DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 42

SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE – DICIEMBRE
1980

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

1981

Presidente:
Lic. Manuel Emilio Rodríguez

Vice-Presidente:
Lic. William Muñoz Céspedes

Secretario:
Lic. Alfredo Bolaños Morales

Prosecretario:
Dr. Luis Paulino Mora Mora

Tesorero:
Lic. Nilo Arce Sáenz

Fiscal:
Licda. Liliana García Vega

Vocal 1º:
Lic. Rodolfo Coto Pacheco

Vocal 2º:
Lic. Carlos Corrales Solano

Vocal 3º:
Lic. Eduardo Sancho González

Vocal 4º:
Lic. Antonio Bastida de Paz

Vocal 5º:
Lic. Eduardo Aguilar Bloise

PRESENTACION

En este número de la revista se publican trabajos de investigación en los campos del derecho civil, procesal civil, penal, familia, sociología jurídica, derecho del mar y procesal penal.

Agradecemos la colaboración de los investigadores que han tenido la gentileza de facilitarnos sus trabajos para su edición.

j. e. romero p.

MEDITACIONES SOBRE DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACION

Dr. Gastón Certad M.

Profesor de Derecho Comercial y de Derecho Privado en la U. de C. R. y en la U.A.C.A.

Sumario:

1.—La divisibilidad y la indivisibilidad de la obligación como cualidades del objeto de la prestación y, en consecuencia, del interés del acreedor. Valoración crítica de la doctrina.

2.—Las llamadas indivisibilidad objetiva e indivisibilidad subjetiva, o convencional.

3.—Correcta aplicación de la posición propuesta sub 1) a ciertos casos concretos. Reexamen crítico de las conclusiones de la doctrina frente a dichas hipótesis: A) y B) del objeto —cosa en particular (obligaciones de traspasar la propiedad y de entregar); C) del objeto-hecho en particular (obligaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar una obra).

1.—Partiendo del hecho indiscutible de que divisibilidad e indivisibilidad son nociones diametralmente opuestas, la divisibilidad y la indivisibilidad de la obligación se determinan, según se infiere del inciso 1º del artículo 662 C. C., en función de la indivisibilidad o divisibilidad del objeto de la obligación —más propiamente de la prestación[1]—, esto es, de la cosa o del hecho debidos.

La divisibilidad e indivisibilidad del objeto de la prestación, según los principios que informan la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, y por su posible extensión a los hechos[2], se determinan por la posibilidad de que el objeto mismo, es decir, la cosa o el hecho, pueda ser fraccionado en partes. Son partes —en atención a los principios que informan la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, principios que pueden extenderse a los hechos porque estos tienen de común con las cosas el gozar de la naturaleza del bien, al que va dirigido el interés del acreedor— las porciones de la cosa o del hecho que conservan la función y, proporcionalmente, el valor del todo[3]: porciones idóneas, por ello, para ofrecer, proporcionalmente, las mismas utilidades que son ofrecidas por el objeto entero.

Tienen por objeto, cosas, las prestaciones de dar, es decir, aquellas que pretenden traspasar la propiedad o constituir o traspasar un derecho real especial, y las prestaciones de consignar o entregar, sea aquellas que pretenden procurar la posesión o la

---

1 Debemos ante todo tener bien presente la distinción entre prestación y objeto de la prestación, que no surge clara del texto del inciso 1º del artículo 662 C. C.: el objeto de la prestación, cosa o hecho, es a lo que está dirigido el interés del acreedor, es el bien (en sentido amplio) que satisface ese interés, (artículo 627 inciso b) C. C.); mientras que la prestación, contenido, parte integrante de la obligación, es el medio que, normalmente, permite al acreedor la consecución del bien (en sentido amplio) y, por ello, la realización del interés.

2 BIONDI, Biondo, *"Los Bienes"*, Edit. Bosch, Barcelona, 1961, págs. 94 y ss.; Pérez, Victor, *"Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico"*, en Revista Judicial Nº XV, San José, marzo de 1980, págs. 107 y 108; PUGLIATTI, Salvatore, *"Beni e cose in senso giuridico"*, Guiffé Ed., Milano, 1962, pág. 212.

3 Los llamados criterios de la función y del valor.

simple tenencia[4]. Con el término "cosa" queremos designar, no la cosa en cuanto tal, sino la cosa en cuanto fuente de utilidad, comprendiendo además las utilidades mismas que de la cosa pueden obtenerse (tales como la utilidad de goce y de intercambio o una u otra) según la posición jurídica (derecho de propiedad, derecho real de goce o de garantía, posesión) que el cumplimiento de la obligación debe procurarle al acreedor.

Tienen por objeto hechos las prestaciones de hacer y las de no hacer[5]: tal objeto puede consistir en la cosa misma, en cuanto resultado de la actividad creativa del deudor (objeto, por ejemplo, de la prestación de construir una carretera); o encontrarse la cosa en el mismo estado en que se encontraba al momento de constituirse la relación (objeto, por ejemplo, de la prestación de custodiar); o en encontrarse la cosa en un lugar en vez de otro (objeto, por ejemplo, de la prestación de transportar); o bien en la no realización de un determinado hecho o acto (objeto de la prestación negativa); etc.

Vemos así como existe una distinta posición de los objetos frente a los distintos tipos de prestaciones: el objeto de las prestaciones de "dare" y "praestare" (cosa) no es el resultado de un comportamiento, como sí lo es el objeto de las prestaciones de hacer y no hacer (hecho). Ello no obstante, el objeto de la prestación tiene, en todas las hipótesis, idénticas posición y función frente al interés del acreedor: es siempre el objeto de este interés, el "bien" (aunque a veces inmaterial) que lo satisface.[6]

Pues bien; precisamente porque el objeto de la prestación (la cosa o el hecho) es lo que satisface el interés del acreedor (por ello el bien objeto del interés), la divisibilidad o la indivisibilidad del objeto de la prestación (y por consiguiente de la prestación y de la obligación y, también, de la deuda y del crédito) son, en último grado, la divisibilidad o indivisibilidad del interés del acreedor, esto es, la posibilidad o imposibilidad de satisfacción

4 BRENES CORDOBA, Alberto, *"Tratado de las obligaciones"*, Ediciones Juricentro S. A., San José, 1977, pág. 16, números 14 y 15.

5 En las obligaciones negativas objeto de la prestación es el no verificarse un determinado hecho o acto.

6 CICALA, Raffaele, *"Divisibilitá e indivisibilitá dell' obbligazione"*, en Saggi, L'arte tipográfico, Napoli, 1969, págs. 7 y 8.

parcial del interés mismo. Mediante la referencia al interés (que se nos permite gracias a la mencionada relación objeto-interés) es posible alcanzar y definir el aspecto funcional del carácter de la indivisibilidad o divisibilidad de la relación jurídica: la obligación es divisible o indivisible según que el cumplimiento de cada una de las obligaciones que pudieren resultar de su fraccionamiento procure o no al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le hubiere brindado el cumplimiento de la entera obligación.

El anterior ámbito funcional, teleológico del carácter de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación encuentra su fundamento precisamente en la identificación de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación con la divisibilidad e indivisibilidad de la cosa o del hecho objeto de la prestación, porque es el objeto de la prestación así entendido, el bien que está destinado a satisfacer el interés del acreedor.

Esta conclusión a la que hemos llegado no tiene nada de novedoso y es hoy pacíficamente afirmada y acogida por la doctrina más moderna la cual, sin embargo, como tendremos oportunidad de examinar más adelante, no logra mantenerse coherente a la hora de efectuar sus aplicaciones prácticas, como es por el contrario perfectamente posible, según demostraremos, si no se pierden de vista sus elementos y los distintos momentos en que se descompone. Veremos entonces cómo muchas conclusiones doctrinarias sobre la divisibilidad e indivisibilidad de ciertas obligaciones, no corresponden a una valoración del objeto de la prestación, ni mucho menos del interés del acreedor según el criterio de la proporcionalidad de las utilidades, sino más bien, o a la valoración del objeto según otros criterios o a la valoración de entidades distintas al objeto. En cuanto a esta última afirmación es necesario recordar que se suele afirmar por algunos[7] que la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación se identifica con la divisibilidad e indivisibilidad de la prestación, subrayando que es

7 BRANCA, Giuseppe, *"Instituciones de Derecho Privado"*, Ed. Porrúa S. A., México 1978, pág. 264; PACCHIONI, Giovanni, *"Delle Obbligazioni in Generale"*, CEDAM, Padova, 1935, págs. 279 y sgs; RUBINO, Domenico, *"Delle obbligazioni* (artt. 1285-1320)", en Commentario al Codice Civile, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Zanichelli S. A., Bologna, 1961, págs. 345 y sgs; SCUTO, C., *"Teoria Generale delle obbligazioni"*, Jovene, Napoli, 1950, págs. 33; VON THUR, Andreas, *"Tratado de las obligaciones"*. II, Ed. Reus S. A., Madrid, 1934, págs. 280 y sgs.

necesario atender a la prestación y no a su objeto. Pretenden estos autores justificar esta posición, abiertamente en contraste con nuestro texto legislativo (inciso 1º del artículo 662 C.C.), con el siguiente argumento que, dicho sea de paso, se traduce en una errónea aplicación de la premisa que intentan demostrar: puede suceder que el objeto de la prestación sea indivisible y que, sin embargo, la prestación (y también la obligación) sea divisible; y viceversa, que el objeto de la prestación sea divisible y, sin embargo, la prestación (y también la obligación) sea indivisible. Así, se dice, es divisible, por ejemplo, la prestación (y, en consecuencia, la obligación) de traspasar la propiedad de una cosa divisible, porque la propiedad es susceptible de dividirse en cuotas ideales; y viceversa, (la prestación, y por lo tanto) la obligación de ejecutar una obra es indivisible aun si la obra, considerada en sí misma, es divisible: verbigracia, la obligación de construir un edificio, hipótesis en que el edificio en sí considerado es, o por lo menos puede ser, divisible en pisos. Sin embargo, todas estas conclusiones, como veremos, no pueden ser condivididas por nosotros.

Por otro lado, no pocos escritores definen la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación refiriéndola a la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación[8], sea reproduciendo casi literalmente la fórmula usada por nuestro legislador en el repetido inciso 1º del artículo 662 C. C. Pero esta corriente doctrinaria no afirma su propia autonomía frente a la posición antes comentada, que rechaza "expressi verbis" la referencia al objeto de la prestación: y en verdad, discurren sus seguidores indistintamente de prestación y de objeto de la prestación, siendo estos conceptos, como ya vimos, bien distintos[9]. Esta falta de autonomía queda claramente evidenciada frente al hecho de que, a la hora de aplicar

8 BARASSI, Lodovico, *"Teoría Generale delle obbligazioni"*, I, Giuffrè, Milano, 1948, págs. 196 y sgs.; BARBERO, Domenico, *"Sistema del Derecho Privado"*, III, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 29; BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 51, número 106; CARBONNIER, Jean, *"Derecho Civil"*, Tomo II, Volumen III, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 217; GANGI, Calogero, *"Le obbligazioni"*, Giuffrè, Milano, 1951, págs. 277 y sgs.; MESSINEO, Francesco, *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, IV, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, págs. 418 y ss.; siguen la tesis sustentada en el texto, CICALA, Raffaele, op. cit., págs. 3 y sgs.; TRABUCCHI, Alberto, *"Instituciones del Derecho Civil"*, II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, pág. 26.

9 Ver Infra, nota 1.

los postulados teóricos a ciertos casos concretos (obligación de traspasar la propiedad de una cosa indivisible, obligación de ejecutar una obra divisible, etc.) estos autores llegan a las mismas conclusiones, de por sí erráticas, que alcanzan los promotores de la otra teoría. Tenemos que la distinción entre estas dos formulaciones doctrinales del concepto en estudio, tiene un alcance meramente terminológico, y en medida alguna sustancial.

2.—El artículo 662 C. C. opera, en sus dos incisos, una distinción en tema de indivisibilidad que se ha optado en llamar, por la mejor doctrina, objetiva (inciso 1º), y subjetiva o convencional (inciso 2º)[10], distinción que, según nuestro criterio, obedece tan sólo al momento genético de la indivisibilidad y no a su esencia, ni a su aspecto funcional.

Como sucede con otras cualidades de las cosas, tales como la infungibilidad y la inconsumibilidad[11], la imposibilidad de fraccionamiento en partes puede derivarse también de una especial voluntad del sujeto o sujetos, que haga indivisible una cosa que, por la función que normalmente está destinada a realizar, es divisible. El ordenamiento jurídico atribuye relevancia a esta intervención de la voluntad[12], operando una adecuación de la calificación jurídica al aspecto particular, bajo la cual esté concretamente considerada la cosa y prescindiendo de su normal función económico-social. La indivisibilidad llamada objetiva y la indivisibilidad llamada subjetiva se diferencian, entonces, en el particular modo en que se produce su génesis; pero no se diferencian en su

10 BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, número 108 y pág. 53, número 113.

11 BIONDI, Biondo, op. cit., págs. 82 y sgs. y 91 y sgs.; PEREZ V., Víctor, op. cit., págs. 105 y 106; PUGLIATTI, Salvatore, op. cit., pág. 212.

12 Que bien puede concretarse en una expresa declaración de las partes que establezca la indivisibilidad o bien resultar de la representación (que no permanezca en el ámbito de los motivos, de por sí irrelevantes para nuestro legislador, sino más bien que haya penetrado en el contenido del contrato) de un fin tal que no pueda realizarse sino con la totalidad. Esta última hipótesis es bastante frecuente: venta de una porción de terreno (divisible, véase Supra Nº 3, sub A) sobre el cual se intenta construir un edificio; venta de la cantidad de madera, hierro, etc., que sea necesaria para realizar cierto trabajo, etc.).

Es pacífico en doctrina que la indivisibilidad llamada subjetiva puede derivarse también de un negocio jurídico unilateral como, por ejemplo, el testamento.

esencia, ni, consecuentemente, en su función. En realidad, la disciplina del comportamiento de la obligación indivisible en nuestro Código no distingue entre obligación objetivamente indivisible y obligación subjetivamente indivisible: ya sea que el objeto de la prestación es indivisible por su propia esencia o naturaleza, ya por una particular valoración de las partes, la indivisibilidad es siempre imposibilidad de fraccionamiento en partes, y en cuanto es, en todo caso, indivisibilidad del objeto de la prestación, la indivisibilidad es siempre objetiva. De ahí que la dicotomía indivisibilidad objetiva-indivisibilidad subjetiva sólo está referida al momento genético de la indivisibilidad misma, porque, considerados en su esencia y función, el objeto objetivamente indivisible y el objeto subjetivamente indivisible son equivalentes. Este limitado valor, que atiende a circunstancias poco relevantes para el Derecho, no justifica entonces la distinción que hace la norma del artículo 662.

3.—Muchas conclusiones de la doctrina sobre la divisibilidad de determinadas obligaciones resultan una estricta y correcta aplicación de la tesis hasta ahora expuesta que se centra sobre la valoración del objeto de la prestación, fundamentándose en el criterio según el cual hay divisibilidad e indivisibilidad según que las fracciones sean o no iguales al todo: verbigracia, es divisible la obligación de dar o entregar una cantidad de cosas fungibles; es divisible la obligación de ejecutar "obras fungibles", esto es, medidas con el número de los resultados (plantar 100 árboles); es divisible o indivisible la obligación negativa, según que el hecho negativo, el no verificarse un hecho (latu sensu), sea (como en la hipótesis de no vender 100 acciones de una sociedad anónima) o no sea (como en el caso de no impedir el paso) realizable o ejecutable por partes. Como puede apreciarse, las anteriores son todas conclusiones exactas que responden a una recta aplicación práctica del verdadero concepto teórico de divisibilidad e indivisibilidad de la obligación. Pero muchas otras conclusiones de la doctrina contemporánea, hasta el momento de casi pacífica aceptación, no responden, estrictamente, a la valoración de la cosa o del hecho ni, en consecuencia, del interés del acreedor, según el comentado criterio de la proporcionalidad de las utilidades, sino más bien a la valoración del objeto según otros criterios o, a veces, a la valoración de entidades que nada tienen que ver con el objeto.

A.—En relación con la obligación de dar, se considera corrientemente que la obligación de traspasar la propiedad es divisible, aun en el supuesto de que la cosa transferible sea indivisible, porque la propiedad es susceptible de dividirse en cuotas ideales[13], de tal modo que, en casos de pluralidad de deudores y/o de acreedores no solidarios, la obligación de trasmitir la propiedad se fraccionaría en obligaciones de trasmitir cuotas de co-propiedad. Y dentro de este orden de ideas, generalizando, la doctrina sostiene que son divisibles o indivisibles las obligaciones de traspasar o constituir derechos, según que estos sean (por ejemplo, el usufructo) o no (como por ejemplo, según la opinión dominante, la servidumbre) divisibles en cuotas ideales[14].

Esta afirmación, que está referida, cuando menos implícitamente, a hipótesis en las cuales el objeto de "dare" es un "corpus" y no una "quantitas", la hacen tanto los escritores que siguen la tesis según la cual para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación es necesario poner atención en la prestación y no en su objeto, cuanto aquellos que definen la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación en función de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa o del hecho objeto de la prestación.

Sin embargo, la afirmación de la divisibilidad de la obligación de trasmitir la propiedad (o en general, cualquier otro derecho divisible por cuotas) en obligaciones de trasferir cuotas de co-propiedad (o de cualquier otro derecho divisible por cuotas) no puede justificarse, ni con la primera, ni con la segunda teoría: no con la primera porque (a parte del carácter a priori e infundado de la premisa según la cual es necesario referirse a la prestación y no a su objeto), prestación es el comportamiento del deudor, y no el derecho, cuya vicisitud es su efecto; tampoco con

---

13 BRANCA, Giuseppe, op. cit., pág. 264; COLIN, Ambrosio-CAPITANT Henri, *"Curso Elemental de Derecho Civil"*, III, Ed. Reus, Madrid, 1943, pág. 434; ENNECERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLFF, Martín, *"Tratado de Derecho Civil"*, Tomo II, Volumen I, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 21; GIORGIANNI, Michele, *"Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e conesse: Lineamenti di un sistema"*, cit. por CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 40, nota 37; MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 419; RUBINO, op. cit., págs. 348 y sigs.; VON THUR, Andreas, op. cit., pág. 280. Incurre en el mismo lamentable error, BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, número 108.

14 Ver nota anterior. BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, N° 109.

la segunda porque la divisibilidad de las cosas se entiende, por los postulados doctrinarios que la informan, como divisibilidad real y no ideal o intelectual o por cuotas[15].

A muy distintas conclusiones llegaremos si identificamos correctamente el objeto de la prestación y buscamos la divisibilidad e indivisibilidad a través de los índices de calificación de la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, es decir, siguiendo el criterio de la proporcionalidad de las utilidades.

Objeto de la prestación es la cosa, no el derecho cuya vicisitud es el efecto que el ordenamiento jurídico hace surgir de la prestación (y del concurrente comportamiento del acreedor). El objeto de la prestación es aquello que satisface (directamente) el interés del acreedor. El interés es a su vez un elemento que el ordenamiento jurídico toma de la realidad preexistente. El interés, por tanto, no puede ser satisfecho por entidades ontológicamente jurídicas, esencialmente formales, sino por entidades que, como el interés mismo, pertenecen a la realidad preexistente al ordenamiento jurídico (las cosas).

Por estas razones, debemos sostener que la obligación de trasferir la propiedad es divisible e indivisible según que la cosa, de la que deba trasferirse la propiedad, sea divisble o indivisible. Y porque, según los principios que rigen el argumento, la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas se determina en atención a la posibilidad o imposibilidad de que se fraccionen en porciones que conserven la función y, proporcionalmente, el valor del todo, esto es, en porciones cualitativamente iguales al todo, llamadas partes-posibilidad o imposibilidad, entonces, de fracionamiento material, es decir, real o "in natura"—, la obligación de dar[16], en nuestra opinión, no se divide en obligaciones de traspasar cuotas de copropiedad (o de otro derecho divisible en cuotas), sino que se divide más bien en obligaciones de trasferir la propiedad (u otro derecho) sobre partes (reales) de la cosa, objeto de la prestación; conclusiones éstas que valen tanto frente a una "quantitas" (de

15 La divisibilidad en este otro sentido, al menos según las más connotadas enseñanzas no es cualidad o característica de las cosas, sino más bien de los derechos, como por ejemplo, el de propiedad.

16 Obviamente que en el texto discurrimos de "dar" en un sentido amplio, que comprende también, verbigracia, la obligación de vender.

cosas fungibles entre sí), y que como tal es divisible, como frente a un solo "corpus", que sea divisible ("in natura")[17]. De tal modo que, frente a hipótesis de divisibilidad de la cosa —y por lo tanto, de la obligación— a cada deudor (o al único) el acreedor (o cada uno de los acreedores) puede exigirle el traspaso de la propiedad de una parte de la cosa (correspondiente a su cuota de deuda o de crédito); por el contrario, frente a hipótesis de indivisibilidad de la cosa —y, por lo tanto de la obligación— a cada deudor (o al único) le puede ser exigido por el acreedor (o por cada uno de los acreedores) el traspaso de la propiedad de la totalidad de la cosa, como si la obligación fuere pasiva o activamente[18] solidaria[19].

En estricta aplicación del principio general que identifica la divisibilidad o la indivisibilidad de la obligación con la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación, es decir, de la cosa (y por ello de las utilidades que ésta representa en la relación a constituirse), en la hipótesis que estamos examinando hay divisibilidad de la obligación por partes de la cosa y no por cuotas del derecho. No ejercen entonces ninguna influencia, en lo tocante a la divisibilidad o no de la obligación, la divisibilidad o indivisibilidad entendidas como susceptibilidad o insusceptibilidad

17 La divisibilidad de una cosa no es algo distinto a la divisibilidad de una cantidad de cosas; ni tampoco existen en nuestra legislación datos positivos de los que pueda argumentarse una distinta relevancia entre una y otra. De modo que la divisibilidad de la "quantitas" y la divisibilidad de un solo "corpus", como gozan de una idéntica relevancia respecto al modo en que se realiza la disolución de la comunión (división "in natura", si hay divisibilidad), del mismo modo ejercen una idéntica influencia sobre la relación obligatoria, en cuanto una y otra determinan la divisibilidad de la obligación.

18 Muy presente tenemos que nuestro Código Civil, artículo 636, no admite la solidaridad entre acreedores; sin embargo, nos permitimos hablar en el texto de solidaridad activa porque simplemente no comulgamos con semejante tesis, hoy superada.

