa de libertad;
3. propuestas alternativas al sistema penal;
4. penas alternativas a la prisión, sanciones;
5. sistema penal y sistema penitenciario en América; y
6. notas sobre la evolución penal y penitenciaria en Costa Rica, alternativas de derecho y alternativas de hecho en el penitenciarismo costarricense, lineamientos de Derecho Constitucional en materia penitenciaria y reformas legales al régimen punitivo y de ejecución penal.

Asimismo contiene un apartado sobre *conclusiones* y la *bibliografía* respectiva.



Este libro está en la corriente de la *criminología crítica*, que como dice su maestro Alessandro Baratta la etiqueta de este enfoque se refiere a un campo muy vasto y no homogéneo de discursos que, en el campo del pensamiento criminológico y sociológico-jurídico contemporáneo, tienen en común una característica que los distingue de la criminología "tradicional": la nueva forma de definir el objeto y los términos mismos de la cuestión criminal. Este nuevo paradigma implica un análisis del proceso de definición y de reacción social que se extiende a la distribución del poder de definición de reacción en una sociedad, a la desigual distribución de este poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de este proceso. Cuando junto a la "dimensión de la definición", la "dimensión del poder" aparece suficientemente desarrollada en la construcción de una teoría, estamos en presencia del mínimo denominador común de toda esta perspectiva que podemos ordenar bajo la denominación de "criminología crítica" (*Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, México: Siglo XXI, 1986, pp. 223 y 225).

En el tema de Costa Rica, el autor tiene una secuencia de interesantes aspectos como la consolidación del sistema punitivo positivista y la ideología de la defensa social (1914-1970), en el cual anota que un Código Penal puesto en vigencia en 1924 y 1941 no cambiaron sustancialmente ni el modelo sancionatorio ni los fines asignados a la pena. A pesar de que el Estado costarricense estaba carente de una estrategia de política criminal o de control social, siguió recurriendo a las instituciones legales tradicionales en procura de aliviar los rigores de la cárcel (pp. 158 y 159).

Agrega, el sistema progresivo y la ideología del tratamiento: auge y quiebra de una propuesta penitenciaria (1970-1990), señalando que la década de los años setenta está marcada por el clima de reforma con la emisión de los nuevos Código Penal (1971) y Código de Procedimientos Penales (1976) y la fundación del Centro Penitenciario La Reforma, entre otros cambios (p. 160).

En esta evolución, se rechaza que la cárcel rehabilite y que exista un concepto retributivo de la pena (p. 170).

En forma relevante el autor expone lo esencial del proyecto de reforma al Código Penal (1993). Aquí se indica que se mantiene una división bipartita en las clases de pena, pero se amplía notablemente el número de posibilidades sancionatorias en particular; también se obliga a los jueces penales y a los de ejecución penal a cuidar que las penas impuestas y ejecutadas no dañen a terceros ni violen los derechos humanos del penado o penada. Puntualizando que quizá lo más novedoso en esta materia, lo sea la disposición que permite, en casos comprobados de insolvencia, sustituir la pena de multa por la de prestación de trabajo de utilidad pública, limitación o prohibición de residencia, etc. (p. 207).

Este libro resulta de suma utilidad para la comprensión del Derecho Penal contemporáneo, tanto a nivel supranacional como local.

*j. e. romero-pérez*

## DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Dr. Rubén Hernández Valle*  
(San José: Editorial Juricentro, 1995).

El Dr. Rubén Hernández Valle, luego de publicar sus dos tomos sobre *El Derecho de la Constitución* (San José: Editorial Juricentro, 1993 y 1994), nos ofrece su interesante y valioso *Derecho Procesal Constitucional*, conformando así el Derecho Constitucional de fondo y procedimental en nuestro país. Sin duda es una obra, en su conjunto, muy importante en el Derecho público costarricense.

El contenido del *Derecho Procesal Constitucional* es el siguiente:

- 1) Garantías constitucionales y defensa de la Constitución.
- 2) Justicia constitucional, jurisdicción constitucional y derecho procesal constitucional.
- 3) Tipología de los procesos constitucionales.
- 4) Los presupuestos de la jurisdicción constitucional.
- 5) Los límites de la jurisdicción constitucional.
- 6) La justificación político-jurídica de los tribunales constitucionales.
- 7) Los principios rectores de la jurisdicción constitucional.

Esto en el campo de la *primera parte*.

En la *segunda parte* se hace un análisis de la jurisdicción constitucional en Costa Rica. La *tercera parte* la refiere al proceso de hábeas corpus. La *cuarta parte* plantea el proceso de amparo. La *quinta parte* atañe a los procesos constitucionales para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Y, finalmente, la *sexta parte* estudia la jurisdicción constitucional orgánica.

Como certeramente afirma su autor, en esta obra se analiza los principios que informan el Derecho procesal constitucional moderno, a la luz del ordenamiento costarricense (p. 21).

Se debe tener presente que el Derecho procesal constitucional tutela dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional (p. 35). Asimismo, este derecho debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional: la magistratura y los procesos constitucionales (p. 36).

El autor precisa que la Constitución constituye el orden jurídico superior del Estado, donde se plasman las normas, principios y valores materiales que lo fundamentan y que los diferentes órganos públicos están comprometidos a desarrollar en beneficio de los ciudadanos. El



Derecho de la Constitución se ve constantemente amenazado de violación no solo por los órganos estatales, sino también por los propios particulares, organizados modernamente en poderosos grupos de interés y de presión (p. 80).

Por lo que corresponde a la Sala Constitucional, se sabe que el artículo 13 de la Ley de la materia, manda que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para la propia Sala. Al respecto indica el Dr. Hernández que la potestad de la citada Sala para anular sus propias decisiones no está contemplada expresamente en la ley de marras, pero la consideramos de principio, puesto que de lo contrario no sería posible que, en determinados casos, la propia Sala pudiera corregir, de manera ágil y sin procesos adicionales, evidentes errores cometidos en una resolución suya anterior en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos (p. 109).

Este libro, sin duda, es de obligatoria lectura y estudio para todos aquellos interesados en el campo constitucional y en el funcionamiento de la Sala respectiva.

*j. e. romero-pérez*

## INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<i>Ensayos:</i>	
Breve comentario en torno a la ley italiana sobre la disciplina de la adopción y depósito de menores	
<i>Dra. María de los Angeles Soto Gamboa</i> .....	9
Quimeras en "perfil"	
<i>Dr. Enrique Pedro Haba</i> .....	25
Fideicomiso: naturaleza jurídica ✓	
<i>Lic. Mariano Jiménez Zeledón</i> .....	55
Ley de derechos de autor.-Análisis	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	83
La Convención de Diversidad Biológica y los derechos de propiedad intelectual	
<i>Lic. Jorge Cabrera Medaglia</i> .....	111
<i>Documento:</i>	
¿Demasiados abogados?	
<i>Prof. J. M. Delgado Ocando</i> .....	147
<i>Reseñas bibliográficas:</i>	
Contribución al estudio del estado autoritario	
<i>Dr. Cortiñas-Peláez (Dr. Eduardo García de Enterría)</i> .....	151
Ensayo sobre el estado social de derecho y la interpretación de la Constitución	
<i>Dr. Pablo Rodríguez Oconitrillo (J. E. Romero-Pérez)</i> .....	154
El Sistema Penal ante el el dilema de sus alternativas	
<i>Dr. José Manuel Arroyo (J. E. Romero-Pérez)</i> .....	155
Derecho Procesal Constitucional	
<i>Dr. Rubén Hernández Valle (J. E. Romero-Pérez)</i> .....	157