19 Por la facultad de exigir el "totum" a uno solo de los co-deudores de la obligación de dar indivisible (o solidaria), no obstante que el co-deudor (copropietario) no pueda transferir "plus iuris quam ipse habet", se pronuncian autores como CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 26; Idem, *"Concetto di divisibilitá e d'indivisibilitá dell' obbligazione"*, Jovene Ed., Napoli, 1953, pág. 23; REDENTI, Enrico, *"Il giudizio civile con pluralita di parti"*, Milano, 1911, págs. 238 y sgs. Sin embargo, no pocos autores se inclinan hacia la tesis de que el acreedor debe accionar contra todos los deudores, pidiendo el contemporáneo traspaso de todas las cuotas: GANGI, Calogero, op. cit., pág. 292; GIORGIANNI, Michele, op. cit., págs. 133 y 138; RUBINO, Domenico, op. cit., pág. 349.

de comunión del derecho que debe ser traspasado o constituido. Tampoco tiene importancia la problemática que concierne la estructura de la co-propiedad y, en general, de la comunión del derecho subjetivo. Así, la idéntica o distinta naturaleza que pueda existir entre propiedad y co-propiedad —es decir, el ser o no el derecho del co-propietario derecho de propiedad— no nos conduce a concluir (como postula la doctrina dominante), ni tampoco a excluir (como ha sido sostenida por alguien[20]), la divisibilidad de la obligación de traspasar la propiedad en obligaciones de trasferir cuotas de co-propiedad: ningún dato de derecho positivo[21] atribuye en esta materia relevancia a la llamada divisibilidad ideal[22] (del derecho cuya vicisitud es efecto de la prestación), en el sentido de que es ésta, y no la divisibilidad del objeto de la prestación, la que determina la divisibilidad de la obligación de dar. Identificar la divisibilidad de la obligación de traspasar la propiedad, de constituir o traspasar el usufructo, etc., con la posibilidad de traspasar cuotas o de constituir por cuotas tales derechos, riñe con el concepto de divisibilidad de la obligación como posibilidad de que el cumplimiento parcial brinde al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le proporcionaría el cumplimiento de toda la obligación. En realidad de verdad —y es precisamente aquí en donde se admira en todo su esplendor la falsedad de la concepción tradicional— entre el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una cosa y el traspaso de la co-propiedad (la constitución o el traspaso del co-usufructo, etc.) de la misma cosa, existe, respecto a las utilidades

20 ALLARA, Mario, *"Le nozioni fondamentali del Diritto Civile"*, I, Giappichelli, Torino, 1958, págs. 569 y ss.

21 Y no se crea que el dato positivo puede encontrarse en el inciso 2º del artículo 272 del Código Civil, pues dicha norma lo único que hace es pregonar un principio que nadie somete a discusión: la indivisibilidad de ciertas cosas o derechos, como los de servidumbre y los llamados reales de garantía.

22 No debemos confundir la divisibilidad ideal o por cuotas con la divisibilidad intelectual a que alude el inciso 1º del artículo 662 del Código Civil. Hay división material cuando una cosa se descompone orgánicamente en dos o más partes o porciones separadas y autónomas, que brindan la misma función y tienen, proporcionalmente, el mismo valor que el todo. Se dividen materialmente, por ejemplo, los líquidos, el papel, la tiza, etc.; hay división intelectual cuando una cosa, si bien no puede descomponerse orgánicamente en dos o más partes que resulten separadas y autónomas, es susceptible de dividirse en porciones que ofrecen la misma función y tienen, proporcionalmente, el mismo valor que el todo, como por ejemplo, un inmueble.

que uno y otro brindan, una diferencia cualitativa que es obra de los especiales límites inherentes al derecho en comunión[23]; entre el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una cosa y el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una parte de la misma cosa, hay, por el contrario (y siempre respecto a las utilidades que uno y otro deparan), una diferencia tan sólo cuantitativa, gracias a la igualdad cualitativa de la parte al todo.

Podemos decir, entonces, que la solución aquí propuesta está respaldada por la incongruencia de medir y parangonar la divisibilidad de la obligación de dar con la divisibilidad (en cuotas) del derecho a traspasar o constituir, incongruencia que nos permite comprender y destacar la importancia, aun práctica, de referir toda la problemática, al través del objeto de la prestación, al interés del acreedor.

B.—Contrastantes posiciones encontramos en la doctrina en tema de obligación de entregar: se afirma su divisibilidad o indivisibilidad según que deba procurarse al acreedor la posesión o la simple tenencia, como consecuencia de la divisibilidad (por cuotas) de la posesión (y, por lo tanto, de la posibilidad de cumplimiento por cuotas de co-posesión) y, respectivamente, de la indivisibilidad de la tenencia; o bien la divisibilidad, en todo caso, basándola en la indivisibilidad del acto de la entrega[24]. Todas estas afirmaciones hacen expresa o implícita referencia a la hipótesis en que el objeto del acto de entrega es una cosa simple individual, un solo "corpus", y no una "quantitas" de cosas fungibles: respecto a este último caso se afirma, generalmente, la divisibilidad de la obligación (en partes reales de la "quantitas").

Ahora bien; es nuestro deber recalcar que la vicisitud de la posesión o de la simple tenencia es un efecto jurídico de la presta-

23 La doctrina ha tenido ocasión de constatar que la suma de los valores de las llamadas "partes pro indiviso", por su menor amplitud y por su menor facilidad de goce (los inconvenientes a que da lugar la comunión, los gastos en que debe incurrirse para efectuar la división, etc.) es inferior al valor de la cosa entera.

24 La afirmación de la indivisibilidad de la obligación de entregar con fundamento la indivisibilidad del acto de la entrega ha sido sostenido últimamente por MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 420. En el mismo sentido, VON THUR, Andreas, op. cit., pág. 281.

ción[25]; el acto de entrega es la prestación misma; objeto de la prestación es aquí, al igual que en la obligación de dar, la cosa: así, igual que la obligación de dar, la de entregar es divisible o indivisible según que la cosa objeto de la prestación sea o no divisible. Semejante solución vale para todas las especies de la obligación de entregar: sea que deba procurarse al acreedor la posesión o la simple tenencia; sea que deba entregarse una cantidad de cosas fungibles o una sola cosa[26].

C.—Se suele afirmar en doctrina, pacíficamente, la indivisibilidad de ciertas obligaciones de hacer en base a la constatación de que sólo la ejecución total de la prestación produce un resultado idóneo a satisfacer el interés del acreedor; mientras que los resultados singulares de los respectivos actos de ejecución tienen un valor subordinado el uno del otro y no independiente el uno del otro, es decir, que ellos sirven sólo para preparar el cumplimiento, que no se perfecciona hasta que no se produzca el resultado final. Dentro de ese orden de ideas se sostiene que son siempre indivisibles, por ejemplo, las obligaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar una obra[27]. Tampoco comulgamos con estas ideas.

Que existan prestaciones cuyo cumplimiento se perfeccione sólo con el resultado final —que constituye precisamente el hecho idóneo a satisfacer el interés del acreedor— es una constatación

25 Según FUNAIOLI, *"La tradizione"*, CEDAM, Padova, 1942, pág. 204 y sgs., la "traditio" consiste en pasar de una posición de hecho a una posición jurídica de poseedor", por ello, aun el traspaso de la posesión es un efecto jurídico. En el mismo sentido DALMARTELLO, *"La consegna della cosa"*, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 181 y sgs. y 194 y sgs.

26 Respecto a la analogía existente entre la obligación de dar y la de consignar puede consultarse BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 16, números 14 y 17.

27 Respecto a la obligación de custodiar, ver FIORENTINO, *"Del deposito"*, en Comentario del Cód. Civil, dirigido por Scialoja y Branca, Libro IV, (arts. 1754-1860), Zanichelli S.P.A., Bologna, 1959, pág. 77; respecto a la obligación de transportar, ver IANUZZI, *"Del Transporto* (art. 1678-1972)" ivi 1961, pág. 262; y en lo tocante a la obligación de construir una obra, ver BRANCA, Giuseppe, op. cit., pág. 264; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, op. cit., pág. 21; STOLFI, M., *"Appalto-Transporto"*, en Trattato di Dir. Civile, dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli, V, 4, Vallardi, Milano, 1961, pág. 41; VON THUR, Andreas, op. cit., pág. 281. Acoge las conclusiones del texto sin entrar en muchas consideraciones, BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, números 107, para la obligación de transportar y N° 110 para la obligación de ejercitar una obra y pág. 54, N° 115.

pacífica y exacta. Pero sobre semejante constatación no puede fundamentarse la indivisibilidad de las obligaciones en examen, porque la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación está determinada, como hemos venido repitiendo hasta la saciedad, por la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación y no por la mencionada característica (la llamada "complejidad") de la prestación.

Cuando, para determinar si las obligaciones en examen son o no divisibles, hacemos referencia a uno o más actos aislados o momentos del comportamiento de custodia, a uno o más sectores del recorrido, a las porciones del edificio (cimientos, pisos, aposentos, etc.) que resulten de la ejecución (cuyo conjunto constituirá la "opus perfectum"), y afirmamos que hay indivisibilidad porque en estas fases de la actividad del deudor se obtienen resultados cualitativamente distintos al resultado prometido, hemos entonces considerado la prestación, valorándola en los momentos sucesivos de su ejecución, y no el objeto de la prestación bajo el ámbito de su divisibilidad o indivisibilidad. En realidad, el objeto de la prestación, que es lo que satisface el interés del acreedor, consiste, en cada una de las hipótesis en examen, en el resultado de la prestación (hecho): Y aquí, precisamente por el mencionado carácter de la prestación, no hay resultado, y por ende cumplimiento y satisfacción del interés, sino hasta el momento final de la actividad de ejecución. De ahí que la divisibilidad o la indivisibilidad del objeto de la prestación debamos buscarla en el hecho en sí, el hecho en cuanto tal, en cuanto resultado final y no en el "iter" formativo de ese resultado, es decir, en el "facere" (prestación) porque, así discurriendo, no representaríamos el objeto (resultado), sino la prestación (medio). Y debemos recordar que la división es una vicisitud de los objetos (y, por lo tanto, de las relaciones) que opera en un solo momento, es decir, en función del espacio, no del tiempo[28], [29].

28 Como resultado de las enseñanzas sobre la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, y su posible extensión a los hechos, divisibilidad es la posibilidad de fraccionamiento en partes existentes contemporáneamente, sea que las cosas son consideradas en sus dimensiones espaciales y no también en las temporales, esto es, en la duración de la relación de que la cosa es objeto.

29 Resulta importante tener muy presente, en lo referente a este punto concreto, el cuadrinomio fundamental de la fenomenología jurídica de que nos habla Angelo FALZEA, *"Efficacia Giuridica"*, en Enciclopedia del Diritto, XIV, Giuffrè Ed., Milano, 1965, págs. 467 y 468.

El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de custodiar —encontrarse la cosa en el mismo estado en que estaba al momento de constituirse la relación—, en cuanto constituye un modo de ser la cosa, es divisible o indivisible, según que la cosa cuya vigilancia se impone sea divisible o indivisible: en el primer supuesto, y no en el segundo, puede realizarse por partes de la cosa, esto es, es fraccionable en porciones contemporáneas e iguales al todo, así por ejemplo, la obligación de custodiar cien quintales de arroz, salvo que resulte indivisible por expresa voluntad de las partes (artículo 662, inciso 2º C. C.), es divisible en dos (o más) obligaciones de custodiar cincuenta (o menos) quintales de arroz; la obligación de custodiar un vehículo es, por el contrario, indivisible. El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de transportar —encontrarse la cosa en un lugar distinto al que se encontraba al momento de constituirse la relación—, en cuanto es un modo de ser de la cosa, es divisible según que la cosa que debe ser transportada sea divisible o indivisible: en el primer caso, no así en el segundo, puede realizarse por partes de la cosa, es decir, es fraccionable en porciones contemporáneas e iguales al todo; así por ejemplo, la obligación de transportar cien quintales de arroz, salvo que sea indivisible por expresa voluntad de las partes (art. 662, inciso 2º C. C.), es divisible en dos (o más) obligaciones de transportar cincuenta (o menos) quintales de arroz; la obligación de transportar un vehículo es, por el contrario, indivisible. El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de ejecutar una obra, que consista, por ejemplo, en construir uno o varios edificios —esto es, el edificio o los edificios, en cuanto constituye la cosa misma, es divisible o indivisible según que la cosa-hecho pueda o no generarse en porciones contemporáneas o iguales al todo. Debemos notar la diferencia entre esta última hipótesis y las anteriores: en aquellas la cosa (que debe ser custodiada o transportada) existe antes que el hecho, que se concreta en un modo de ser de la cosa; en esta última hipótesis el hecho se concreta en la cosa misma. Pero notemos también que, respecto a las tres hipótesis, hay identidad en el modo de efectuar el análisis: en todas las hipótesis debemos previamente determinar si el hecho puede o no cumplirse en porciones que se originan contemporáneamente y, luego, si la solución fuere afirmativa, si tales porciones son iguales al todo.

En relación a la tercera hipótesis —en donde, a diferencia de las restantes, el hecho se concreta en la cosa misma— debemos

tener muy presente que la indivisibilidad de la cosa en cuanto hecho, esto es, en cuanto resultado de la actividad creativa del deudor, no debe coincidir necesariamente con la indivisibilidad de la cosa en cuanto objeto de la actividad dispositiva del deudor. Esto no lo toma en consideración la doctrina que considera el objeto en sí (el edificio en sí considerado)[30] y no el objeto en su posición respecto a la prestación, el objeto de la determinada prestación, que es prestación de hacer —el edificio en cuanto hecho—. También en esta hipótesis, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende, como veremos, de la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación.

El edificio (un solo edificio) que debe ser construido no es un resultado que pueda ser fraccionado, como hecho, en porciones (resultados o hechos parciales) que tengan cumplimiento en el mismo momento (dentro del término del cumplimiento de la obligación), porque los cimientos existirán antes que el primer piso y éste después de los cimientos y antes que el segundo y éste después del primero pero antes que el tercero, etc. Por el contrario, el edificio mismo, en cuanto simplemente cosa, en cuanto objeto de una prestación de dar o de entregar, puede ser fraccionable en porciones (pisos o porciones de pisos) coexistentes e iguales, y por eso pueden ser divisibles —por partes (reales) del edificio y no por cuotas de co-propiedad— la obligación de dar y la de entregar un edificio. Ahora bien; en el primer supuesto —obligación de hacer—, es la misma imposibilidad de fraccionarlo en porciones existentes en un mismo momento lo que excluye, de un tajo, la divisibilidad, pues no siendo posible que las porciones del hecho vean la luz a un mismo tiempo, falta la contemporaneidad de las partes que es presupuesto de la divisibilidad. Esto nos obliga a concluir que estamos ante una obligación indivisible, aunque se dieran porciones con los mismos caracteres funcionales de todo.

Tomemos ahora como ejemplo la obligación de construir dos edificios: aquí el objeto de la prestación consiste en un hecho (o resultado) que puede ser cumplido en porciones (cada uno de los edificios) que surgen o se originan, a diferencia de los pisos

---

30 RUBINO, Domenico, op. cit., págs. 345 y sgs.; idem, *"Dell'appalto (art. 1655-1677)"*, en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961, págs. 24 y 30 y sgs.

de la hipótesis anterior, en un mismo momento. En este supuesto es necesario determinar si cada una de las porciones del hecho —cada uno de los edificios— es igual al todo —los dos edificios—, a fin de poderles dar el calificativo de partes. Si la respuesta fuera afirmativa, habrá divisibilidad del objeto de la prestación, y, por ende, de la obligación, como por ejemplo, en el caso de la obligación de construir dos o más edificios iguales, que no constituyen un único complejo arquitectónico (salvo, claro está, la contraria voluntad de las partes, esto es, la llamada indivisibilidad subjetiva, ex art. 662, inciso 2º C. C.).

Tenemos entonces que, según la "communis opinio", las obligaciones en examen son siempre indivisibles. Esta temeraria afirmación, a la cual respetables escritores se adhieren en base a la valoración del carácter "complejo" de la prestación, sin considerar la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación y por lo tanto sin valorar, o valorando en forma incompleta, el interés del acreedor —que es, como hemos repetido incansablemente, interés al objeto de la prestación, y no a la prestación en sí considerada—, comprende todas aquellas hipótesis en donde el cumplimiento de la obligación parcial le brindará al acreedor, proporcionalmente, una utilidad igual a la que le ofrecería el cumplimiento de la entera obligación. Estos últimos son, precisamente, los casos respecto de los cuales debe llegarse a la conclusión, sin desconocer el carácter complejo de la prestación, de que la obligación es divisible porque el objeto de la prestación es divisible: el hecho-objeto de las prestaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar la obra, divisible en cuanto susceptible de satisfacción parcial, es el interés a tal objeto pertinente. En dichas hipótesis, el cumplimiento parcial de la obligación (custodiar cincuenta quintales de arroz, transportar cincuenta quintales de arroz, construir un solo edificio de dos edificios iguales que no constituyan un único complejo arquitectónico) ofrece proporcionalmente al acreedor —precisamente porque se perfecciona con el cumplimiento de una parte del hecho-objeto— una utilidad igual que la que le ofrecería el cumplimiento total de la obligación, es decir, custodiar cien quintales de arroz, transportar cien quintales de arroz o construir dos edificios iguales.

Conclusión: El concepto según el cual la divisibilidad de la obligación es la posibilidad de que el cumplimiento parcial de

la obligación le brinde al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le brindaría el cumplimiento total de la obligación, encuentra fundamento sólo determinando, en el objeto de la prestación, el elemento de la relación que conlleva a la divisibilidad de la relación misma y no es coherente, como parece postularlo la doctrina, con una distinta identificación de tal elemento.

BIBLIOGRAFIA

ALLARA, Mario. *"Le nozioni fondamentali del Diritto Civile"*, I, Giappichelli, Torino, 1958.

BARASSI, Lodovico. *"Instituciones de Derecho Civil"*, II, Ed. Bosch. Barcelona, 1955.

BARASSI, Lodovico. *"Teoria Generale delle obbligazioni"*, I, Giuffré, Milano, 1948.

BARBERO, Domenico. *"Sistema del Derecho Privado"*, III, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.

BIONDI, Biondo. *"Los Bienes"*, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.

BRANCA, Giuseppe. *"Instituciones de Derecho Privado"*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1978.

BRENES CORDOBA, Alberto, *"Tratado de las Obligaciones"*, Ed. Juricentro, S. A., San José, 1977.

CARBONNIER, Jean. *"Derecho Civil"*, II, 3, Ed. Bosh. Barcelona, 1960.

CICALA, Raffaele. *"Concetto di divisibilitá e d'indivisibilitá dell'obbligazione"*, Jovene Ed., Napoli, 1953.

CICALA, Raffaele. *"Divisibilitá e indivisibilitá dell'obbligazione"*, en Saggi, L'arte Tipografico, Napoli, 1969.

COLIN AMBROSIO, CAPITANT, Henri. *"Curso Elemental de Derecho Civil"*, III, Ed. Reus, Madrid, 1943.

DALMRTELLO, Arturo, *"La Consegna della cosa"*, Giuffré, Milano, 1950.

ENNECERUS, Ludwing, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín, *"Tratado de Derecho Civil"*, II, 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1947.

FALZEA, Angelo. *"Efficacia Giuridica"*, en Enciclopedia del Diritto, XIV, Giuffré, Milano, 1965.

FIORENTINO, *"Del deposito"*, en comentario del Cód. Civ. dirigido por Scialoja y Branca, Libro IV (arts. 1754-1860). Zanichelli S.P.A., Bologna, 1959.

FUNAIOLI, Carlo Alberto, *"La Tradizione"*, CEDAM, Padova, 1942.

GANGI, Calogero. *"Le obbligazioni"*, Giuffré, Milano, 1951.

JANUZZI, Angelo. *"Del trasporto (art. 1678-1972)"*, en Comentario del Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.

MESSINEO, Francesco. *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, IV, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.

PACCHIONI, Giovanni. *"Delle obligazioni in generale"*, CEDAM, Padova, 1935.

PEREZ, Víctor. *"Objetos, Cosas y Bienes en sentido jurídico"*, en Revista Judicial Nº XV, San José, marzo 1980, págs. 107 y 108.

PUGLIATTI, Salvatore. *"Beni e cose in senso giuridico"*, Giuffré Ed., Milano, 1962.

REDENTI, Enrico. *"Il Giudizio Civile con pluralitá di parti"*, Milano, 1911.

RUBINO, Domenico. *"Delle obbligazioni (art. 1285-1320)"*, en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.

RUBINO, Domenico. *"Dell' appalto (arts. 1655-1577)"*, en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.

SCUTO, C. *"Teoría Generale delle obbligazioni"*, Jovene Ed., Napoli, 1950.

STOLFI, M. *"Appalto-Transporto"*, en Trattato di Diritto Civile dirigido por Grosso y Santoro-Pasarelli, V, 4, Vallardi, Milano, 1961.

TRABUCCHI, Alberto. *"Instituciones del Derecho Civil"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VON THUR, Andreas. *"Tratado de las obligaciones"*, II. Ed. Reus S. A., Madrid, 1934.

LA CASACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO *

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

* La primera parte (histórica) se publicó en el número anterior de esta revista (Nº 41). La tercera y última unidad (sobre Costa Rica) se publicará en el Nº 43. Se advierte que en las páginas 87 y 99 de la revista Nº 41, líneas 19 y 15 se deben leer respectivamente, 1790 y 1799.

SUMARIO: A.—*Generalidades:* 1. Regulación de la jurisdicción. 2. Regulación de la competencia. 3. Legitimación. 4. Recurso en interés de la ley. 5. Sentencias que gozan del recurso. 6. Motivos generales para recurrir en casación. 7. Juicio de hecho y juicio de derecho. 8. Los motivos concretos para recurrir en casación. a) Por nulidad de la sentencia o del procedimiento; b) Motivos por errores intrínsecos de derecho en la decisión impugnada; c) Motivos por omisa, insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia. 9. El reenvío. a) Sentencia de casación con reenvío; b) Sentencia de casación sin reenvío. 10. Enunciación del principio de derecho. 11. Poder rectificador del órgano de casación. 12. Juicio de reenvío. a) Extinción del proceso de reenvío. b) Medios de impugnación en el juicio de reenvío. B.—*Conclusiones.*

A.—*Generalidades:*

La casación en Italia fue establecida durante la donación napoleónica en 1797. El modelo correspondía al del instituto clásico francés, vigente para entonces y con las reformas evolutivas antes señaladas en Francia.

El derecho positivo italiano mantuvo el recurso con tales características hasta la modificación del Código Procesal Civil de 1865 con la emanación de uno nuevo en 1940.

La tendencia del legislador del 40 fue la de introducir una serie de variantes a la institución, manteniendo solo a nivel de principio general ,el carácter abstracto del recurso de casación original. En efecto, tal enunciación se encuentra en el artículo 65 del llamado "Ordenamiento Judicial" que establece como funciones de la Corte de Casación las siguientes:

> "La Corte Suprema de Casación cual órgano supremo de la justicia, asegura la exacta observación y la uniforme interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional y, el respeto a los límites de las diferentes jurisdicciones, regula los conflictos de competencia y de atribuciones y cumple los otros fines que a la misma, le confiere la ley."

Enmarcada en estos términos como vemos, la casación italiana es simplemente el resultado de la herencia revolucionaria de 1790. Sin embargo, repetimos, este concepto de estricto control de legitimidad se ve notablemente modificado en la ley como notaremos en el desarrollo de esta investigación.

Volviendo a la citada norma del Ordenamiento Judicial, encontramos que de acuerdo a la misma, el órgano de casación goza de un rango especial dentro la organización jurisdiccional o sea, se distingue del resto de los tribunales ordinarios asumiendo supremacía sobre los mismos en razón de sus atribuciones especiales en materia de jurisdicción y competencia y lógicamente, en relación al control de legitimidad del juicio de derecho mediante el cual se hace posible la exacta observación y la uniforme interpre-

tación de la ley y la consecuente unidad del Derecho objetivo. Analicemos brevemente, las potestades referentes al punto de jurisdicción y competencia.

1.—*Regulación de la jurisdicción:*

Concretamente, se trata de la aplicación del Reglamento Preventivo de Jurisdicción en cuanto corresponde al órgano de casación indicarla, en forma vinculante, ante el recurso de parte y aún, sin que exista sentencia dictada, es más el término idóneo para efectuar la demanda es aquel anterior a la existencia de una sentencia de mérito en primera instancia. Desde este punto de vista, el recurso viene planteado en condiciones "extra-ordinem" en cuanto se presenta directamente a la Suprema Corte o sea, "per saltum". La finalidad que se persigue de conceder el recurso de esta manera, obedece al interés del legislador de que no se desarrolle la función jurisdiccional viciada que se traduzca luego, en un desperdicio procesal. Por ello se considera un recurso de tipo preventivo y en muchos casos se ha dicho que no conlleva un verdadero medio de impugnación porque no se está atacando una sentencia ya que la misma, al momento de la demanda, no existe.[1]

Por otro lado, los poderes contralores sobre la jurisdicción en casación, se extienden a la solución de los conflictos de jurisdicción que surjan entre la jurisdicción ordinaria y aquellas especiales o, entre estas mismas. En un segundo plano, también aquellos conflictos entre jueces ordinarios y administrativos.

Es de primordial importancia señalar que cuando la casación se pronuncia declarando la jurisdicción, como se ha dicho antes, tal pronunciamiento es obligatorio para el caso concreto y por ende, con eficacia de cosa juzgada.

2.—*Regulación de la competencia:*

La otra función particular es para la aplicación del Reglamento de Competencia. En este caso el mismo, se puede presentar en dos casos distintos: partiendo del dato esencial de que debe existir antes una sentencia de mérito, tenemos que se establece un

1 Liebman, *Manuale di Diritto Proccessuale Civile*, I, Milano, 1973, p. 20.

recurso de reglamento necesario y otro facultativo. Veamos el problema. Cuando la sentencia se pronuncia únicamente sobre el problema de competencia, se dice que la única vía para recurrir del vicio de competencia es ante la Corte Suprema de Casación quien aplica el Reglamento de Competencia, es en este caso que el recurso viene definido como necesario. En cambio, cuando la sentencia contiene cuestiones tanto de competencia como de mérito se presenta la alternativa al interesado ya sea de impugnar normalmente: en instancia ordinaria, el punto de competencia junto con el de mérito; o derecurrir sobre la competencia en casación o sea, con reglamento facultativo. En ambos casos en que decida la Corte de Casación a igual que en materia de jurisdicción, la resolución es vinculante en el caso concreto con carácter de cosa juzgada.

Después del enfoque que hemos dado al recurso en materia de jurisdicción y competencia, no nos cabe duda, de la ya nombrada supremacía del Tribunal de Casación frente a los demás tribunales ordinarios y ya comenzamos a notar que el principio del Ordenamiento Judicial italiano concebido en el artículo 65, no corresponde a los reales poderes de la casación pues, se le permite el pronunciarse en forma autónoma y positiva dictando sentencias vinculantes para el resto de los tribunales.

Para continuar con la figura actual del sistema italiano, pasemos inmediatamente, a estudiar la problemática en que se expresa tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia.

3.—*Legitimación:*

Iniciamos de la legitimación por cuanto en ella encontramos los presupuestos básicos para hacer posible la impugnación en casación.

En términos generales, se ha establecido que la legitimación por excelencia, le viene conferida a las partes integrantes del proceso impugnado. La regla se concreta en cuanto el vicio que se alega violatorio de la ley debe incidir en forma perjudicial en una de las partes convirtiéndola en parte sucumbente, instaurándose así, un evidente interés por la situación jurídica del privado como sería en el caso de una impugnación normal.

Además de la sucumbencia por violación de ley, es claro, que se exige que tal violación debe encontrar asidero en los mo-

tivos acordados por la legislación para recurrir en casación, que son motivos eminentemente taxativos.[2]

Otros presupuestos serían también, la renuncia que hayan convenido las partes para no plantear el recurso de apelación concedido por la ley y recurrir mediante recurso "per saltum" ante casación. Dentro de este grupo de presupuestos tenemos el caso de la llamada "reserva parcial" o sea, la aceptación parcial de la sentencia en cuyo caso el interesado queda legitimado para recurrir en casación de la parte que no ha aceptado.[3]

4.—*Recurso en interés de la ley:*

Hacemos énfasis en esta figura por cuanto representa un caso de excepción mediante el cual, el recurso no se ajusta al cumplimiento de los requisitos o presupuestos antes enunciados si no que, se nos ofrece en condiciones particulares.

En primer lugar, tenemos que la legitimación aquí se concede al Ministerio Público y en el puro interés de la ley. La figura en discusión es claro, pertenece a uno de los resabios franceses de la institución[4].

Sin embargo, partiendo del carácter que le otorga la ley italiana, podemos decir que es un recurso de tipo eminentemente subsidiario ya que, la intervención del Ministerio Público, sólo es posible si las partes se han puesto de acuerdo para renunciar al recurso o, si no renunciándolo; no lo interponen dentro del plazo legal. El recurso en interés de la ley se plantea sobre todo, en causas de naturaleza matrimonial en las que normalmente, el Ministerio Público tiene acción propia (excepto en causas de separación personal), pero en principio no se usa con frecuencia[5]

Otra característica de este recurso, es que una vez planteado por el Ministerio Público, si la sentencia viene casada, las partes no pueden aprovecharse de este resultado.[6]

2 Ver supra en esta investigación el estudio sobre los motivos generales y particulares para recurrir en casación. En este sentido, Fazzalari Elio, *Il Giudizio di Cassazione,* Italia, 1960, p. 42.

3 Liebman, op. cit. nos habla de "aquescencia impropia" p. 23.

4 Satta Salvador, *Diritto Processuale Civile,* Padova, 1973 p. 406, en el mismo sentido Fazzalari, cit., p. 48.

5 Fazzalari, Idem.

6 Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile,* II, Milano, 1957, p. 446. Lo llama "recurso en vía extraordinaria".

5.—*Sentencias que gozan del recurso:*

Es nuestra opinión que en materia de legitimación debe incluirse también, el punto referente al tipo de resoluciones que admiten el recurso ya que, no son todas las que se pueden considerar recurribles en casación.

Al respecto la legislación italiana se ha perfilado en torno al principio constitucional contenido en la norma del artículo 111 Constitución Política, que estipula en su pfo 2º la concesión del recurso de casación por violación de ley a todas las sentencias: sean provenientes de jueces ordinarios o de jueces especiales. El Código de Procedimientos Civiles por su parte, en el artículo 360 pfo. 1º establece el recurso para todas las sentencias pronunciadas tanto en grado de apelación como en único grado grado con exclusión de las provenientes del juez conciliador. Aspecto este último, que queda resuelto con la interpretación de la citada norma 111 C. P. Interpretación hecha por la Corte de Casación en términos ampliativos, considerando que de conformidad al principio constitucional, quedaban admitidas al recurso todas las sentencias que contuvieran vicio por violación de ley aún cuando las mismas fueran declaradas inimpugnables por las leyes ordinarias.[7]

Tal interpretación dio lugar a que en la doctrina se originaran dos tendencias interpretativas: una que sostiene que la máxima contenida en el artículo 111 se refiere a la resolución con carácter decisorio independientemente de si responde a la forma de la sen-

7 Se cita en doctrina la sentencia de la Corte de Casación italiana que data 11 de junio de 1958 en que la misma emitió el siguiente criterio; "Inmediatamente a la entrada en vigor del art. 111 C. P., todas las resoluciones decisorias aunque sean sentencias declaradas inimpugnables o se hayan definido como ordenanzas o decretos por las leyes anteriores, son impugnables en casación por violación de ley". Ver al respecto Bianchi d'Espinoza Luigi, "La Constituzione e il ricorso per cassazione" en *Riv. di Dir. Proc. Civ.* V-XVII, 1962, p. 206. También en este sentido, ver Mandrioli, *L'assorbimento dell'azione civile de nullita e il articolo 111 della Constituzione,* Milano, 1967, p. 35 ss., Liebman, op. cit., p. 69.

Afirma en relación al punto Satta en Dir. Proc. Pen., cit. p. 407, que la situación en lineas generales, se aclara en doctrina al establecer dos principios: uno que indica que la materia decisoria se determina mediante la resolución que dispone de los derechos de las partes y, el segundo, que dice que se admite el recurso cuando la ley no establece otro medio o posibilidad de tutela para la posición jurídica de la parte. En el primer sentido también Liebman, op. cit., y en el segundo, Garbagnati, *Riv. di Dir. Proc. Civ.,* 1967, p. 356.

tencia. En este caso la sentencia vendría definida no en razón de su conformidad a las formalidades legales para la sentencia, si no más bien, en cuanto decide de un asunto.[8]

La otra posición, es la de que el principio constitucional se dirige siempre al criterio en sentido formal de sentencia.

6.—*Motivos generales para recurrir en casación:*

Enfocados algunos de los presupuestos legitimantes para recurrir en casación junto al problema de las resoluciones que lo admiten, pasemos ahora al análisis de los motivos generales para interponer el recurso.

La doctrina nos habla en primer lugar, de aquellos motivos que se pueden considerar como motivos genéricos que responden a la clásica distinción de los "errores in procedendo" y los "errores in iudicando". Dicha separación como es ya sabido de nosotros, corresponde fundamentalmente, al momento procesal en que se cometió el vicio o sea, si el mismo se ha verificado durante la aplicación de las normas puramente procesales y en cuyo caso estamos en presencia del error in procedendo o, si la infracción tiene lugar al aplicarse la norma sustancial. Dándonos una idea bastante gráfica, la doctrina clásica les llamó también, "inejecución de la ley procesal" (errores in procedendo) y "errónea declaración de la ley" (errores in iudicando).[9]

En este sentido se afirmaba que la inejecución de la norma procesal no comportaba una gran trascendencia dentro el orden social mientras que, la errada declaración de la ley, comportaba una negación de la voluntad del legislador con graves repercusiones a nivel social y jurisprudencial. Así, la distinción se fundaba más que todo, en un criterio de serias consecuencias en el orden positivo en relación a cada uno de los errores. A tal distinción no tardó en contraponerse otra teoría que en cambio, unificaba las anteriores categorías. El punto de partida era el criterio de que dentro el ámbito procesal el juez sólo podía producir lesiones a la norma procesal ya que la misma se dirigía a él en forma directa

8 Redenti, op. cit. p. 439, Micheli, *Corso di Diritto Processuale Civile,* II, Milano, 1962, p. 293.

9 Calamandrei, *Studi sul Processo Civile,* V-I, Italia, 1930, págs. 213-229.

o indirecta. De conformidad a esta teoría, la norma aún sustancial, era considerada procesal por cuanto el juez aplica lo que la norma le indica.[10] En este último caso, si el juez no aplica la norma sustancial correctamente, viola una norma dirigida indirectamente, a delimitar el ámbito dentro del cual él debe pronunciarse.

Más recientemente, otro sector de la doctrina sostiene igualmente que la distinción entre errores in procedendo e in iudicando es casi artificial por cuanto no es posible separar cosas de una misma naturaleza como son los actos procesales los cuales se verifican todos, en una unidad cual es el proceso. No podemos, nos dice dicha corriente doctrinal, hablar de errores in iudicando que no sean errores in procedendo.[11]

Encontramos también, la teoría que hemos convenido en llamar de la "procesalización de la norma sustancial". La misma viene patrocinada por Fazzalari. Parte el autor para construir su teoría, del concepto de "violación de ley": tal concepto, nos dice, debe interpretarse como "violación de la ley procesal" por cuanto toda norma dirigida a regular el proceso es procesal y por ende, aún la norma sustancial, adquiere la condición de norma procesal en la medida en sólo sirve para dar contenido al pronunciamiento final por lo cual, dentro del proceso, la misma viene instrumentalizada en tal sentido. Así los errores in iudicando vienen absorvidos por los errores in procedendo.[12]

Un caso ilustrativo que nos ofrece el autor, es el siguiente: por ejemplo, cuando las partes piden la resolución de un contrato. Existen en el procedimiento para efectuar la sentencia dos momentos diferentes que se suceden en dicha fase decisoria; el primero es una etapa de cognición mediante la cual se establecen los requisitos que legitiman la segunda etapa que sería la parte decisoria en sentido propio o, el dispositivo; interpretados estos dos momentos serían: el primero, la parte considerativa de la sentencia y el segundo, la parte dispositiva. Bien, en este orden, la primera parte remite al juez a la norma sustancial y una vez que el mismo la aplica, se verifica la actuación de la ley siempre

10 Es la posición de Beling. Ver al respecto. Calamandrei, Studi sul Processo . . . cit. p. 214.

11 Satta, op. cit., últ. p. 408.

12 Fazzalari, op. cit., p. 68.

como un acto procesal sin el cual la norma sustancial, en este caso de la resolución, no se podría llevar a cabo. En otros términos, la norma sustancial sirve para indicarle al juez que en caso de un contrato bilateral incumplido, él debe resolver el contrato.[13]

Es así, como en tal materia, no nos queda más que aceptar que la clasificación se efectúa únicamente a fin de crear un método determinativo en relación a dos momentos de una sola actividad que tiene más que todo una importancia práctica en relación a la función institucional conferida al Tribunal de Casación, el cual básicamente nació para conocer de los errores in iudicando.[14]

7.—*Juicio de hecho y juicio de derecho:*

De indispensable importancia es hablar aquí sobre la distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho. Tal denominación corresponde a dos esenciales momentos que se operan en la fase decisoria o sea, en la sentencia. Como es sabido la doctrina, tradicionalmente, ha aceptado estructurar tal actividad en términos de silogismo.

Partiendo pues, de tal concepto lógico, encontramos en la sentencia dos premisas: una mayor y una menor que corresponden al juicio de hecho y al juicio de derecho, siendo el primero la premisa menor y el segundo la premisa mayor.

La corriente clásica[15] define el juicio de hecho como aquella búsqueda que efectúa el juez en las circunstancias reales (pruebas) de los elementos necesarios que demuestren la existencia del hecho. El juicio de derecho en cambio, sería la búsqueda de una norma jurídica que acoja el hecho dentro determinadas circunstancias.

Como consecuencia, cuando el juez se equivoque en cada una de estas fases valorativas, se producen los errores ya sean

13 Fazzalari, op. cit., p. 48 ss.

14 Satta afirma que fue el error in procedendo que introducido por exigencias prácticas, rompió la utopía de los creadores del instituto de casación como órgano de puro control de legitimidad, porque al alegarse un error de tipo in procedendo, es necesario entrar a valorar una cuestión de hecho ya que, la norma procesal es norma de actividad. Satta, Cor. di Cass. cit. p. 812.

15 Chiovenda, *Instituzioni di Diritto Processuale Civile,* T-I., Italia, 1935, págs. 161-162.

de hecho, si incide en la premisa menor o, de derecho si el mismo es en relación al juicio de derecho.

Así el juicio de derecho viene a ser una actividad teórica o hipotética, desarrollada por el juez para referir el caso concreto a una ley abstracta y de ahí que el juez pueda engañarse sobre el contenido de la norma: sobre su vigencia, interpretación (sea tanto del texto como del espíritu de la ley), etc. En tratándose del juicio de hecho entra en el mundo real para aplicar la norma al hecho concreto y así, los errores que se puedan verificar pueden ser en cuanto considere que el hecho es adapto cuando en realidad no lo es, aplicando la ley sin tener presente que el hecho no reunía todos los requisitos legales para ser sancionado con una determinada norma.

> "En términos globales, podría considerarse que el error en la premisa mayor se verifica siempre en un plano hipotético comprensivo: que afirma o niega un determinado resultado general para todos los casos en que se verifica una circunstancia de hecho. La premisa menor en cambio, contiene siempre, un juicio singular y positivo que afirma o niega la verificación en concreto, de aquella determinada circunstancia que la premisa mayor preveé hipotéticamente".[16]

Satta dice que si se parte de un criterio unitario de proceso, no es posible admitir la distinción, la cual, sólo podría efectuarse en razón de una diferencia en relación a los poderes discrecionales que se le ofrecen al juez en cada una de las premisas: el análisis del hecho se realiza en un arco de mayores posibilidades puesto que el juez debe referirse a varios elementos probatorios. Mientras que, en la calificación jurídica, la discrecionalidad del mismo es mínima ya que se resuelve en dos únicas posibilidades; el valor real del hecho o el valor legal del mismo, o sea, una escogencia entre error o verdad. Encontramos así, que el autor llega a la conclusión de que la separación se puede hacer y existe; tanto es de esta manera que, cierra el argumento diciendo que el análisis de hecho es el producto de una deliberación de tipo his-

16 Calamandrei, *Studi sul Processo Civ...* cit., p. 98. En una frase bastante sintética nos da el concepto: "Es pues una relación directa entre afirmación hipotética y afirmación positiva de circunstancias y hechos." Idem.

tórico (por eso irrepetible) y el juicio de derecho es un juicio de tipo universal (válido para todos los casos).[17]

Nuestro criterio es el de que aún cuando el punto haya sido considerado en forma diferente, aunque sea en términos muy abstractos, la distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho se ha aceptado y consecuentemente también, se acepta la diferencia entre error de hecho y error de derecho.

8.—*Los motivos concretos para recurrir en casación:*

Aclarados los motivos generales y los elementos necesarios para su comprensión nos dedicaremos al estudio de los casos particulares para plantear el recurso de casación.

Hemos dicho antes, que los motivos de casación se establecen en forma taxativa por cuanto el recurso de casación es por excelencia un medio de impugnación de motivos limitados.[18]

En este sentido encontramos en la ley italiana un esquema compuesto de cinco motivos contenidos en el art. 360.

Los mismos son:

a) Motivos sobre la jurisdicción
b) Motivos sobre la competencia
c) Por violación o falsa aplicación de la norma de derecho
d) Por errores de procedimiento o en la sentencia
e) Por omisa insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia ya sea alegado por las partes o por impulso de oficio.

En lo referente a los motivos por cuestiones de jurisdicción y competencia, creemos haber dado ya en páginas anteriores, una idea del problema por lo que sería ocioso referirnos de nuevo al

17 Satta, Dir. Proc. Civ. cit. p. 410. En el mismo sentido, Mazzarella, Ferdinando, "Fatto e diritto in Cassazione", *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, Italia, 1974, págs. 82 ss.

18 La taxatividad de los motivos del recurso de casación es una de las principales características que han permitido distinguir el recurso en comentario, de la apelación. Esta última, tiene fundamento en un motivo genérico de injusticia y que por ello puede ser concretado por quien ejerce la impugnación. Es pues, en términos doctrinarios, "la elasticidad" de los motivos de apelación.

En este sentido, ver Satta, Cor. di Cass. cit. p. 811; Fazzalari, op. cit. p. 42.

mismo y procederemos de inmediato a tratar los restantes tres grupos de motivos.

Para efectos prácticos, iniciemos con aquellos que corresponden al control de legitimidad tanto durante todo el proceso como en relación al acto decisorio.

a.—*Por nulidad de la sentencia o del procedimiento:*

Consiste pues, este tipo de motivo a un verdadero control de legitimidad o regularidad y validez del proceso y la sentencia.

Se considera que la nulidad en este caso, se produce por derivación en la medida en que los vicios que se verifican en el desarrollo del proceso inciden directa o indirectamente, en la sentencia. Es decir, las nulidades del proceso precedentes y no sanadas lógicamente, afectarán también la parte conclusiva del mismo[19], y son entonces estos los ya conocidos, errores in procedendo.

La ley italiana en este caso no indica con precisión cuáles deben ser los casos de nulidad y así normalmente, se dice que son las establecidas por el art. 156. No obstante, casi se hace depender del caso concreto.[20]

b.—*Motivos por errores intrínsecos de derecho en la decisión impugnada:*

Es el original y universal tipo de errores alegables en casación o sea, los errores "in iudicando". Así, mediante el control de casación, se revisa el punto "contra ius", a fin de evitar que los mismos se repitan en el futuro y pongan en peligro la actuación de la ley.

19 Yiebman, op. cit., ps. 77-78. Considera además, el autor, que tales vicios podrían ser: la composición del colegio juzgador, la intervención del Ministerio Público, suscripción de la sentencia, requisitos de forma y contendio del acto escrito. En este mismo sentido, Denti, "Nullita degliatti processuale civili", *Novivv. Dig. it.*, V-XI, p. 467.

20 Redenti considera que la precisación debe hacerse con base al complejo de requisitos para el proceso y las correspondientes sanciones para el caso de que ellos no sean respetados. Redenti, op. cit., ps. 442-443. Ver también, Liebman, Idem.

Satta, señala que en este grupo de errores deberían también, incluirse los errores de incongruencia, el pronunciamiento omiso, la contradicción en las disposiciones en relación a la propia sentencia o en relación a otra precedente. Op. cit., Dir. Proc. Civ., p. 414.

En este sentido conviene hacer además, una aclaración en relación al tipo de normas que la doctrina ha considerado entran en este motivo de casación. Se coincide en incluir dentro de esta categoría la violación no sólo de las normas legales en sentido propio y vigentes, si no también, los usos y costumbres cuando valen como fuente subsidiaria de derecho; el derecho extranjero (cuando la ley italiana reenvíe al mismo); el derecho antiguo, los principios generales del derecho, estos últimos aunque si no son expresos en la legislación vigente sino, simplemente, deducibles del sistema.[21] Algunos autores se refieren también, a la violación de ley que incide en una ley posterior que se emana por ejemplo, durante una de las fases del proceso o aquella que eventualmente, venga declarada insconstitucional; es el caso del llamado "ius superveniens".[22]

Es mediante esta norma que se actúa; la unidad jurisprudencial en la interpretación de la ley y la consecuente unidad del Derecho objetivo nacional, que se expresa en el artículo 65 del Ordenamiento Judicial italiano ya que, en relación a estos motivos el juicio de casación, sería un juicio de puro control de derecho y la correspondiente declaración de invalidez de la sentencia por violación a las normas de derecho.

El inciso 3º del citado artículo 360, nos habla de violación o falsa aplicación de las normas de derecho, no utilizando el criterio francés de violación al texto de la ley ("fausse interpretation de la loi o fausse aplication de la loi").[23] Satta, ha visto en esta denominación, un criterio muy general de referirse al tipo de norma alegable en sede de casación, lo que da lugar a una tendencia en doctrina de ampliar el grupo de normas recurribles. Nos cita al respecto, la interesante discusión doctrinal sobre la juridicidad de las "normas de la experiencia" (de la sana crítica) y su recurribilidad en casación.[24]

---

21 Liebman, op. cit., p. 77.

22 Satta, Cor. Cass. Civ., p. 815.

23 Satta, Dir. Proc. Civ., p. 411.

24 Idem. Las llamadas normas de la experiencia parecieran encontrar el recurso en casación por medio del inciso 5º. Ver sobre el punto en esta investigación supra.

Por otro lado, debemos tratar aquí también, cuál es el significado que tiene este concepto general de "violación y falsa aplicación de las normas de derecho". La interpretación genérica del inciso, es claro, se refiere al error verificado en la vía conducente para la emanación de la decisión (en el ya analizado silogismo judicial) que conduce inevitablemente, ya sea violar la norma o a aplicarla falsamente.[25] La doctrina más reciente señala que, en este sentido se puede hablar de: a) error en la existencia de la norma; b) error en la interpretación de la norma; c) error en la aplicación de la norma y; d) error en la deducción de las consecuencias en relación a la norma interpretativa y aplicada correctamente. En otras palabras; la violación de ley comprende tanto un error de existencia de la norma como un error de interpretación. La falsa aplicación en cambio, se refiere a un error de no correspondencia entre el hecho y la norma (aplicar a una fatispecie concreta, una fatispecie abstracta que no le correspondía) o a un error de atribución de consecuencias aún cuando la norma ha sido aplicada e interpretada correctamente.[26]

c.—*Motivos por omisa, insuficiente o contradictoria motivación sobre un punto decisivo de la controversia:*

Consiste en el motivo de mayor resonancia en la tarea institucional tradicionalmente, atribuida al tribunal de casación italiano y que deriva su existencia de exigencias prácticas, como veremos más adelante, las cuales han sido acogidas por la legislación.

Sobre el particular, se ha desencadenado una amplia discusión doctrinaria que ya, se ha sostenido por un sector de ésta que, con este motivo, la casación supera las clásicas barreras que la reducían a desarrollar un control de puro derecho. Así se ha dicho que, a través del control de la motivación de la sentencia, la Corte de Casación entra a revisar el aspecto fáctico de la cuestión que se le ha sometido.

---

25 Es el criterio expresado por Carielutti, Chiovenda y Calamandrei. Ver. Carenelutti, "Pottere di rettifica della Corte di Cassazione", *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, Padova, 1934, ps. 124-125. Satta, Dir. Proc. Civ., ps. 415-418.

26 Fazzalari, op. cit., ps. 87-88.

Dicha atribución se ha denominado "el control de la lógica del juicio", pues, efectivamente, se dirige a la cognición o examen de la lógica del razonamiento del juez para emanar la sentencia y concretamente, en relación a la motivación. En este sentido, la casación, se constituye en el órgano guía de la correcta formulación de los motivos de la sentencia; señalando aquellas consideraciones que se han omitido o descuidado por parte del juzgador. Omisiones que, dada su esencialidad, inciden perjudicialmente, en el resultado concretado en la parte dispositiva del pronunciamiento,[27] en cuanto con ello se puede alterar o conferir una determinada condición jurídica negatoria de lo que legalmente, debería ser.

La normativa contenida en inciso 5º, es aún más amplia pues, incluye además, no sólo la omisión del hecho sino también, la insuficiencia o contradición sobre el punto, con lo cual el órgano de casación entra a conocer el contenido de la sentencia y de ahí el peligro de que pase a la cognición del mérito. Es pues, la atribución en sede de casación, para que en ella se determine el "porqué" de la sentencia, análisis que necesariamente, daría cabida a un análisis fáctico del asunto.[28]

---

27 En este sentido, la competencia del tribunal de casación, no se concreta al dispositivo de la sentencia sino, que se extiende al aspecto considerativo de la sentencia y así, entraría en contacto directo no sólo con los hechos, sino también, con la prueba. Evidentemente, el punto innova y pareciera también, bastante lógico en relación a las implicaciones que se derivan de una mala motivación de las sentencias y contando con que la motivación es parte de las formalidades esenciales de las sentencias cuya ausencia o cualquier tipo de error en ella contenida debe ser causa de una nulidad absoluta.

28 La consideración del "porque" del resultado plasmado en la sentencia, debe quedar reservado a la cognición del tribunal de reenvío pues, tal actividad no puede ser tarea del tribunal de casación ya que, es actividad de mérito, en este caso, dada la importancia que tiene la motivación de la sentencia la misma debe sancionarse en sede de casación pues, es un grave error in procedendo pero, la función del tribunal de casación, debe reducirse a indicar las deficiencias cometidas y reenviar para que resuelva con amplitud el tribunal de reenvío, pues, corresponde al tribunal de reenvío valorar la cuestión fáctica mientras que la casación sólo puede ser una resolución a nivel hipotético. En este sentido ver. Redenti, op. cit., p. 445.

Satta ve en tal actividad, una función normal puesto que, de acuerdo con su posición, no existe una separación entre hecho y derecho, así, interpreta que si el control de casación es sobre la norma procesal es justo que el punto pueda ser decidido en casación. Ver. Satta, Dir. Proc. Civ. ps. 415-418.

El examen sobre la lógica de la motivación, ha sido el resultado de la evolución práctica de la casación italiana, como se ha señalado antes, evolución que se registra, primero en la jurisprudencia y luego, en la legislación.

Inicialmente, el problema surgió en virtud de casos aislados en que las partes recurrían a la jurisdicción para efectos de interpretación de testamentos y contratos en relación a los cuales, se cometían constantes errores productores de grandes arbitrariedades. El problema interesó a la Corte por lo que se dio a investigar cuál era la causa de estos errores llegándose a la conclusión de que todo obedecía a las equivocaciones cometidas en la motivación de las sentencias, lo que se trasmitía al dispositivo dando lugar a las ya citadas arbitrariedades.

En razón de la categoría atribuida a los testamentos y contratos, los vicios contenidos en ellos se alegaban en vía de errores in iudicando, sin embargo, posteriormente, la solución adoptada por la jurisprudencia fue mutando de hecho, pues, la Corte, justificándose en la normativa contenida en el Código procesal de 1865 que censuraba con nulidad la falta de motivación de la sentencia, poco a poco, se introducía en la cognición de la cuestión desde el punto de vista fáctico, ya que su criterio fue que la errada motivación de la sentencia se originaba en violación por parte del juez, de las normas de la experiencia (en cuanto las mismas constituyen elementos de valoración o de juicio utilizados por el juzgador para sopesar los hechos y las pruebas) y no por violación de ley.

La legislación en un principio, acogió el punto en el Código procesal de 1940, incluyendo como motivo de casación, "el omiso examen de un hecho decisivo", expresando claramente, el poder de conocer del hecho en casación. Posteriormente, el concepto se repitió en el Código procesal en 1950, afirmando la censura en casación, cuando el dispositivo fuese erróneo en virtud de un error de lógica.

Alguna parte de la doctrina no ve en tal función una desnaturalización del puro control de legitimidad pues, ha considerado que el control es siempre limitado a la estructura puramente formal de la sentencia de orden lógico. Ello no implicaría un análisis de hecho ya que su poder es sólo el de hacer la observación

sobre el mismo para que luego, el juez de reenvío, corrija la motivación.[29]

9.—*El reenvío:*

Sabemos que el ámbito de acción del Tribunal de Casación, se encuentra limitado en relación a la legitimidad y de ahí que en teoría, debe revisar por motivos de errores "contra legem", y anular si es el caso. En este sentido, se habla del carácter "rescindente" y no "rescisorio", del pronunciamiento en ocasión. Es decir, el casar la sentencia persigue únicamente la nulidad del acto viciado y no la actuación de la justicia o reparación de una situación jurídica. Con base a esta distinción es que se crea un tribunal que en cambio, goza de todas aquellas facultades que se le niegan al de casación y al cual, una vez, casada la sentencia se debe enviar la cuestión, así, este traspaso del asunto a un tribunal diferente pero de igual grado al que emanó la sentencia viciada, se denomina "reenvío".

Como puntos de partida fundamentales en esta materia, tenemos las dos categorías de reenvío que existen.

a.—*Sentencia de casación con reenvío:*

Es el caso típico por excelencia del reenvío. Como hemos indicado antes, en éste la sentencia casada es devuelta a un tribunal

29 Satta, Cor. di Cass. p. 815; Mazzarella F., "Fatto e diritto... cit., ps. 83-84. Para ampliar sobre el tema, ver. Fazzalari, op. cit.; Taruffo Michele, *La motivazione della sentenza civile,* V-XIV, Italia, 1975. Ver ps. 471 ss.

Sostiene Taruffo que la función de conocer la motivación en sede de casación no es un fenómeno único de la legislación italiana ya que, tal actividad se verifica también otras legislaciones europeas citando como ejemplo, la misma Francia en donde la misma, fue introducida a través de la jurisprudencia. Taruffo M. op. cit. p. 488, nota 52; p. 474, nota 5.

En este mismo sentido, Gabrielli Emilio, quien afirma que también en Bélgica la jurisprudencia, ha desarrollado poco a poco dicha función. En Francia, especifica, es mediante los llamados "defaut de base legal", que el órgano de casación conoce de la "quaestio facti" lo cual viene a ser la atribución conferida en Italia al Tribunal de Casación mediante el inc. 5° del 360 del C. p. c. Gabrielli Emilio, "Cassazione e Terza Istanza", Foro It, III, 1953, p. 27.

La sensación reinante en el fondo, es que el Tribunal de Casación mediante la motivación de la sentencia entra a desmpeñar un rol casi de tribunal de mérito que, unido al clásico control de legitimidad pura, se acerca a un tribunal de instancia como sería el caso del Sistema de la Tercera Instancia alemana o austriaca, sistema que en páginas posteriores, explicaremos en qué consiste.

para que éste con sus facultades aún sobre la cognición de mérito, se pronuncie correctamente.

En la ley italiana, el reenvío, se establece para aquellos casos en que la casación sobreviene por motivos ajenos a cuestiones de jurisdicción y competencia ya que en estos casos, hemos visto, la casación decide sin reenviar y con carácter vinculante para el resto de los jueces en el caso particular.

Dentro de la casación con reenvío tenemos también, el llamado "reenvío impropio"[30] en donde el Tribunal de Casación actúa únicamente a efectos de ubicar el asunto; y dando así, una especie de orden procesal para que el caso se someta al tribunal correspondiente. Se citan al respecto dos casos característicos: a) cuando el asunto en, razón de sus características, debe ser de competencia del juez de primera instancia; b) cuando en caso de recurso "persaltum" u "omiso medio", en el cual el Tribunal de Casación, remite al juez que, de haberse planteado la apelación, debía conocer el mismo.

b.—*Sentencia de casación sin reenvío:*

Opera la casación sin reenvío con efectos, por un lado, extintivos en la medida en que pronuncia sobre los presupuestos procesales y por otro, positivo en cuanto se pronuncia autónomamente. En otras palabras: hemos ya repetido en diversas oportunidades, cómo en materia de jurisdicción y violación de las reglas de competencia, el Tribunal de Casación decide la cuestión en forma definitiva, por eso aquí se podría decir, que la decisión no es simplemente de tipo anulador, sino más bien, determinativo de la jurisdicción o competencia, según el caso, y por ende, es un pronunciamiento positivo ya que puede influir en los demás jueces. Es extintivo porque cuando la casación sobreviene por falta de presupuestos procesales tales como: a) falta o defecto absoluto de jurisdicción; b) imposibilidad de proponer la cuestión y; c) imposibilidad de prosecución del proceso, es claro; en estos casos,

30 Es esta una distinción elaborada y sostenida especialmente por Satta.

Ver al respecto, obras del autor citadas en esta investigación retro.

También crítica de Liebman sobre el punto en discusión. Considera Liebman que en este caso la clasificación no se justifica pues sería el caso de casación por motivos de jurisdicción y competencia, en cuyo caso la ley no preve el reenvío. Es también, ésta, nuestro posición.

existe una total ausencia de requisitos para ejercer la acción y en cuyo caso al anular la Casación, no hace otra cosa que extinguir el proceso anterior.[31]

10.—*Enunciación del principio de derecho:*

Constituye la emanación, por parte del Tribunal de Casación, del principio de derecho al cual queda vinculado el tribunal de reenvío. El caso se verifica concretamente, en virtud de casación por motivos de violación o falsa aplicación de la ley (normas de derecho).

En este sentido, se establece una especie de coordinación entre la labor del Tribunal de Casación y la del Tribunal de Reenvío ya que por un lado, vemos que la casación debe emanar el criterio de legalidad que servirá como línea directiva, fundamental y obligatoria en sede de reenvío con lo que se impide que el asunto sea fallado de nuevo, bajo un principio de ley errado que dé lugar a una nueva casación.

El carácter de que participa en este caso, la decisión de casación, ha sido valorado en doctrina en dos sentidos: algunos sostienen que el valor del principio de derecho enunciado por el Tribunal de Casación, tiene carácter de cosa juzgada y que en razón de ello el mismo, debe ser siempre aplicado por el juez de reenvío quien no puede rebelarse ni aun por motivo de "ius superveniens".[32] Otros en cambio, dicen que el principio es vinculante mientras la norma de derecho contenida en el principio, no venga derogada ya sea por ley posterior o por motivos de insconstitucionalidad. Considera esta corriente doctrinaria que, el principio de derecho de la Corte de Casación no tiene carácter inmutable y por eso puede perder validez en virtud de "ius superveniens" y así ser desaplicado sin nigún efecto negativo, por el juez de reenvío.[33]

31 En este caso, de nuevo Satta, afirma que la casación actúa como tribunal de mérito al pronunciarse independientemente, así niega el carácter rescindente de la casación en este caso. Satta, Dir. Proc. Civ.; Cor. di Cass. Así también, Ricci, *Il Giudizio di Rinvio,* Milano, 1967, ps. 75-76.

32 Satta, Redenti, ver obras aquí citadas retro.

33 Liebman, op. cit., p. 95.

11.—*Poder rectificador del órgano de casación:*

El poder rectificador del Tribunal de Casación, se confiere al mismo en relación con el recurso planteado por motivos de omisa, insuficiente o contradictoria motivación.

La ley consiente que cuando la motivación sea defectuosa en derecho pero el dispositivo sea conforme a derecho, la Corte de Casación, en vez de rescindir la sentencia, la corrija. Se habla en este caso, de "un rechazo del recurso en favor del recurrente".[34]

12.—*Juicio de Reenvío:*

Pensamos que después del desarrollo de la presente investigación llevado a cabo hasta el momento, se habrá ya formado la idea de lo que es el tribunal de reenvío. Para no repetir diremos que es aquel tribunal que una vez que el asunto se ha examinado en sede de casación, debe avocarse al conocimiento de la cuestión y así llegar a la emanación de una nueva sentencia que sustituya la casada.

Es pues, una verdadera etapa continuadora del proceso anterior a la casación y de éste último. Es en virtud de esta condición que el tribunal de reenvío no está dotado de amplias libertades para conocer del asunto como un normal tribunal de mérito. Encontramos en él también, limitaciones. Veamos en qué consisten estas limitaciones.

Siendo una fase intermedia entre el proceso anterior y la casación, el juez de reenvío debe renovar el proceso con base en las partes válidas de la instancia ordinaria anterior y las correcciones efectuadas por el Tribunal de Casación.

Las partes por ejemplo continúan a gozar de la posición anterior que tenían antes de la casación pero, se ven limitadas

34 Liebman, Idem. Satta dice que en este caso se da no un rechazo del recurso sino más bien, una verdadera admisión del mismo. Así llama este tipo de pronunciamiento, "casación sustitutiva". Satta, Dir. Pro. Civ., p. 431.
Al respecto también, tenemos la posición de Ricci quien ve en este tipo de pronunciamiento, la atribución al Tribunal de Casación de pronunciarse en forma autónoma. En este sentido, nos dice el autor, el recurso francés se mantiene respetuoso. Es pues, una transformación del Tribunal de Casación en una Tercera Instancia semejante al modelo alemán y muy lejano del modelo de casación francés. Ver. Ricci, "Cassazione Civile e il divieto de pronuncia", *Riv. di Dir. Proc. Civ.,* 1968, ps. 708 ss.

en relación a las posibilidades de petición ya que no pueden plantear nuevas cosas si estas podían o debían ser planteadas durante la apelación.[35]

Así vemos que el reenvío efectúa la parte instructoria de manera secreta de tal manera que, las partes se vean imposibilitadas para introducir nuevas pruebas o nuevas alegaciones. No obstante, se admite como excepción la declaración por juramento decisorio[36] pero siempre que el mismo no produzca una alteración en el contenido de la demanda original.

Por vía jurisprudencial se han introducido otras excepciones, por ejemplo, el aporte de documentos nuevos presentados por primera vez, y sólo por impedimento de fuerza mayor.[37]

Por otro lado, se ha admitido en vía jurisprudencial, aún la introducción de nuevas pruebas y nuevas alegaciones, cuando la casación haya cambiado la calificación jurídica lo cual requiere, lógicamente, la emanación de nuevas conclusiones. (Con evidente peligro de alterar la aplicación del principio de derecho).[38]

a.—*Extinción del proceso de reenvío:*

La forma lógica y general de extinción del proceso de reenvío, se verifica cuando éste se concluye en razón de haber llenado la finalidad para el cual se ha abierto.

Sin embargo, se habla de una causa de extinción en la doctrina italiana, que es aquella relativa al plazo o término legal para interponerlo. En este caso la extinción sobreviene por no ser ejercitado dentro el plazo de un año que inicia a correr desde la publicación de la sentencia de casación.

---

35 Opina Ricci que el reenvío no debería topar con tantas limitaciones ya que, el mismo, debe ser una etapa de reconstrucción del estadio de apelación en cuanto éste representa una especie de "retorno ideal" al juicio en el que se emanó la sentencia casada. Ricci, "Cass. Civ... cit. p. 718; Il Giudizio... cit. p. 152.

36 Es aquel juramento que una de las partes conce a la otra y que tiene carácter decisivo del asunto. Art. 2736 C. C. it.

37 Se considera que en este caso se puede poner en peligro la aplicación del principio de derecho de la casación.
En este sentido, Liebman, Redenti, op. cit., retro. ps. 101 y 467, respectivamente.

38 Idem.

También se extingue por las normales causas de extinción de un proceso. Como conclusión, conviene señalar aquí que, la extinción del juicio de reenvío, no afecta la aplicabilidad del principio de derecho ya que, éste es aplicable en futuros casos en que se replantease la causa.[39]

b.—*Medios de impugnación en el juicio de reenvío:*

Dado que el juicio de reenvío consiste en la continuación de la etapa anterior a la casación el mismo se realiza de acuerdo a las reglas de la instancia correspondiente y así los medios de impugnación se establecen en relación a la instancia que sustituye. En otras palabras: si el grado de jurisdicción que desarrolla es la apelación al ser planteables contra las resoluciones en esta sede tanto el recurso de apelación como el de revocatoria, estos mismos se podrán ejercer en sede de reenvío. Si se tratara de la primera instancia, sólo cabría la apelación.

B.—*Conclusiones*

Reuniendo tanto el aspecto histórico - jurídico sobre el recurso de casación y los puntos aquí estudiados del recurso en su actual conformación en la legislación italiana, hemos llegado a una primera conclusión y es en relación a la transformación que el mismo ha sufrido frente al instituto clásico francés.

Definitivamente, no podemos hablar de aquel ideal que la asamblea revolucionaria había concebido de un recurso en puro interés de la ley. La evolución del recurso en etapas posteriores, ha sido inevitable porque además, el contacto con las diferentes realidades en la práctica jurídica, implica necesariamente, un ajuste a ellas de todas las instituciones, y eso hemos tratado de demostrar con el análisis del sistema italiano con énfasis en los motivos y poderes.

---

39 Desde este punto de vista también, el principio de derecho emanado por la Corte Suprema de Casación goza de la condición de cosa juzgada.

Como nota exclusiva de esta sección correspondiente al tribunal de reenvío, se puede citar también, la figura del "juicio de reenvío impropio". Ver al respecto: Satta en ambas obras aquí citadas retro y también, Ricci, "La Cass. Civ..", cit.

Asistimos pues, en Italia a una figura que en líneas fundamentales, consagra los principios del antiguo recurso francés pero, que los realiza mediante una estructura diferente.

Básicamente, la figura queda ubicada en el campo de los medios de impugnación, no sólo porque a la misma se le han atribuido elementos de legitimación comunes a ellos (especialmente, la sucumbencia) sino, porque el recurso al quedar abierto a todo tipo de sentencia que contenga violación de ley, lo convierte en un recurso planteable o accesible tanto como uno de apelación o de revocatoria; no se pretende pues, un recurso extraordinario. La figura así, se ha incluido en el Código Procesal que la considera en el art. 323, medio de impugnación a igual que la apelación, la revocatoria y la oposición del tercero.

En cuanto las finalidades supremas que le asigne el ordenamiento en materia de jurisdicción y competencia, consiste en un nuevo poder que se le concede en la medida en que se permite pronunciarse, en ambos casos, con carácter definitivo y con fuerza obligatoria para todos los tribunales. Este poder de emitir criterios vinculantes para otros tribunales, se repite como hemos visto, en diferentes ocasiones y no es más que signo claro, de transformación del recurso. No encontramos en la figura italiana entonces, ni aún la forma pura del reenvío francés. Prácticamente, el Tribunal de casación decide siempre con carácter vinculante: aparte de los casos por motivos de jurisdicción o competencia, encontramos el punto relativo a casación por violación de ley en que el tribunal de reenvío debe aplicar obligatoriamente, el criterio jurídico emanado en casación; también, en relación al poder de rectificación cuando el tribunal de casación encuentre que existe un error jurídico en la motivación pero que el dispositivo es conforme a derecho, caso en el cual, sin reenviar sustituye el defecto y se pronuncia definitivamente.

Tanto estos nuevos poderes de pronunciamiento concedidos al tribunal de casación, como el punto sobre la casación por defectuosa motivación, han sido para nosotros, puntos muy interesantes en los que hemos encontrado una verdadera interrupción del modelo francés.

La doctrina o más precisamente, un sector de ésta, refiriéndose al cambio contenido en la actual figura italiana, considera

que la tendencia de la misma es la de plasmar el mecanismo alemán de la tercera instancia. A fin de aclarar el punto, haremos aquí una breve exposición sobre la casación alemana o más conocida como tercera instancia o revisión.

La legislación alemana tomó el recurso de casación francés y desarrollándolo en forma diferente, creó una tercera instancia. Mediante ésta se efectúa el control de legitimidad de las sentencias ante el llamado "Supremo Tribunal Alemán" (Reichsgricht) que conoce de los vicios de legitimidad pero, no se limita al simple examen de dichos vicios si no que, puede conocer también del mérito de la cuestión.

Así, en tratándose de errores in iudicando, realiza actividad de congnición, incluso el poder de ir más allá de la demanda, para determinar si el error "in iure", conduce en forma causal, a un error, en la parte dispositiva, de tipo jurídico verificado el cual, se procede a anular la sentencia. La actividad del Supremo Tribunal, no obstante, no se agota aquí, pues, debe emanar la sentencia correjida salvo, que la norma correcta a aplicar sea de competencia exclusiva de un particular tribunal de apelación, en este caso el asunto se reenvía al correspondiente tribunal pero con el criterio de casación al cual se debe ajustar.

En cuanto a los errores in procedendo, el pronunciamiento corresponde al tribunal de reenvío, salvo cuando se trata de absoluta carencia de jurisdicción o competencia en cuyo caso, es el Supremo Tribunal quien se pronuncia sin reenviar.

Existe también, la llamada "revisión por omiso medio" o sea, una figura correspondiente a la italiana del recurso "per saltum", en donde si las partes han acordado renunciar a la apelación, pueden directamente, recurrir al Supremo Tribunal.[40]

Es nuestro criterio que si bien, como se ha podido comprobar, la casación italiana tiene muchos puntos de contacto con la revisión alemana, no es posible asimilarlas entre sí ya que, funcionan muy diferentemente. Además, algunas de las modificaciones introducidas en la figura italiana no tienen como fundamento el esquema alemán sino que más bien son el producto del ajuste

---

40 Al respecto, Fazzalari, op. cit., ps. 1, 2-5. También, Lent Fiedrich, Diritto Processuale Tedesco (trad. Edoardo Ricci), 1ª parte, Italia, 1962, ps. 282-290. Gabrielli Emilio, op. cit., Ricci E. "Cass. Civ...", cit.

de la figura a exigencias prácticas propias del ordenamiento italiano, baste citar aquí, la inclusión del motivo en relación a la defectuosa motivación de la sentencia, punto que tiene relación directa con el poder de rectificación de la misma para no citar otros casos. Por otro lado, no encontramos en la casación una abierta posibilidad al tribunal de casación para entrar en el mérito de la causa; las líneas básicas sobre las que se construye el recurso a nivel legal, no conceden tales potestades al citado órgano.

Así, concluimos que como toda institución jurídica, el recurso de casación ha adquirido formas diferentes frente al ámbito de la práctica. Pero, a pesar de ello, somos de la opinión que ello no desvincula, la realización de los fines generales del instituto de casación de hoy, de los fines para los cuales fue establecido en Francia; creemos que la casación italiana estructurada en los términos ya vistos, no es incompatible con dichos fines los que pueden ser perfectamente posibles y con las limitaciones propias aun de un recurso puro (lo que ha precisamente producido la transformación de la institución).

Podemos agregar aún otra conclusión. El estudio efectuado tanto de la figura en la legislación italiana, como en caso de referencias generales a otros sistemas, nos han permitido ponernos en contacto con fuentes doctrinarias tanto clásicas como modernas, aunque no en forma exaustiva, con lo cual hemos derivado una pequeña base de formación que consideramos de gran utilidad si queremos analizar nuestra propia institución lo cual realizaremos en la próxima parte de este trabajo.

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN COSTA RICA

(Aspectos jurídicos y penitenciarios)

Lic. Fernando Cruz Castro

Madrid, Agosto de 1980

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Se podrá renunciar a la pena? 3. Aspectos constitucionales y legales de la pena privativa de libertad. 4. El Código Penal de Costa Rica. 5. La finalidad readaptadora de la pena. 6. Garantía fundamental para el interno: control jurisdiccional. 7. Necesidad de un derecho penitenciario. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía consultada.

1.—*Introducción*

En esta investigación pretendo señalar las características fundamentales de la pena privativa en Costa Rica. Considero que deben abarcarse los aspectos penitenciarios, ya que no es posible ignorar la trascendencia que tiene la fase ejecutiva de la pena de prisión.

Al inicio expongo algunas reflexiones sobre el problema de la pena, ya que su justificación y fundamento plantean variadas interrogantes sobre las que es necesario establecer ciertos presupuestos aclaratorios que sirvan de buen fundamento al tema. Es indudable que el contexto inmediato de la pena privativa de libertad es la *pena,* en un sentido genérico; esta proximidad justifican las reflexiones dedicadas a esta última.

En el análisis de los elementos que caracterizan la regulación de la pena de prisión en Costa Rica, pretendo encontrar la explicación de algunos aspectos que no me parecen aceptables, proponiendo las soluciones que considero convenientes.

Se ha pretendido, en muchas ocasiones, resolver los problemas que surgen en torno a la ejecución de la pena privativa de libertad, mediante la búsqueda de un propósito "rehabilitador" (resocializador o readaptador, como se le dice de manera sinónima), al que se ha convertido en una "solución mágica", rodeándosele de un "cientificismo" que no parece necesitar de garantías jurídicas. En este sentido Costa Rica no ha sido la excepción, ya que se han depositado demasiadas esperanzas en el objetivo "rehabilitador", descuidándose garantías jurídicas que son, a mi juicio, indispensables. Dentro de esas garantías jurídicas, dedico especial atención al problema que surge con la mayor o menor intervención del juez de ejecución de la pena (o de Vigilancia, como se le llama en otros países).

En la exposición analizo la inadmisibilidad del tratamiento penitenciario compulsivo. Esta pretensión vulnera los principios fundamentales de un Estado democrático de derecho.

No pretendo que mis sugerencias sean definitivas, sólo creo que pueden ser el inicio de una seria meditación que pueda propiciar el cuestionamiento de la legislación vigente. De todas maneras, la pena privativa de libertad seguirá planteando graves interrogantes, no sólo por lo que pueda expresar la norma, sino por su justificación y fundamento filosófico.

2.—*¿Se podrá renunciar a la pena?*

Antes de iniciar la exposición del tema, es importante analizar un tema fundamental: ¿Es posible eliminar la pena? Al examinar muchas de las objeciones que se plantean a la pena privativa de libertad, se verá en el trasfondo la crisis del fundamento mismo de la sanción. Tal cuestionamiento se inicia en forma vigorosa cuando la sociedad occidental ha renunciado al derecho de castigar.[1] La renuncia se expresa en el rechazo radical que se hace a la idea retribucionista de la pena, considerando que no existe suficiente fundamento como para considerar que la pena significa la realización de la justicia.[2] ¿Si no hay legitimidad para considerar que la sanción puede ser un fin en sí misma,[3] cuál puede ser el fundamento de la pena? La respuesta a esa pregunta sugiere dos ideas: a. Que no puede prescindirse de la pena en la sociedad contemporánea. Los argumentos son variados, pero se concluye que dadas las condiciones socio-culturales prevalecientes, es imposible pensar en un Derecho Penal que no imponga

1 Chaunu, Pierre. *"El rechazo de la vida"*. Ed. Espasa-Calpe-Madrid. 1978. p. 152. (Título original en francés —Le Refus de la vie—).

2 Mir Puig, Santiago. *"Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho"*. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona. "Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena una función de prevención de delitos, como la retribución por el mal cometido..." p. 17. "...Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la Justicia..." p. 18.

3 "...Las teorías absolutas sostienen que el delito es no sólo presupuesto, sino único fundamento de la pena; que la pena es un fin en sí misma, no medio para otro fin...". Rodríguez Devesa, J. M. *"Derecho Penal Español - Parte General"* Madrid - 1976. 5ª edición, p. 748.

sanciones.[4]. b. Es necesario que la sanción se justifique a través de otros objetivos y finalidades, abandonándose las justificaciones tradicionales.

Dentro de las distintas explicaciones que tratan de explicar la existencia de la pena, me parece aceptable el argumento que fundamenta la pena en razones psicoanalíticas. "...De la misma manera que la conciencia, el Super-yo del niño se forma reaccionando con la privación del cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado; expresado más correctamente; se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así la sociedad tiene que acudir a la pena para conseguir —creando miedos que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana. Ello es necesario porque, y para dar un ejemplo, al contrario de lo que sucede en el mundo animal, donde "sólo en muy pocas especies animales" es posible que el individuo pueda actuar con una agresividad desenfrenada contra miembros

4 "...Hasta qué punto lo es, lo pone acertadamente de manifiesto Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, Göttingen, 1963, ps. 51 y 52, al darnos la siguiente imagen de una sociedad en la que hipotéticamente no se reaccionase con la pena ante las lesiones de bienes valiosos: —Supongamos que mañana suprimimos todas las penas. Es fácil presentar la imagen de la situación que en tal caso sería de esperar. Así, por ejemplo, a alguien le apetece apoderarse indebidamente de una bicicleta ajena. El propietario reconoce al ladrón furtivo. Da cuenta del hurto a la policía; como ya no existen acciones punibles, la policía remite al propietario, desde un principio, al tribunal de lo civil, que condena al ladrón a devolver la bicicleta. Pero éste no la entrega tampoco al agente ejecutivo, sino que le derriba a golpes. Finalmente, el propietario encuentra un grupo de hombres resueltos que le secundan; el ladrón es sometido y la bicicleta devuelta al propietario. Poco después, el ladrón se presenta con unos amigos ante el propietario y le vuelve a arrebatar violentamente la bicicleta. Finalmente, el propietario acepta la pérdida y se apodera por su parte, a la primera oportunidad, de una bicicleta ajena; pues "los malos ejemplos corrompen las buenas costumbres" y, en definitiva, "la caridad empieza por uno mismo". El grupo del ladrón aumenta cada vez más, etc. Por muy horrorosamente que describamos la situación, ésta seguirá siendo verosímil en su horror; por supuesto es inverosímil en los elementos que presuponen un aparato estatal en funciones. ¿Cómo iban a seguir existiendo tribunales, agentes ejecutivos y policía después de la abolición de la pena? Lo único que regiría sería el llamado derecho del más fuerte; los incendios, las violaciones, los allanamientos de morada, los asesinatos y homicidios podrían cometerse a la luz del día..." citado en nota 29 del artículo de: Gimbernat Ordeig, E. *"¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?"*. Publicado en el volumen colectivo en homenaje al profesor *Luis Jiménez de Asúa*. Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 506.

de la misma especie. (...), ello no sucede en el hombre, quien no posee una inhibición innata de matar de naturaleza absolutamente segura, sino sólo una moralmente adquirida..."[5]. Existe un gran abismo entre pensar que la pena puede imponerse con "buena conciencia" y concebir la pena como una amarga necesidad dentro de una sociedad compuesta por hombres imperfectos y de capacidad limitada[6].

Los argumentos que justifican la pena son muy variados, teniendo entre sí diferencias importantes, pero en última instancia nos enfrentamos con una dura realidad: por el momento la sociedad no puede prescindir de la sanción. No puede justificarse la solución simplista e ingenua que considere posible eliminar todo tipo de sanciones o de procedimientos coactivos.

La crisis del fundamento mismo de la sanción, se reflejará a su vez en la crisis de la prisión,[7] que hasta hace unos años se consideraba como la gran solución para resolver el problema delictivo y que no ha dado los resultados apetecidos.

---

5 Ibid, p. 505.

6 Ibid, p. 507.

7 "...La pena de privación de libertad no responde ni a la finalidad ni a las exigencias que la sensibilidad del jurista de hoy pide a la pena criminal, cualquiera que sea su naturaleza... (...). La pena de privación de libertad hoy no intimida a la generalidad de los delincuentes; precisamente a los más peligrosos y a los habituales, que se han acostumbrado a sufrirla...", p. 221. La prisión tiene efectos negativos sobre la persona, dentro de los que se puede citar: "...Someter al individuo a un intolerable aislamiento que destruye el "zoon politikon". Reduce al condenado a una inmovilidad que es desigual. No la sufre igual el leñador que el oficinista. Lo somete a lo que Clemmer ha llamado "prisonización", que resulte alienante. Lo priva del ejercicio de su actividad sexual, privación que se extiende a su cónyuge y que lo impulsa dentro de la prisión al ejercicio de prácticas homosexuales. Puede producir las terribles "psicosis carcelarias", que es un "recuerdo prisional" para toda la vida. Afecta al condenado y a sus familiares, pues produce como primer efecto separarlo de su familia, destruyendo la unidad conyugal. Algunos de sus efectos son perpetuos. Deja secuelas psíquicas y sociales que padecen después de liberado. El condenado sigue así pagando su deuda después de haberla liquidado con el Estado. La cárcel resulta criminógena...", p. 227. Tomado de: Sainz Cantero, José A. *"La sustitución de la pena de privación de libertad"* publicado en volumen colectivo de *Estudios Penales - II* - La Reforma Penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela, España, 1978.

3.—*Aspectos constitucionales y legales de la pena privativa de libertad.*

En la constitución política costarricense no existe una norma que expresamente establezca la finalidad y limitaciones de la pena privativa de libertad. El artículo cuarenta de la constitución política señala algunas limitaciones fundamentales sobre las penas, expresando que: "...Nadie será sometido a tratamientos crueles y degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación...". La norma constitucional expresamente prohíbe cierto tipo de penas, pero no confiere a los aspectos específicos de la pena privativa de libertad. En otras legislaciones, dada la trascendencia e importancia de la pena privativa de libertad, con todas sus implicaciones penitenciarias, ha originado que en las constituciones aparezcan normas que regulan los fines y límites de la pena de prisión.[8] La relevancia y el impacto que tiene el someter a un ciudadano a una pena privativa de libertad, justifica la necesidad de establecer con precisión los límites y objetivos de la prisión. Es cierto que no es decisivo el hecho de que la constitución política contemple una serie de límites y garantías relativas a la pena privativa de libertad, ya que es posible que esa norma, a pesar de su rango legal, si no se acompaña de una serie de presupuestos jurídicos y de recursos económicos, no dejará de ser un simple enunciado, (simple declaración de intenciones). El campo penitenciario es uno de los aspectos de la vida social en donde más agudamente se evidencia el abismo que existe entre los postulados legales y la realidad. Sin embargo, a pesar de lo expresado anteriormente, existe un aspecto que es importante, y que debe ser contemplado por una norma constitucional. No nos referimos al problema de la rehabilitación, reinserción, resocialización, y tantos otros términos, que son extremadamente discutibles, sino a la necesidad de que la constitución declare expresamente que la pena privativa de libertad no supone la pérdida total de los derechos y libertades; que en principio se reconocen

---

8 El artículo 25.2 de la Constitución española establece que la pena privativa de libertad estará orientada hacia la reeducación y reinsertación social. Sobre el significado y los alcances de esa norma es interesante consultar el artículo de Javier Boix Reig: *"Significación jurídico penal del artículo 25-2 de la Constitución"*. Publicado en volumen colectivo de *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979.

al recluso todos los derechos y libertades fundamentales, salvo los que se vean expresamente limitados por el sentido de la pena, el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Esta declaración expresa evitaría muchas interpretaciones equivocadas, ya que se ha tendido a considerar, sin fundamento razonable, que la persona que se encuentra en la cárcel ha perdido casi todos sus derechos y garantías individuales. La declaración expresa mencionada no se encuentra en ninguna de las normas constitucionales o legales costarricenses. Es posible que mediante una interpretación de los textos constitucionales se pueda llegar a la misma conclusión que establece la norma propuesta,[9] pero siempre existe el grave riesgo de que se produzca una interpretación conservadora que justifique la limitación absoluta de los derechos y garantías individuales del recluso.

4.—*Código Penal*

El código penal costarricense, bajo la influencia de las ideas que inspiran al Proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica[10], en su artículo cincuenta establece la unificación de la pena privativa de libertad. El profesor Antón Oneca señala que la consecuencia de dar a la pena carcelaria el fin único de la educación, explica su unificación.[11]

Una de las carecterísticas del derecho penal moderno es la tendencia hacia la unificación de las penas privativas de libertad. Aunque parece paradójico, el objetivo se inspira en la idea de la individualización de la pena y conduce a la aplicación de re-

9 El artículo 33 de la Constitución Política costarricense establece que: Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Si se interpreta esa norma con un criterio amplio, fácilmente se podría determinar que el recluso sólo podrá privársele de aquellos derechos y libertades que se vean expresamente limitados por el sentido de la pena, el contenido del fallo condenatorio, y el sentido de la ley y la ley penitenciaria.

10 Bacigalupo, Enrique. *"La moderna política criminal latinoamericana"* en Boletín del ILANUD. Año 1, Nº 2, Agosto 1978. San José, Costa Rica, p. 23.

11 Bueno Arus, F. *"Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1969, p. 287.

gímenes diferenciados[12]. Sin embargo, a pesar de lo que parece evidente, de acuerdo al texto del artículo cincuenta del código penal costarricense, es dudoso que el fin de la unificación se haya alcanzado de manera satisfactoria[13], ya que hay unas penas privativas de libertad en las que la inhabilitación sólo alcanza al tiempo que dure la privación de libertad, y otras en que la inhabilitación excede del tiempo establecido para la privación de libertad.[14] De manera indirecta, a pesar de lo que establezca el texto legal, existen dos penas privativas de libertad de distinta gravedad, una más grave que consistiría en la pena de prisión más una pena de inhabilitación que supera a las primera, y otra de menor rango, que se limitaría a la pena de prisión.

La finalidad educadora de la pena (como lo menciona Antón Oneca) se encuentra en el artículo cincuenta y uno del código penal ("...La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una *acción rehabilitadora...*"), ya que se establece que la pena privativa de libertad tendrá un objetivo rehabilitador. Sobre este aspecto tan polémico nos detendremos más adelante, pero por el momento es importante mencionar que por primera vez en la historia de la legislación penal costarricense, se determina una finalidad educativa a la pena privativa de libertad. En la legislación penal anterior (Código Penal de 1941 —el cual entró en vigencia en 1971) hubiera resultado impropio una definición relativa al fin de la pena, ya que se creía que el objetivo a alcanzar con la aplicación de la pena se encontraba más allá de la actividad judicial, en el ámbito de la acción administrativa, a la que se reservó la cuestión de la ejecución penal. "...Tal vez esto haya sido consecuencia de la influencia ejercida por la obra de Saleilles de 1809 sobre la individualización de la pena. Puede decirse que en general, el derecho penal latinoamericano ha distinguido falsamente —desde nuestra perspectiva actual— entre la aplica-

12 Ibid. p. 288.

13 Bacigalupo, Supra nota 10, p. 23.

14 El código penal costarricense, en los artículos 57 y 58, establece la inhabilitación absoluta y especial. El término para ambas es de seis meses a doce años. El juez puede imponer la sanción de inhabilitación por el término que considere pertinente (seis meses a doce años) en ciertos delitos, como en los cometidos por funcionarios públicos. (Art. 356 del Código Penal costarricense).

ción de la pena y el fin de la ejecución de la pena. Sin embargo, se retoma la senda adecuada: se define la finalidad de la pena. La finalidad de la pena es, sin duda, una cuestión legítima del derecho penal material . . .".[15]

El límite máximo de la pena privativa de libertad se establece en veinticinco años. La comisión que redactó el código explica tal limitación en la siguiente forma: ". . . Se establece que el límite máximo de ambas (pena de prisión y medida de seguridad) es de veinticinco años, ya que la constitución política elimina todo tipo de pena indeterminada. A este respecto cabe observar que se ajusta a las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar . . .".[16] El criterio expresado por la comisión puede sugerir dos interrogantes importantes: a) en principio, partiendo del supuesto de que se cumplen efectivamente los veinticinco años de reclusión, resultaría excesivo el límite máximo establecido por el código penal. Salvo en los casos de anormales peligrosos, en los que ya no podría hablarse de pena, la pena privativa de libertad no debe exceder de los doce o quince años, ya que a partir de ese tiempo comienza un deterioro mental grave[17]; b) la objeción formulada en el aparte a) experimenta una variación importante en la práctica y que se puede analizar bajo tres aspectos: En la práctica de la justicia penal, de la que no escapa la de Costa Rica, existe la tendencia a una aplicación automática e indiscrimanada de los márgenes

15 Bacigalupo, Supra nota 10, ps. 22-23.

16 Exposición de motivos del Código Penal costarricense realizada por el Dr. Guillermo Padilla Castro. Aparece en la edición del Código Penal preparada por el Lic. Atilio Vincenzi. Publicación del Colegio de Abogados, 1972, p. 34.

17 ". . . Sir David Maxwell Fyfe, La peine de mort, en Rintdp., 1948, 140, afirma: Los expertos estiman que después de diez o quince años de prisión el individuo está mental y físicamente degradado. Si la reforma debe ser el fin de la detención de los criminales, se sigue al parecer que la prisión real no debería exceder de una duración de quince años. Un período más largo es salvar el cuerpo del hombre en detrimento de su espíritu . . ." Tomado de la cita Nº 47 de Rodríguez Devesa, Supra nota 3, p. 765. Sobre este punto es interesante examinar la obra de: Luzón Peña, Diego, Manuel. *"Medición de la Pena y sustitutivos penales"*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1979, especialmente a partir de la p. 86 ss.

mínimos de las sanciones punitivas, como resultado de una serie de factores, siendo tal vez el motivo principal la desconfianza general hacia los efectos perjudiciales de la pena.[18] La tendencia descrita explica la poca probalidad que existe de que se pueda imponer una sanción de veinticinco años de prisión. b. En Costa Rica, por imitación directa de la legislación española,[19] existe la redención de penas mediante el trabajo.[20]

En España se ha variado, recientemente, el sentido de la institución, pero no puede afirmarse que haya desaparecido totalmente.

Mediante la institución de redención de penas por el trabajo[21] se reduce bastante el lapso de tiempo que efectivamente se cumple en prisión. Aparte de las críticas que pueda merecer la redención de penas mediante el trabajo, es una institución muy propensa a convertirse en un "portillo legal" por el que la Administración de los Centros Penales reduce la población penitenciaria.[22] Se establecen múltiples causas, de dudoso fundamento legal, por las que se puede reducir la pena por el trabajo.

18 Córdoba Roda, Juan. *"Culpabilidad y Pena"*. Ed. Bosch, Barcelona, 1977, ps. 82-83.

19 Bueno Arus, F. Supra nota 11, p. 301.

20 El artículo 248 del Reglamento Orgánico del Consejo Superior de Defensa Social (del 31-1-1962) establecía la redención de penas por el trabajo. Ese reglamento se fundamentaba en la Ley de Defensa Social del año 1953. En la actualidad las normas citadas están derogadas, siendo sustituida por la Ley de la Dirección General de Adaptación Social (1971), y con fundamento en esa ley se ha dictado un Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma" centro penal más importante del país como institución penitenciaria para varones), cuyo artículo 38 establece la redención de pena mediante el trabajo.

21 La institución de la redención de penas por el trabajo puede originar, en la práctica penitenciaria, algunos abusos. ". . . En la práctica, sin oposición de magistrados y fiscales, la reducción efectiva es en muchos casos muy superior a la de un día por cada dos de trabajo que señala la ley . . .". Cita de: Rodríguez Devesa, J. M., Supra nota 3, p. 807.

22 El aumento de la población reclusa es uno de los problemas y preocupaciones permanentes de la mayoría de los centros penitenciarios. Por ejemplo en España, a pesar de los esfuerzos que se han hecho en los últimos años con respecto al problema penitenciario, se ha producido un aumento espectacular de la población reclusa. Al mes de junio de 1980 hay 17.000 presos, se espera que tal cifra llegue a 20.000 a finales de este año y habrán posiblemente unos 25.000 en 1984. (Ver información de *Diario El País*, 19-6-1980, p. 32). La información periodística citada debe ser analizada con mayor detenimiento y con mejores elementos de juicio, pero sirve para demostrar, en cierta medida, los alcances de un problema extremadamente grave.

c. Los efectos de mayor gravedad que se le atribuyen a la prisión se refieren más que todo al régimen cerrado. En Costa Rica se aplica el sistema progresivo,[23] por lo que la pena privativa de libertad, en muchos casos, no será de un aislamiento que pueda ser mayor de los cinco años, ya que no se requiere demasiado tiempo para poder alcanzar las últimas etapas del sistema, en las que el aislamiento del interno casi no existe.

Todos los aspectos comentados demuestran que por razones muy diversas, es difícil que una persona pueda descontar, en forma efectiva, una pena de veinticinco años de prisión.[24]

Dentro de las normas que regulan la pena privativa de libertad del código penal costarricense, existe un problema más grave que el que pueda surgir por el hecho de existir un límite máximo de veinticinco años. El artículo 98, inciso cuarto del código penal, expresa que el juez *deberá imponer obligatoriamente* la correspondiente medida de seguridad cuando "...cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo...". La facultad que se concede al juez es excesiva e inconveniente, atentatoria de los principios fundamentales de un Estado de Derecho. La medida de seguridad, tal como la establece la norma mencionada, constituye una violación al principio de legalidad. Considero que tal disposición es inconstitucional.[25] No comparto la idea de que se pueda establecer una distinción entre medida de seguridad y pena privativa de libertad, en especial si analizamos las realizaciones prácticas de ambas. "...Las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente aflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito en el futuro...".[26]

En la práctica no puede distinguirse entre medidas de seguridad y penas privativas de libertad, y aún en el caso de que fuera posible establecer tal distinción, seguiría siendo una limitación grave a los derechos fundamentales de la persona, ya que se fundamentaría en un criterio tan discutible como el de que el delincuente aún no se ha rehabilitado. ¿Cómo puede un juez, sin que se propicie fácilmente la arbitrariedad, decir que un delincuente no se ha rehabilitado? En nombre de un pseudocientificismo[27] que toma hipótesis por verdades incontestables, se esta-

---

23 El reglamento del Centro de Adaptación Social (dic. 1976) "La Reforma" de manera muy evidente trata de implantar un sistema progresivo. Uno de los funcionarios que más trató de impulsar tal sistema, es el Dr. Gerardo Rodríguez Echeverría, por lo que resulta interesante examinar el artículo publicado en la obra del ILANUD - Sistemas de Tratamiento y Capacitación Penitenciarios". En esa obra el Dr. Rodríguez explica los propósitos y el origen del sistema progresivo en Costa Rica. Ver: *Sistema Progresivo en el Tratamiento Penitenciario,* volumen colectivo publicado por el ILANUD bajo el título de: *"Sistemas de Tratamiento y capacitación penitenciarios"*. 1978, p. 159 y siguientes.

24 No puede dejar de mencionarse otro de los procedimientos "sui-generis" que se utilizan en Costa Rica con el fin de disminuir la población penitenciaria o de favorecer a una persona de gran poder económico o político. Tal procedimiento, se refiere a la utilización indiscriminada del *Indulto*. El Poder Ejecutivo, a través del Consejo de Gobierno, (especialmente a partir de 1975 en que se reformó el artículo 90 del Código Penal; mediante esa reforma se eliminó el carácter vinculante que tenía el informe del Instituto de Criminología y de los órganos jurisdiccionales. No es necesario ser muy agudo para comprender las razones que justificaron tal reforma). Ha concedido indultos masivos, especialmente cuando están cercanos los períodos electorales. Muchos de los indultos fueron concedidos contra el criterio del Instituto Nacional de Crimino logía y de los órganos jurisdiccionales.

25 El artículo cuarenta de la Constitución Política costarricense establece que nadie puede ser sometido a una pena perpetua. Si se toma en cuenta que durante la ejecución de las penas no existe diferencia importante entre la pena privativa de libertad y la medida de seguridad, eso querrá decir que si se prolonga la pena privativa de libertad por medio de una medida de seguridad, lo que se hace fundamentalmente es prolongar indefinidamente (por 25 años, límite máximo de la Medidad de Seguridad) la pena de prisión. En la realidad, con términos tan prolongados e imprecisos, se establece una pena indeterminada y perpetua. A su vez, el artículo 39 de la Constitución Política costarricense declara que a nadie se le hará sufrir pena por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior. No puede afirmarse que la facultad de poder prolongar la reclusión de una persona, una vez cumplida la pena de prisión impuesta, sea con fundamento en un delito, cuasidelito o falta que haya cometido. Tal prolongación se fundamenta en un discutible criterio referente a la readaptación del reo. No puede admitirse que el hecho de que el recluso no se haya readaptado constituye una acción delictiva.

26 Rodríguez Devesa, J. M. *"Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1978. (Separata), p. 8.

27 Dentro de esa corriente pseudocientificista ha tenido extraordinaria importancia el concepto de peligrosidad. Norval Morris cuestiona con profundidad el concepto afirmando que: "...Con todo, hay que admitirlo, nuestra incapacidad de predecir la peligrosidad con alguna precisión y la característica políticamente expansiva del concepto no fuerzan al abandono de la peligrosidad como determinante de la decisión de imponer prisión o de prolongar su término. Indudablemente, hay quienes aceptarían el precio y optarían por incapacitar a tres criminales convictos impidiendo que cometan delito en la comunidad aunque estuvieran de acuerdo en que sólo uno de ellos lo haría si se los liberara. Al fin de cuentas, no podemos saber cuál de ellos es, y los tres son delin-

blece la facultad de imponer sanciones penales de duración desporporcionada a la índole del delito cometido y de duración indeterminada.[28]

Al aplicar una medida de seguridad a una persona que ha pasado por una institución penitenciaria, por el simple hecho de no haberse rehabilitado, pareciera que se establece como verdad irrefutable el que el sistema carcelario es excelente y que al no haberse rehabilitado es simplemente por causas atribuibles sólo al recluso. Tales suposiciones no son ciertas, por las siguientes razones:

a. El sistema carcelario siempre tiene muchos defectos y limitaciones.[29]

b. Ni aun bajo un tratamiento perfecto se puede asegurar que no podrá existir reincidencia o posibilidad de cometer un delito.[30]

---

cuentes convictos. La seguridad pública justifica su sacrificio...". Sin embargo, como cuestión "...de justicia, nunca deberíamos ejercer poder sobre el reo sobre la base de pronósticos no fehacientes de su peligrosidad...". Tomado de la obra de : Morris, Norval. *"El futuro de las Prisiones"*. Ed. Siglo XXI, México, 1978, p. 118.

28 Gran parte de esa indeterminación se origina en la idea de unir la pena con la personalidad del delincuente. Sobre ese concepto de personalidad ha jugado un papel decisivo el problema de la peligrosidad, al que se refiere Bettiol en los siguientes términos: "La peligrosidad es un concepto que el estado de derecho, aunque sea social, no puede aceptar como criterio directivo de una legislación penal porque, entre otras cosas, vulnera los principios de la seguridad jurídica, comenzando por aquel de la legalidad, para la cual muchos positivistas han tenido poca ternura... (...) Con la idea de peligrosidad se destruye todo el Derecho Penal que garantice cada libertad y seguridad del ciudadano. No por nada los sitemas políticos totalitarios han hecho de la peligrosidad el criterio fundamental de elección para su acción en el campo penal, aceptando el presupuesto ideológico que es la defensa social...". Bettiol, Giuseppe, *"Criterio de política criminal y el Código Penal argentino de 1921"*, en Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino. Bs. As., Universidad de Belgrano, 1973, p. 40-41. Esta cita ha sido tomada de la obra de: Donna, E. A. *"La peligrosidad en el Derecho Penal"*. Ed. Astrea. Argentina, 1978, p. 61.

29 Pinatel, Jean. *"La sociedad criminógena"*. Ed. Aguilar, España, 1979, ps. 150 a 160.

30 Munagorri, Ignacio. *"Sanción penal y política criminal"*. Ed. Reus, 1977, España, p. 165. Citando a López Rey en su obra "Les exigences pénales déaujordáhui et la polituque criminelle contemporain", en Riv. Int. de Crim. et Pol. Techn, 1962, vol. XVI, número 4, pág. 264.

La facultad que se brinda al juez mediante el artículo 98, inciso cuarto del código penal, la considero totalmente inconveniente y de mayor gravedad que el hecho de establecer un límite máximo de veinticinco años en la pena privativa de libertad.

5.—*La finalidad readaptadora de la pena*

De acuerdo con lo que se mencionó anteriormente, el artículo 51 del código penal costarricense establece que la pena de prisión tendrá una finalidad rehabilitadora. El término rehabilitación es utilizado en un sentido similar al que se utiliza en otras legislaciones al referirse a reeducación, reinserción o resocialización. Tal finalidad se identifica con una de las clásicas funciones atribuidas a la pena, la de prevención especial, que busca actuar sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en delito, readaptándolo al medio social del que se mostró enemigo.[31]

En la legislación costarricense se ha empleado también el término resocialización,[32] pero en realidad, tanto al emplear el término resocialización como rehabilitación, siempre se ha querido lograr que quien ha violado la ley penal pueda, a través de la pena privativa de libertad, lograr un cambio suficientemente importante como para permitirle readaptarse de manera conveniente a la sociedad.

Poco se ha cuestionado en Costa Rica sobre la capacidad de la prisión para poder rehabilitar al delincuente. Se han puesto demasiadas esperanzas en la neutralidad de la ciencia[33] y en la

---

31 Rodríguez Devesa, Supra nota 3, p. 747.

32 El capítulo III del Libro II sobre aplicación de las penas, del reglamento de la derogada ley de Defensa Social, se refería al "Régimen de Resocialización" (art. 197 al 201).

33 "...La neutralidad de la ciencia no deja de ser una pretensión en tanto se utilice para conseguir finalidades de grupos de poder (...). En última instancia, mantener la neutralidad de la aplicación científica en instituciones que intervienen sobre la conducta de los individuos no es más que un artificio para defender tales instituciones, en vez de analizarlas críticamente...", p. 154. "...Por esto, negándose que el carácter científico sea garantía de la seguridad jurídica del delincuente sometido a tratamiento y afirmándose los peligros que tal carácter tiene de cara al respecto de los derechos básicos del ser humano, el tratamiento, lejos de defenderse por la supuesta eficacia de los resultados, debe someterse a un detenido estudio crítico e incluso debe permitirse que en la práctica los tratamientos puedan ser rechazados como comportamientos delictivos en cuanto violen bienes de los detenidos jurídicamente protegidos...". p. 156. *Muñagorri*, supra nota 30.

eficiencia del "tratamento científico", razón por la que no se ha visto la necesidad de establecer una serie de garantías jurídicas efectivas, en favor del recluso, que delimiten adecuadamente el tratamiento. Cuando se habla de la rehabilitación o reforma del delincuente, surgen una gran cantidad de objeciones y críticas.

La palabra "reeducación", "reinserción social", "rehabilitación", todas son expresiones que conciden en asignar a la ejecución de las penas privativas de libertad una misma función correctora y de mejora del delincuente. Se trata de un objetivo que desde los tiempos de Von Listz se considera como fundamental entre las diversas funciones que se asignan a la pena, y en todo caso, como principio rector de todo el sistema penitenciario moderno.

El establecimiento del objetivo rehabilitador resulta atractivo, pero es indispensable analizar con detenimiento el alcance de tal finalidad, ya que no puede ignorarse sus limitaciones.

Entre las múltiples objeciones que se sugieren, podemos citar las siguientes:

a. Es importante determinar si no existe una clara contradicción entre fines y medios. Una cosa es postular en abstracto que la pena debe servir para resocializar o rehabilitar y otra muy diferente es aceptar sin más que la prisión es un sitio idóneo para cumplir con dicho objetivo. Las estadísticas sobre reincidencia[35]

34 La idea de resocialización tiene también valiosos precedentes en los correcionalistas españoles. Liszt no hablaba, sin embargo, de resocialización, sino, entre otros fines, de prevención especial, de "mejora". El término "resocialización" aparece en la bibliografía alemana después de la Primera Guerra Mundial para sustituir o acompañar al de "mejora". En la bibliografía alemana actual se utiliza como equivalente del término "prevención especial". También se utilizan otras expresiones equivalentes como reeducación, reinserción o readaptación social, o las más precisas de "nueva" inserción o socialización sustitutiva. Muñoz Conde, F. "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", publicado en la revista Cuadernos de Política Criminal, N° 7, (Instituto de Criminología de la Univ. Complutense de Madrid), 1979, p. 92.

35 "...Existen, seguidamente, los estudios estadísticos basados en las encuestas pospenitenciarias. Estos estudios, iniciados por el matrimonio Glueck en Estados Unidos, son estudios continuos (follow. up studies). Sus atutores constataron una tasa de reincidencia de un 80% entre los liberados condicionales. Pero una investigación más importante de Glaser muestra que el 35% de un sector aleatoriamente escogido de los detenidos, adultos del sexo masculino, liberados de las prisiones federales de 1956, había sido encarcelado en 1960...". Pinatel, Supra nota 29, ps. 158-159.

"...Los datos primarios que en este sentido arrojan a nuestros ojos no ofrecen dudas: el fracaso rehabilitador de la privación de libertad de que ha-

y la experiencia que se ha logrado acumular a lo largo de los años, parecen suficientes como para plantear la pregunta de si realmente la cárcel será el medio adecuado para la rehabilitación. En muchas ocasiones se llega a la conclusión de que dadas las características y la esencia misma de la prisión, ésta no está en capacidad de resocializar[36].

b. La impresición del término (rehabilitar-resocializar), puede dar la impresión de que se trata de dividir tajantemente la sociedad en "honestos" y "deshonestos". Un esquema simplista que lleva a pensar que el recluso necesita adaptarse a un mundo incuestionablemente justo. Se pretende "normalizar al delincuente", pero se soslaya una pregunta esencial: esa "normalización" consigue en alguna forma una relación justa?[37] La respuesta a esa interrogante es importante, ya que pareciera que de acuerdo con las características de la sociedad y de la criminalidad, es casi imposible trazar una línea divisoria entre un mundo justo, representado por la sociedad, y la delincuencia, que sería la antítesis de esa sociedad "honesta". No existe una diferenciación diáfana que pueda legitimar adecuadamente la pretensión de rehabilitar o resocializar al delincuente.[38] Esta interrogante es la

blara Van West, se prueban sobradamente con los porcentajes globales de reincidencia que autores solventes, como Glaser 60, 70%), Neuman. Iruzun (80%), Middendorff (40%) y Clemmer (40-80%, frente a un 10-20% con parole)...". Tomado de García Valdés, *La Nueva Penologia"*, Instituto de Criminología de la U. de Madrid, 1977, p. 34.

36 De Sola Dueñas, Angel. *"Socialismo y delincuencia"*. (Por una política criminal socialista), Ed. Fontamara, España, 1979, ps. 94-95.

37 Ibid. p. 96.

"...De ahí que en el Estado neocapitalista la concentración del poder económico y político en manos gemelas no ha conseguido eliminar la diferencia de clases entre los individuos y ha reforzado los contrales ideológicos sobre la población como medio necesario para su mantenimiento. (...) En este contexto se plantea la idea de tratamiento resocializador y especialmente la noción de resocialización. Resocializar en el seno de una sociedad escindida con poderosos y sutiles aparatos de control ideológico, contexto en el que no se puede aislar, del que no puede prescindir el tratamiento del delincuente, puesto que es el medio de donde el delincuente procede, en el que se realiza el tratamiento y al que vuelve al finalizarlo...". *Muñagorri,* Supra nota 30, p. 158.

38 Hoy no se puede afirmar que el delincuente es el antisocial, el inadaptado. Todos somos delincuentes en potencia. En cuanto a la criminalidad, la única meta razonable es tratar de mantenerla dentro de los límites tolerables, procurando que no perturben en exceso la vida de la colectividad. *Rodríguez Devesa.* Supra nota 26, p. 7.

que explica, en parte, la necesidad ineludible de darle un contenido preciso al afán rehabilitador.

c. La insuficiencia de nuestros actuales conocimientos, tanto respecto al fenómeno de la criminalidad como al de la terapia adecuada a cada caso, determinan una limitación importante al objetivo resocializador. La criminalidad y sus causas sigue siendo un "acertijo", como lo expresa Lange.[39] Algunos autores han llegado a afirmar que nos aproximamos al "'punto cero" en las ciencias criminológicas. La alternativa: "penar" o "tratar" es, hoy por hoy, prematura, porque falta una base empírica sólida que permita programar los tratamientos adecuados al complejo y todavía poco conocido espectro de la delincuencia.[40] El afán rehabilitador es profundamente problemático. Existen muchas discrepancias sobre su alcance, fundamento y consecuencias.[41] Tal como lo hemos expresado anteriormente, se objeta la capacidad que pueda tener la pena privativa de libertad para poder rehabilitar o resocializar.[42] Tal cuestionamiento hace necesaria una gran cautela sobre la forma en que se desarrolla tal objetivo. Por lo menos deben establecerse algunas limitaciones fundamentales al objetivo rehabilitador.

a. El afán readaptador o resocializador no puede nunca justificar la imposición coactiva del tratamiento. Dentro de un estado democrático de derecho, no puede autorizarse la imposición coactiva de una determinada escala de valores. El que ha

39 García-Pablos de Molina, A. *"La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo"*. Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. (Separata), 1979, p. 683.

40 Ibid.

41 Ibid., p. 674.

42 "...Cada hombre debe antes que nada aprender a comportarse socialmente y a configurar su situación social plena de sentido, del mismo modo que a alcanzar y conseguir una compensación entre las exigencias del medio ambiente y las esperanzas personales. Pero la pregunta que surge es la de si resulta correcto y más aún posible el castigar y reparar por medio de la pena los defectos de socialización de origen ambiental revelados por la criminalidad. Una respuesta terminante, en rigor de verdad, no ha podido ser aún formulada no obstante las múltiples tentativas que se siguen realizando en la práctica de la ejecución penal. Y fundamentalmente tal tipo de respuesta no puede suministrarse en virtud de los variados vicios y defectos que comporta el cumplimiento de las penas privativas de libertad...". Bergalli, Roberto. *"¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?"*. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1976, p. 21.

sido condenado por medio de una sentencia penal se le ha limitado su libertad, pero tal limitación no justifica el irrespeto a la libertad de pensamiento, cuyos alcances no permiten la imposición de "determinados límites", ya que éstos serán en alguna forma caprichosos y arbitrarios.[43] Es contradictorio, si se pretende imponer coactivamente el tratamiento, que se niegue la libertad a quien se quiere dar capacidad de vivir en ella.[44] La imposición coactiva de la rehabilitación (o resocialización) presenta una dificultad práctica importante; esa dificultad se refiere al hecho de que el éxito real del afán rehabilitador presupone la participación voluntaria del sujeto en el programa de tratamiento. Tal voluntariedad debe ser expresada por un asentimiento totalmente espontáneo, impidiéndose cualquier género de coacción, aunque a veces ésta se hace con tal sutileza, que resulta difícil dibujar un límite entre coacción y determinación.[45] La autodeterminación es importante, no sólo por razones legales y éticas, sino por la misma esencia de lo que constituye una auténtica transformación de la persona. El respeto a la libertad de conciencia implica el reconocimiento del principio de que el delincuente tiene el derecho a no ser rehabilitado. No puede imponerse el cambio de la escala de valores a ningún ciudadano.

b. El objetivo resocializador no puede, sin que incurra en la negación de los fundamentos de una sociedad democrática, aspirar a imponer una determinada escala de valores o una forma de conceptualizar el mundo y la sociedad. Por eso se justifica que la rehabilitación sólo puede pretender la realización de un obje-

43 "...La prisión no puede salir victoriosa porque los muros, los barrotes y los guardias no pueden capturar, ni apresar a una idea...". Newton, Huey, *"Cárcel, ¿cuál es tu victoria?"*, aparecido en la obra de varios autores titulada: *Si llegan por ti en la mañana...* Ed. Siglo XXI, México, 1976, p. 68.

44 Fromm, Erich. *"El corazón del hombre"*. Fondo de Cultura Económica. México, 1977, ps. 178-179.

45 Es importante proteger al interno contra sanciones o incentivos tendientes a que participe en programas rehabilitadores, ya que el arrollador poder que se origina en el encarcelamiento, el aislamiento, la indefensión y la dependencia del preso, plantean serias dudas a la capacidad de autodeterminación del recluso". ...La institución carcelaria en su conjunto tienen mal impacto masivo, su autoridad aniquila de tal manera la libertad de opción, que resulta esencial que protejamos en la medida de lo posible, en su interés y en el nuestro, la libertad del presidiario de no someterse a ningún programa de tratamiento...". Morris. Supra nota 27, p. 42.

tivo mímino: que el recluso pueda llevar en el futuro, con responsabilidad social, una vida exenta de hechos punibles.[46] Si se excede tal objetivo, fácilmente se podrían irrespetar los principios que orientan un Estado democrático y de derecho.

En el ordenamiento penal costarricense no existe una definición, aunque sea mínima, sobre el objetivo rehabilitador, ni se establece el derecho que tiene el interno para aceptar o rechazar el tratamiento. La ley a la que se refiere el artículo cincuenta y uno del Código Penal,[47] no hace ninguna mención sobre los límites que debe tener la rehabilitación, ni tampoco establece con claridad las garantías y derechos que se le deben reconocer al recluso durante la ejecución de la pena. Es necesario que la legislación costarricense contemple de manera expresa tales aspectos. La reglamentación vigente en el centro penal más importante del país[48] contiene una serie de disposiciones que demuestran la inexistencia de límites claros sobre los alcances del objetivo resocializador y las técnicas de tratamiento.[49] En la exposición de motivos de la mencionada reglamentación se hacen algunas afirmaciones que confirman lo expuesto. Se dice: "...Para pasar de una etapa a otra no basta el "buen comportamiento", considerado como la no comisión de faltas disciplinarias —pasividad—, es necesario que el interno desarrolle una actividad positiva en los campos educativo, laboral y convivencial. No queremos quitarle sus energías, sino canalizarlas hacia propuestas educativas y laborales de valor social...".[50] Se quiere que el recluso demuestre una "actitud positiva", pero es conveniente plantearse la siguiente pregunta: ¿qué quiere decir "actitud positiva"? Porque, según el párrafo citado, no basta un comportamiento ajustado a las normas disciplinarias, sino que debe demostrar una aceptación del programa del centro, sin que se tome en cuenta la autodeterminación y la libertad del interno. Por otra parte, la evaluación que permite el paso de una etapa a otra del sistema progresivo, dependerá de criterios muy imprecisos y que pueden propiciar la arbitrariedad y el abuso, lo cual no es un acontecimiento excepcional en el medio carcelario.[51]

Las leyes y reglamentos que regulan la ejecución de la pena privativa de libertad, no hacen una distinción importante entre el régimen y el tratamiento.[52] Esa distinción permite apreciar con claridad el sentido que tiene la pretensión de que el tratamiento sea aceptado libremente por el recluso. La distinción permite que se puedan brindar mayores garantías al interno. Tradicionalmente, y así lo hacen las leyes y reglamentos penitenciarios costarricenses, se ha entendido que el tratamiento está constituido por el régimen penitenciario en un sentido genérico, cuando en realidad existe una diferencia importante entre el tratamiento y el régimen penitenciario.[53]

---

46 Zipf, Heinz. *"Introducción a la Política Criminal"*. Ed. Revista de Derecho Privado. España, 1979, p. 74.

47 Se trata de la Ley de la Dirección General de Adaptación Social, Nº 4762, mayo de 1971. La ley sólo se refiere a la organización administrativa y burocrática de la Dirección General de Adaptación Social.

48 Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma", (31-12-1976). Es el centro penitenciario de varones más importante del país, abarcando el 80% de la población penitenciaria adulta. Pero hay otros centros penales de menor importancia que no tienen un cuerpo orgánico de normas que regule las relaciones entre la Administración y el recluso. Esta situación es inadmisible en un Estado de Derecho.

49 Por ejemplo el artículo octavo del Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma, establece que: "En el período de tratamiento se aplicarán al interno, en la unidad correspondiente, las medidas conducentes a su adaptación social". La norma refleja la posición totalmente pasiva que se le asigna al recluso, con la idea predominante de que la "imparcialidad de la ciencia" no permite que se vulneren los derechos humanos.

50 Introducción al Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma". Ed. del Ministerio de Gobernación y Justicia, 1977, Costa Rica, p. 5.

51 Tal arbitrariedad se puede apreciar en obras muy conocidas como: *Papillon* de Henry Charriere; *El primer círculo* de Solzhenisyn, etc. Para Costa Rica ha sido muy ilustrativa la obra de José León Sánchez en *"La Isla de los Hombres solos"*. Antonio Lehmann, San José, Costa Rica. 1971. En el artículo de Israel Drapkin, *El recluso penal, víctima de la sociedad humana.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1977, en la nota 36 se citan muchas obras sobre el tema aludido.

52 No se determinan los fines y procedimientos de lo que se denomina tratamiento, y a veces parece que éste se resume en el trabajo, la educación y la convivencia, cuando en realidad son elementos propios del régimen.

53 "...Pues el ordenamiento penitenciario de los países, aún los más avanzados, siguen presentando la materia referida al tratamiento de los internos no como una parte con sustantividad propia y autónoma, sino dentro del genérico desarrollo del régimen penitenciario, o confundido con él, cuando son claras sus diferencias esenciales, a la par que la relación de medio a fin en que éste se encuentra respecto a aquél...". García Valdés, Carlos. *"Comentarios a la Ley General Penitenciaria"*. Ed. Civitas, España, 1980, p. 153.

Se puede considerar el tratamiento como una ayuda, basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, con el fin de que en un futuro pueda conducirse con mayor libertad.[54] El régimen vendría ser el cuadro o marco externo, en la terminología de Pinatel, en el que tiene lugar el tratamiento.[55]

6.—*Garantía fundamental para el interno: Control jurisdiccional*

Frecuentemente se considera, de manera errónea, que con sólo mencionar en la ley que la pena privativa de libertad tendrá como finalidad la rehabilitación del recluso, se han resuelto todos los problemas. Este "espejismo intelectual" ha hecho olvidar otro aspecto de mayor importancia. Se ignora la necesidad insoslayable de brindar al recluso garantías jurídicas y procesales que aseguren el respeto a su dignidad y sus derechos. Deben establecerse garantías y mecanismos legales que propicien el ejercicio de la autodeterminación y de la libertad. No puede iniciarse la educación para la libertad, sino se reconoce, desde un principio, la eminente dignidad personal del recluso. No existirán posibilidades, aunque sean remotas, de rehabilitación, sin dignidad y libertad". . . . La doctrina más reciente mantiene con acertado criterio la tesis de que el recluso es titular de derechos humanos, con las limitaciones indispensables que se derivan de su tratamiento en prisión . . .".[56] Tal reconocimiento es un presupuesto esencial para iniciar la tarea de rehabilitación,

Dentro de los requisitos fundamentales para propiciar la rehabilitación del interno, merece especial mención el control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad. La

54 Alarcón Bravo, J. *"El tratamiento penitenciario"*, publicado en el volumen colectivo de Estudios Penales, II, La Reforma Penitenciaria. U. de Santiago de Compostela, España, 1978, p. 21.

55 El tratamiento en un sentido amplio puede intervenir en tres niveles: a. Conseguir que dentro de las prisiones no se adquieran nuevas conductas y actitudes delictivas o se refuercen las ya existentes. (Nivel profiláctico). b. Trato digno y humanizante. Persigue la consecución de un clima mentalmente higiénico, no entropizante, favorecedor del desarrollo, en el que no se pueda producir la neurosis institucional. c. Se refiere a las medidas y programas específicos de tratamiento. Gómez Pérez, Jesús. "El ámbito del tratamiento penitenciario". Cuadernos de Política Criminal Nº 8. Instituto de Cri. de la Univ. de Madrid, 1979, p. 69.

56 Garrido Guzmán, L. *"En torno al proyecto de Ley General Penitenciaria"*, en volumen colectivo, Escritos Penales. Universidad de Valencia, 1979, p. 216.

arbitrariedad en la aplicación de las sanciones es una de las manifestaciones más claras de la falta de respeto a la persona; la arbitrariedad convierte al ser humano en un objeto utilizado por quien dispone, en un momento dado, del poder de la fuerza. No es solamente la justicia o injusticia de la sanción impuesta, sino que el estar en forma irrestricta en manos de quien ejerce la autoridad dentro del centro penal, puede producir un aniquilamiento psicológico, si la potestad de mando del director del centro penitenciario o de sus auxiliares se utiliza en forma arbitraria y sin ningún tipo de control.[57] Precisamente tal contralor y limitación

57 Iraeta, J. R. *"La Cárcel"*. Mañana Editorial, España, 1977, p. 28.

Sobre la arbitrariedad en las prisiones, Eve Pell narra los siguientes hechos, que son muy ilustrativos: ". . . Cuando se inauguró la Prisión de Soledad (. . .) en 1946 se la calificó de institución progresista. Tal vez lo era, pero en el transcurso de los años los presos la han comenzado a llamar "escuela de gladiadores" o "primera línea del frente" a causa de la intensidad de la hostilidad racial que existe entre los guardias y los internos y entre los propios internos. Las cartas en que se expresan los pormenores de la brutalidad de la vida cotidiana dentro de la cárcel han llegado hasta las familias y los abogados de los internos y, por último, han llamado la atención de los legisladores de Sacramento. Por último, a principios de junio de este año, Mervyn Dymally, senador por el estado de California, llevó a cabo una inspección de la parte de seguridad máxima de la cárcel, acompañado por dos miembros de la parte y por el abogado Fay Stender, de la Zona de la Bahía. (Suponemos que se trata del año 1970). El grupo deseaba distribuir un cuestionario, que responderían y devolverían en el acto los presos, de manera que a nadie se le pudiese castigar por quejarse de las condiicones. Este plan indignó a Ray Procunier, director del Departamento Correccional de California, así como a los zares de la prisión. "Si se va a entregar un cuestionario —dijo Procunier—, soy yo quien lo entregará. Si algo anda mal aquí, nosotros queremos ser los primeros en enterarnos". Dymally dio su acatamiento y después de recorrer el ala "O" de la cárcel el grupo del senador se volvió a reunir en el despacho del alcalde para comentar aquello de que se habían enterado gracias a sus breves conversaciones con los presos. Se preocuparon especialmente por las quejas de los presos negros en el sentido de que se les daban alimentos contaminados, que soltaban orina en su café y se les hacía víctimas de otras brutalidades semejantes. "En mi opinión, nadie le hace nada a la comida —dijo Procunier—. Con criterio administrativo, no es algo en lo que tengamos interés. Ya hay bastantes malos sentimientos en este lugar". Cuando Dymally sugirió que tendría que haber algún fundamento del hecho de que tantas cartas y quejas lo hubiesen mencionado, Procunier se volvió hacia los funcionarios de la cárcel y les advirtió que "quiero que me digan la verdad ¿Ha ocurrido alguna vez que alguien se haya orinado en el café de alguno de los presos?"

Cuando los cuatro hombres negaron al unísono, moviendo la cabeza de un lado para otro, el señor Procunier se dio por satisfecho. Después de haber hecho algunas preguntas más y haber recibido las respuestas arbitrarias de Procunier, el grupo de Dymally abandonó la prisión de Soledad sin haberse acercado siquiera al problema de la cárcel . . ." (ver artículo de Eve Pell, "Cómo elige una cárcel sus víctimas", en la obra colectiva titulada: "Si llegan por ti en la mañana . . . vendrán por nosotros en la noche". Siglo XXI, México, 1976, ps. 150-151).

la establece el Juez de Vigilancia o Juez de Ejecución de la Pena.[58]

La intervención del Juez en la ejecución de la pena es tan necesaria como la que tiene en la fase judicial, ya que al ejecutarse la pena privativa de libertad es el momento cuando el peligro de violaciones de derecho y la indefención de la pena es mayor.[59] La intervención judicial durante la fase de ejecución puede repercutir en la fase procesal, evitando el problema al que se refiere el profesor Rodríguez Devesa, cuando señala que "... los tribunales no saben exactamente qué pena imponen, sustraída como está su ejecución de cualquier influencia de su parte.[60]

En el ordenamiento penal costarricense se contempla el Juez de Ejecución de la Pena, pero su intervención y poderes son limitados, con lo que muchos de los aspectos sobre los que debiera tener obligada intervención no los contempla la ley.

Las funciones del juez de ejecución de la pena están reguladas en el Código de Procedimientos Penales,[61] atribuyéndole las siguientes funciones:

a. Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad.

b. Conceder o revocar la libertad condicional.

c. Visitará por lo menos una vez cada seis meses los centros penales, informando a la Corte Suprema de Justicia y al Instituto Nacional de Criminología, según corresponda, sobre las situaciones irregulares que encuentre.

d. Oirá a los internos cuando éstos lo soliciten y dará curso a sus quejas, tomando las medidas que estime pertinentes.

e. Determinará las principales modalidades de tratamiento aplicables a los reclusos.[62]

f. Dirigirá los servicios de libertad vigilada y los servicios de prueba.

Al analizar las funciones descritas, se aprecia fácilmente una serie de omisiones que no permiten garantizar adecuadamente la legalidad y la protección de los derechos del recluso. El reglamento que rige el desarrollo del régimen penitenciario del Centro Penal La Reforma, le atribuye al Director del centro un poder extraordinario y con contralores muy deficientes.[63] Concede los beneficios penitenciarios, impone sanciones disciplinarias, decide sobre el paso de una etapa a otra del sistema progresivo, decide sobre la clasificación del interno, autoriza los permisos de salida. Las atribuciones que se han descrito, las ejerce el Director del centro sin que exista un contralor judicial expreso. Es inconveniente que tales potestades, que dentro del recinto penitenciario adquieren dimensiones extraordinarias, queden fuera del debido control jurisdiccional. Esas omisiones reflejan un defecto tradicional de la justicia criminal, ya que se separa el momento de la aplicación de la pena en la sentencia y los de ejecución de la misma. Los fines de la pena, su poder aflictivo, la situación jurídica del condenado, no tienen verdadera garantía sin la intervención del contralor jurisdiccional, representado por el juez de ejecución de la pena. Es importante que sus potestades sean suficientes como para garantizar la legalidad de la ejecución de la pena, permitiéndose siempre un respeto efectivo a la dignidad del interno. Las potestades del juez de ejecución de la pena, deben estar bien definidas,

---

58 La descripción de lo penitenciario al Ministerio de Justicia no supone una desvinculación de lo jurisdiccional". "... Creer que va tolerarse la soberanía plena de un director en su prisión como la de un operador en su quirófano, máxima aspiración de la mentalidad penitenciara positivista, es desconocer una vez más las características complejísimas de lo penal y las realidades del mundo actual, en el que el intervencionismo y la burocracia alcanzan los entresijos más cercanos de lo público y aún de lo privado. (...) si el Juez es quien "crea" la pena al aplicar la que estima justamente valorada al reo, justo es que procure, hasta donde sea posible, su exacto y debido cumplimiento. Por otra parte, como ya se dijo, el condenado no tiene ya *hoy solamente deberes respecto a su condena; goza asimismo de derechos estrictos ...*". Quintano Ripollés. "Modernos aspectos de las Instituciones penitenciarias iberoamericanas". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1952, ps. 18-19.

59 Muñagorri, Supra nota 30, p. 177.

60 Ibid., citado en la obra de Muñagorri, citando a J. M. Rodríguez Devesa, "Consideraciones sobre la última reforma del Código Penal". En Revista de Derecho Público, 2ª época, año I, vol. II, pág. 191.

61 Artículos 518 y 519 del Código de Procedimientos Penales. (Promulgado en 1973, pero entró en vigencia hasta 1975).

62 Se evidencia claramente que la norma le asigna un papel totalmente pasivo al interno, tal como si se tratara de un tratamiento biológico en el el que trata de curarse una enfermedad.

63 El artículo 132 del Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma", le concede amplios poderes y atribuciones al Director del Centro, sin que exista un adecuado contralor judicial.

ya que de esta forma se evitan conflictos con las autoridades administrativas que dirigen los centros penitenciarios.[64]

La intervención del juez en la ejecución de la pena es la consecuencia obligada del principio de legalidad penal, en especial en lo que se refiere a la legalidad de la ejecución de la pena.

En este sentido la misión judicial consiste en asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la ejecución penal y la observancia del respeto debido a los derechos y a los intereses legítimos de los internos.[65]

i.—*Definición del rol que debe cumplir el juez de ejecución*

Considero que lo más adecuado, si se pretende que el papel asignado al juez de ejecución de la pena tenga éxito y efectividad, es que tal funcionario sea ubicado cerca, pero fuera de la prisión, distinguiendo los aspectos jurisdiccionales de los que no lo son, manteniéndolo en una línea exclusivamente judicial.[66] No debe ser el supervisor de la actividad administrativa de las prisiones, ni tampoco una especie de superdirector de establecimientos. Debe mantener autoridad e independencia, evitando conflictos con las autoridades administrativas, y por esa razón es que no debe participar activamente en la administración o dirección de los centros

64 Ruiz Vadillo, E. *"La ejecución de las penas privativas de libertad"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Enero-Abril, 1979. Madrid, p. 42.

65 "...Durante largo tiempo, dice Cuello Calón (La intervención del juez en la ejecución de la pena. Anuario de Derecho Penal. 1953, pág. 260), se consideró unánimemente que el juez penal carecía de facultades para intervenir en la ejecución de la pena, una vez dictada sentencia. Actualmente, gracias a la evolución producida en estas ideas, se sostiene la intervención del juez en la ejecución de las penas privativas de libertad y en las medidas de seguridad de igual naturaleza. La intervención del juez en la ejecución de la pena es la consecuencia obligada del principio de legalidad penal "nulla poena, sine lege", y particularmente del principio de legalidad de su ejecución y es por ello que la misión judicial en este aspecto consiste en asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la ejecución penal y la observancia del respeto debido a los derechos y a los intereses legítimos de los detenidos e internos...". Citado por Ruiz Vadillo, Ibid. p. 24.

66 Ruiz Vadillo, Ibid. p. 33.

penales.[67] Se puede apreciar con claridad la importancia y trascendencia del juez de ejecución de la pena si se admite que es el que garantiza y controla la legalidad de la relación jurídico-penitenciaria.[68] Tal como se encuentra regulada la función jurisdiccional del juez, en el ámbito penitenciario, considero que el derecho costarricense se ha inclinado por imprimirle un carácter netamente judicial; esta solución evita muchos conflictos con las autoridades administrativas y define una posición imparcial del juez.[69]

ii.—*Necesidad de darle mejor definición y mayor competencia al juez de ejecución de la pena.*

Tal como lo comenté anteriormente, cuando me referí a las atribuciones que le asigna el Código de Procedimientos Penales, es necesario asignarle mayores facultades al Juez de Vigilancia, ya que tal como se encuentran ahora, las considero insuficientes. Con el fin de darle mayor definición a sus funciones, sería conveniente que se le asignaran las siguientes funciones:

67 La intervención de la autoridad judicial debe comprender una misión de vigilancia complementada con un cierto poder de decisión, vigilancia del cumplimiento de la pena y poder decisorio en algunos aspectos del tratamiento penitenciario, siguen constituyendo actualmente, para la gran mayoría de la doctrina penal, las principales funciones del juez de ejecución de la pena. No se trata de que los jueces se conviertan en directores de la prisión, sino que deben cumplir un importante papel de contralores de legalidad, evitando cualquier abuso de poder. (Desviación de poder o utilización arbitraria de atribuciones). Ver Garrido Guzmán, Supra nota 56, p. 226-227.

68 Ya en el IV Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en París jul. 1937), se adoptó un acuerdo en el que se mencionaba la importancia del Juez de Ejecución de la Pena. Tal acuerdo establecía lo siguiente: "...El principio de legalidad base del Derecho Penitenciario, como lo es del Derecho Penal, así como la garantía de la libertad individual, exigen la intervención del juez en la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. La administración penitenciaria encargada de esta ejecución deberá conservar su completa autonomía e independencia...". Igid. Garrido Guzmán, p. 226.

69 De acuerdo con lo que se declara en el artículo 518 del C. P. P. costarricense, se estipula que el Juez de Ejecución de la Pena será nombrado por la Corte Suprema de Justicia y dependerá de ésta. Desde un punto de vista del origen de su nombramiento, así como por su ubicación jerárquica, se puede afirmar que, en principio, el Juez de Vigilancia tiene un carácter eminentemente judicial. Tampoco pierde ese carácter judiical al examinar los deberes y funciones que le asigna la ley.

a. Aprobar las sanciones de aislamiento en celda que excedan de quince días.[70]

b. Resolver por vía de recurso las oposiciones que formulen los internos sobre las sanciones disciplinarias que se les hayan impuesto.

c. Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a los dos días,[71] salvo que se encuentre en régimen de confianza o abierto.

d. Resolver, con fundamento en los estudios pertinentes, los recursos referentes a la clasificación inicial y a las progresiones y regresiones de grado.[72]

---

70 El artículo 210, inciso b. del Reglamento Orgánico del Consejo Superior de Defensa Social (enero 1962), cuya vigencia está excluida en el Centro de Adaptación Social de la Reforma, establece el aislamiento en celda unipersonal o colectiva, según la gravedad de la falta, por un término mayor de una semana, pero no mayor de tres meses. En el reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma" no se contempla como sanción el aislamiento en celda, sino que las faltas de extrema gravedad y las graves, se sancionan con la regresión en el Sistema Progresivo. Sólo indirectamente se puede producir el aislamiento en celda, si la regresión supone el regreso a la etapa cerrada de máxima seguguridad. De todas maneras, es indiscutible la conveniencia de un contralor jurisdiccional, cuando la sanción excede de ciertos límites.

71 Por los múltiples aspectos polémicos y delicados que surgen alrededor de los permisos de salida, es muy aconsejable que tengan algún contralor judicial. Debe recordarse que en la historia penitenciaria costarricense, se han producido "escándalos de tres días", tal como es usual en nuestro país, en los que se ha evidenciado el abuso en que se ha incurrido al concederse permisos de salida. Han sucedido hechos tan insólitos, que no se sabe qué pensar, ya que la "excesiva idiotez" está muy cerca de la corrupción administrativa, con todos los "misterios" e incongruencias que ésta conlleva.

72 La trascendencia e importancia que encierra la decisión sobre el diagnóstico y ubicación del interno en el régimen progresivo, justifica un contralor jurisdiccional. Debe evitarse que el poder no se encuentre incontrolado; es inconveniente que tal decisión quede reducida al criterio de las autoridades administrativas. Esto implica que el Juez de Vigilancia debe tener, además de formación jurídica, suficientes conocimientos criminológicos y penitenciarios". "...Por ello, para que el Juez de Vigilancia sea un instrumento práctico en la ejecución de la pena, y no un órgano inoperante más, es necesario que se trate de jueces especiales y especializados, lo que significa que deben constituir un estamento autónomo, dentro de la carrera judicial, exigiéndose para su selección una oposición restringida, demostrativa de su formación téorica y vocación criminológico-penitenciario...". Garrido Guzmán, Supra nota 56, p. 229. Es inconveniente que por falta de una visión adecuada de la trascendencia del Juez de Vigilancia, este puesto se pueda convertir en un "Gulag Administrativo", en donde quien ocupa el cargo se siente desvinculado de las labores de "importancia"; con toda la cuota de frustración que eso conlleva.

e. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

f. Conocer del paso a los regímenes cerrados(o cerrados de máxima seguridad) de los internos, con fundamento en la propuesta formulada por el Director del establecimiento.

A las funciones que he citado, deben agregarse las que contempla el Código de Procedimientos Penales (artículos 518 y 519), que tal como lo he expresado reiteradamente, son insuficientes e imprecisas.

Las atribuciones que he citado anteriormente, y que no están previstas en las normas procesales penales, tienen como finalidad predominante, las siguientes: a. Para dar cumplimiento estricto al principio de legalidad, en el desarrollo de la ejecución de la pena, es necesario que el Juez de Vigilancia tenga suficientes atribuciones como para convertirse en un instrumento técnico y jurídico idóneo, de lo contrario, el principio de legalidad fácilmente se convierte en una simple declaración de principios o de buenas intenciones. b. Guardando íntima relación con el objetivo anterior, es indispensable que los poderes que en primera instancia se atribuyen a los directores de los centros penales, tengan un estricto control judicial, ya que la situación y el ambiente en que se desarrolla la pena privativa de libertad, estimulan fácilmente la arbitrariedad y el abuso de poder por parte de las autoridades administrativas.[73]

---

73 "...El poder de un director de prisiones, el único hombre a quien en nuestro mundo civilizado se le permite blandir el látigo dentro de su reino, es más grande que el de cualquier otro hombre; es casi absoluto, porque incluso puede abreviar la vida del penado mediante el arresto en celda oscura y restricciones en una comida ya de por sí insuficiente. Es mucho más amplio que el poder disciplinario del superior militar; cada uno de los instantes del preso está determinando por él y lleva su cuño...". "...Todo poder constituye un peligro para su titular; el del director de prisiones es la prueba más difícil por la que puede pasar un hombre. Hombres amables, afables, serios, sucumben quizá al peligro de la iracundia; las naturalezas frías se endurecen, convirtiéndose en estos empleos en caricaturas del superhombre..., imperan y reprenden cual si fueran los dioses de la fortuna...". Leuss, Hans. "Aus dem Zuchthause". Berlín, p. 120 y siguientes. Citado por Von Hentig, H. "La Pena", Tomo II, Espasa Calpe, S. A. 1968, p. 333 (España). La situación descrita en el párrafo transcrito no es tan dramática en la actualidad, pero el sentido de las observaciones guarda profunda vigencia.

Al atribuírsele una mayor competencia, así como más poder, al juez de la ejecución de la pena, será necesario que el procedimiento previsto para las diligencias de su competencia, adquiera mayor formalidad y trascendencia.[74]

7.—*Necesidad de un derecho penitenciario*

Siguiendo dentro de una línea de razonamiento congruente con lo que se ha expresado hasta ahora, es necesario que el ordenamiento penal costarricense estructure un ordenamiento adecuado a las necesidades de la pena privativa de libertad, desde una óptica moderna, humanitaria (que no es lo mismo que un simple "sentimentalismo de compasión superficial"), que garantice adecuadamente el respeto a los derechos del interno y al principio de legalidad. Esa necesidad se puede satisfacer a través de lo que genéricamente se ha llamado derecho penitenciario, cuya autonomía, aunque sea "sui generis", resulta indiscutible.[75] En la definición que proporciona Sergio García Ramírez se lo define de la siguiente manera: Conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad; la elaboración

D. Penitenciario

74 Debe establecerse un procedimiento sencillo, en el que pueda participar el Ministerio Público, el Director del Centro penitenciario, y el interno, que deberá contar con un representante legal. El Ministerio Público deberá intervenir en defensa del orden jurídico y de los derechos de los internos. En los casos de menor trascendencia puede prescindirse de cualquier tipo de formalidad, en los otros casos, debe establecerse un mínimo de requisitos procesales que estén de acuerdo con la relevancia de la decisión. Los términos procesales deben ser muy cortos, brindándosele al Juez una gran iniciativa, mediante un procedimiento flexible. Es importante que la mayor parte de los asuntos se resuelvan en audiencia oral y pública. Hay que eliminar la idea de que la administración penitenciaria es algo secreto o que es un asunto de competencia exclusiva del Director del Centro Penal. (Poder Ejecutivo).

75 Abanderados del autonomismo son Novelli, que se refirió al Derecho penitenciario, y Hafter, que lo hizo al ejecutivo penal. Chichizola defiende la autonomía del Derecho Ejecutivo Penal, "porque esta nueva rama de las ciencias jurídicas abarca en su contenido un conjunto de normas que, aunque de naturaleza diversa y, provenientes de distintas fuentes, poseen un objetivo común: regular las relaciones entre el Estado y el condenado durante la ejecución de las sanciones penales..."; y porque "el desarrollo alcanzado por las instituciones relativas a la ejecución de las sanciones penales justifica plenamente la legitimidad del Derecho ejecutivo penal como rama autónoma de las ciencias jurídicas...". Derecho ejecutivo penal, p. 687. Citado por Gardía Ramírez, S. *"La Prisión"*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1975, nota 15, p. 111.

del concepto de penas privativas de libertad es externa al Derecho penitenciario.[76]

Las razones por las que se justifica un claro desarrollo de un ordenamiento penitenciario, son las siguientes:

a. Es un presupuesto legal indispensable para poder desvincular lo penitenciario, en cuanto régimen de ejecución de las penas, de lo puramente administrativo. Esto permitirá, tal como se ha expresado insistentemente, realizar efectivamente el principio de legalidad durante la ejecución de las penas.

b. Permite definir con claridad y además sirve de garantía para establecer el "status" jurídico del interno, mediante el reconocimiento legal del estatuto del interno. Este estatuto viene a regular la relación jurídico-penitenciaria.[77]

Lo que podríamos llamar derecho penitenciario costarricense, tiene un desarrollo escaso y no constituye un ordenamiento adecuado para las necesidades de lo que debe ser la ejecución de la pena privativa de libertad en un Estado de derecho. Las normas que existen sobre la regulación de la ejecución de la pena de prisión, son las siguientes:

1.—Ley de la Dirección General de Adaptación Social (Nº 4762 mayo de 1971). Es poco, por no decir que casi nada, lo que esta ley pueda contener sobre lo que es verdaderamente una normativa de derecho penitenciario. Se trata de una ley que organiza las competencias y la estructura burocrática de lo que se llama: Dirección General de Adaptación Social.

2.—Reglamento orgánico del Consejo Superior de Defensa Social (enero de 1962). Dentro de este reglamento se pueden encontrar una serie de normas que tratan de regular las relaciones entre el interno y la Administración, pero no se resuelve satisfactoriamente el estatuto del interno, el contralor judicial de la actividad administrativa, ni se garantiza adecuadamente el respeto a la dignidad del interno.

76 García Ramírez, Ibid., p. 33. Las medidas de seguridad plantean un problema cualitativamente diferente y que debe analizarse desde una visión global; esto no quiere decir que la medida de seguridad no deba tener una regulación que pueda garantizar el respeto a los derechos y la dignidad del interno.

3.—Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma" (diciembre de 1976). Este reglamento viene a sustituir, para el Centro de Adaptación Social "La Reforma", el reglamento del Consejo Superior de Defensa Social. Es obvio que esta reglamentación viene a constituir un progreso respecto de la anterior (la del Consejo Superior de Defensa Social), pero mantiene, en líneas generales, las mismas deficiencias, razón por la que no puede adquirir el rango de Derecho penitenciario, en su sentido más amplio y ambicioso.

Nuestro incipiente ordenamiento penitenciario contiene las siguientes limitaciones:

a. No existen normas que definan con claridad los propósitos y límites del tratamiento, respetándose siempre la voluntad y libertad de conciencia del interno.

b. No existe una definición legal sobre los derechos humanos del recluso. Es necesario partir del supuesto, mediante ley expresa, de que el interno es sujeto de derechos y que sólo existen los límites lógicos de la libertad, de acuerdo con el espíritu y orientación de los centros de Adaptación Social.

c. Guardando íntima relación con lo expuesto en el apartado b., debe señalarse que nuestro ordenamiento penitenciario no establece una definición clara y precisa sobre el estatuto jurídico del recluso. Este estatuto señala los deberes y derechos del interno y viene a establecer un marco adecuado para la regulación de la relación jurídico penitenciaria.[78]

77 La relación jurídico-penitenciaria nace del título que la legitima, la sentencia firme. El contenido de la relación jurídico-penitenciaria propia tiene un entramado de derechos y obligaciones recíprocos para los sujetos que en ella intervienen pero sobre los que es obligado distinguir entre los derechos que se derivan de la propia personalidad jurídica del interno y los que nacen legítimamente de la relación jurídico-penitenciaria. Ver Pérez Ferrer, E. *"Razón de ser y existir del Derecho penitenciario"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1977, España, p. 424.

78 En cuanto a los derechos, en forma genérica se pueden citar los siguientes: a. Derecho a la vida, salvo la condena a pena de muerte. b. Derecho a la patria potestad, autoridad marital, tutoría, participar como miembro del Consejo de familia, salvo las limitaciones expresas que contenga la sentencia condenatoria. (Inhabilitaciones, etc.). c. Derecho a la disposición y administración de los bienes del interno. d. Derecho al disfrute de los derechos políticos y administrativos, así como los profesionales, salvo cuando se produce la pena de inhabilitación

d. Tampoco se contempla la intervención efectiva del juez de ejecución de la pena.[79] Salvo la tímida participación que señala el Código de Procedimientos Penales, en el resto de los reglamentos penitenciarios que se han citado, no se define la participación activa de un contralor judicial. Este control es importantísimo, tanto para garantizar el respeto de los derechos y deberes del interno,[80] como para evitar el poder incontrolado y excesivo que pueden tener los directores de los centros penitenciarios.

Como sugerencia, tomando como fundamento las limitaciones que en forma resumida le hemos señalado a nuestro ordenamiento penitenciario, es conveniente que la ejecución de la pena privativa de libertad se regule estableciendo la siguiente pirámire normativa: a. La Constitución Política debe regular los aspectos esenciales de la pena de prisión. b. Debe dictarse una Ley General Penitenciaria que venga a determinar los aspectos fundamentales sobre los que debe orientarse la relación jurídico-penitenciaria. Esa ley servirá como garantía del principio de legalidad, evitando cualquier abuso de poder mediante el establecimiento de un estatuto del interno y de un adecuado contralor judicial.

absoluta, especial o suspensión, bien con carácter principal o accesorio. La hipótesis de que se pueda producir el ejercicio de estos derechos parece poco factible.

En cuanto a los derechos derivados de la misma relación con el centro penitenciario, entre otros, pueden citarse: Respecto a la autodeterminación del interno en lo referente al tratamiento, trabajo remunerado y derechos sociales, comunicaciones con el exterior, derecho para recurrir ante los órganos jurisdiccionales de las resoluciones administrativas que les sean perjudiciales, etc. Ibid. ps. 424-425. En el derecho penitenciario costarricense existen algunas normas que pueden calificarse como propias de un Estatuto del Interno, pero tienen tres limitaciones: a. Es inconveniente que tengan rango reglamentario. b. No se incluyen todos los derechos que debieran contemplarse, ni en la amplitud recomendable. c. No se articula un control jurisdiccional que garantice el cumplimiento de tales derechos. (Ver capítulo VIII del reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma).

79 Ninguno de los reglamentos que regulan la relación jurídico-penitenciaria, contempla la participación efectiva del Juez de Vigilancia. Se trata de reglamentaciones que suponen la ausencia de un control judicial.

80 El ejercicio de un poder de carácter vertical, es inevitable, dentro de la administración de un centro penal (o de "rehabilitación"), pero eso no justifica que pueda ser un poder incontrolado o con una "inmunidad" "sui-géneris". La verticalidad en el ejercicio del poder sigue siendo, por desgracia, un "mal necesario", pero no debe escapar al control de legalidad y de justicia.

c. Los reglamentos podrán contemplar los aspectos que requieran mayor detalle y particularidad. Se trata de regulaciones que vienen a completar los principios dictados en la ley y que si aparecieran en ésta, la harían extensa, complicada y técnicamente inadecuada.

8.—*Conclusiones*

a. En las condiciones socio-culturales prevalecientes, no existen condiciones suficientes como para una sociedad pueda prescindir de las funciones que cumple la pena. No es posible pensar que la sociedad contemporánea se encuentre preparada para soportar el impacto que significaría la eliminación de las normas penales y de la pena privativa de libertad.[81]

b. Tal como se ha expuesto, creo que resulta evidente la necesidad de que la constitución política costarricense reconozca, de manera expresa, los derechos y libertades fundamentales del interno, salvo los que resulten limitados por la naturaleza y sentido de la pena.

c. Es necesario derogar el artículo noventa y ocho, inciso cuarto, del Código Penal, ya que su vigencia constituye un atentado contra el principio de legalidad y los fundamentos de un estado de derecho. No se puede admitir que un ciudadano, después de haber cumplido con la pena privativa de libertad impuesta, pueda ser sometido a una medida de seguridad por considerarse que no se ha "rehabilitado".

d. Es necesario que la legislación penitenciaria costarricense le reconozca al interno el derecho de aceptar o rechazar el tratamiento.

81 Sin embargo, es indudable que deben buscarse sustitutivos a la pena privativa de libertad, procurando que la pena privativa de libertad no sea la respuesta penológica usual, sino que sólo se aplique a un sector reducido de la delincuencia". ... Sin duda alguna, el punishment de nuestros días, sobre todo la prisión, da lugar a un desintegración de la personalidad. S. Cohen y L. Taylor, Psychological Survival, 1972, han demostrado esto de forma que, aun no estando tan bien fundamentada como piensan, debe tomarse en consideración por los que se obstinan en mantener la tesis de la readaptación del delincuente detenido. Su tesis no prueba que la prisión deba suprimirse, sino que su aplicación debe transformarse radicalmente ...". López-Rey, M. *"Algunas observaciones críticas sobre violencia y justicia"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1976, p. 246.

e. Debe dársele mayores atribuciones al juez de ejecución de la pena. Las potestades que actualmente le asigna el Código de Procedimientos Penales, resultan insuficientes como para controlar las potestades de los directores de los centros penales y garantizar la legalidad de la ejecución de la pena.

f. Es necesario desarrollar una estructura normativa (constitución, ley, reglamentos) que permita la existencia de un derecho penitenciario que pueda definir con precisión las relaciones entre autoridades penitenciarias, poder judicial y los internos. En este aspecto hay un vacío legal en la estructura normativa del derecho penal costarricense.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Obras:

Belmonte, José. *"La Constitución"*, Ed. Prensa Española. Madrid. 1979.

Bergalli, Roberto. *"¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Publiblicaciones del Ins. de Criminología de la U. de Madrid. 1976. España.

Córdoba Rora, Juan. *"Culpabilidad y pena"*, Espasa-Calpe S. A. Madrid. 1978.

Davis, A. y otros. *"Si llegan por ti en la mañana ... vendrán por nosotros en la noche"*. Siglo XXI. México. 1976.

Donna, E.A. *"La peligrosidad en el derecho penal"*. Ed. Astrea. Argentina. 1978.

From, Erich. *"El corazón del hombre"*. Fondo de Cultura Económica. México. 1977.

García Ramírez, Sergio. *"La Prisión"*. Fondo de Cultura Económica. México. Unicersidad Autónoma de México. 1975.

García Valdés, Carlos. *"Comentarios a la Ley General Penitenciaria"*. Ed. Civitas. Madrid. 1980.

García Valdés, Carlos. *"La Nueva Penología"*. Publicaciones del Ins. de Criminología. Univ. Complutense de Madrid. 1977.

García Valdés, Carlos. *"Régimen penitenciario de España"*. Publicaciones del Ins. tituto de Criminología de la Universidad de Madrid. España. 1975.

Gibbons, Don. *"Delincuentes juveniles y criminales"*. Fondo de Cultura Económica. México. 1974.

Iraeta, J. R. *"La Cárcel"*. Ed. Mañana S. A. Madrid. 1977.

Kaufmann, Hilde. *"Principios para la reforma de la ejecución penal"*. Depalma. Buenos Aires. 1977.

Luzón Peña, D.M. *"Medición de la pena y sustitutivos penales"*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Uni. Complutense de Madrid. España. 1979.

Mir Puig, Santiago. *"Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho"*. Casa Ed. Bosch. Barcelona. 1979.

Morris, Norval. *"El futuro de las prisiones"*. Ed. Siglo XXI. México. 1978.

Muñagorri, Ignacio. *"Sanción Penal y Política Criminal"*. Ed. Reus S. A. Madrid. 1977.

Pinatel, Jean. *"La sociedad criminógena"*. Ed. guilar. España. 1979.

Rodríguez Devesa, J. M. *"Derecho penal español, Parte General"*. Gráficas Carasa. Madrid. 1976.

Desola Dueñas, Angel. *"Socialismo y Delincuencia"*. Ed. Fontamara, S. A. Barcelona. 1979.

Von Hentig, H. *"La pena"*. Tomo II. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 1968.

Zipf, Heinz. *"Introducción a la Política Criminal"*. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1979.

Artículos:

Alarcón Bravo, J. *"El Tratamiento Penitenciario"*. Volumen colectivo sobre Estudios Penales. II. La Reforma Penitenciaria. Univ. de Santiago de Compostela. 1978.

Bacigalupo, E. *"La Moderna Política Criminal Lationamericana"*. Revista del Ilanud al día. Año 1, Nº 2, Agosto 1978. Costa Rica.

Boix Reig, Javier. *"Significación jurídico penal del artículo 25.2 de la Constitución.* (La reeducación y reinserción del condenado) en la obra colectiva titulada "Escritos Penales". Univ. de Valencia. 1979.

Bueno Arús, Francisco. *"Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de Madrid. 1969.

Bueno Arús, Francisco. *"Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española"*. Cuadernos de Política Criminal Nº 7, 1979. (Revista del Inst. de Criminología de la U. Complutense de Madrid.

Draptin, Israel. *"El recluso penal, víctima de la sociedad humana"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1977.

García-Pablos, de Molina, A. *"La supuesta función resocializadora del Derecho penal; utopía, mito y eufemismo"*. Separata del Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. 1979.

Garrido Guzmán, Luis. *"En torno al proyecto de Ley General Penitenciaria"*. En el volumen colectivo Escritos Penales. Univ. de Valencia. 1979.

Gimbernat Ordeig, E. *"¿Tiene un futuro la dogmática penal?* "en el volumen colectivo en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. Ed. Pannedille. Argentina. 1970.

Gómez Pérez, J. *"El ámbito del tratamiento penitenciario"*. Cuadernos de Política Criminal. Inst. de Criminología de la U. de Madrid. Nº 8. 1979.

López-Rey y Arrojo, Manuel. *"Algunas observaciones críticas sobre la violencia y justicia"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1976.

Muñoz Conde, F. *"La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito"*. Cuadernos de Política Criminal. (Ins. de Crimi. de la U. Complutense). Nº 7. 1979.

Pérez Ferrer, E. *"Razón de ser y existir del Derecho penitenciario"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1977.

Quintano Ripollés, A. *"Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas"*. Separata del Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. 1952.

Rodríguez Devesa, J. M. *"Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1978.

Rodríguez Devesa, J. M. *"Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia"*. En Revista de Estudios Penitenciarios. 1970. Págs. 1121-1132 (oct., dic. 1970).

Rodríguez Echeverría, G. *"Sistema progresivo en el Tratamiento Penitenciario"*. Volumen colectivo publicado por el ILANUD; bajo el título de Sistemas de Tratamiento y Capacitación Penitenciarios. Costa Rica.

Ruiz Vadillo, E. *"La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Enero-Abril 1979.

Ruiz Vadillo, E. *"Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad"*. Publicado en el volumen colectivo sobre Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria. Univ. de Santiago de Compostela. 1978.

Sainz Cantero, José. *"La sustitución de la pena de privación de libertad"*. Volumen colectivo de Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria. Univ. de Santiago de Compostela. 1978.

Teruel Carralero, D. *"El juez de ejecución de penas en Francia"*. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1967.

CONSIDERACIONES Y SUGERENCIAS EN MATERIA DE ADOPCION

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO: Aclaración preliminar. La selección adoptante-adoptado: Importancia de la cuestión, advertencias preliminares. Sugerencias metodológicas: "Circunstalización", enfoques: interaccional, estructural-funcional, psicodinámico; socialización y autoridad.—Las adopciones realizadas por extranjeros residentes en el exterior, la reubicación del menor en su propio medio y la necesidad de que la adopción real preceda a la adopción formal.—Introducción: El problema, antecedentes normativos, la definición filosófica e ideológica del gobierno ante el problema, el Programa de Gobierno de la actual administración, la respuesta social cristiana.—Definición de términos: Adopción, adopción simple, adopción plena, abandono.—Las razones objetivas pro reubicación del menor preferentemente en el medio costarricense: Aclaración preliminar, los deberes del Estado ante las nuevas generaciones, la "expatriación", aspectos psicológicos, la preponderancia del amor sobre la beneficencia, el respeto por los valores culturales menor, la tutela de la integridad de la comunidad, la importancia de una solución autónoma.—Una alternativa viable en beneficio del menor, la propuesta legislativa concreta, las ventajas de la anterior propuesta.

— o —

1. *Aclaración preliminar*

Este trabajo tiende a un objetivo muy específico: la humanización de la adaptación de menores. Fue presentado a la comisión de adopción de la oficina "acción ya pro menor abandonado". Las ideas aquí expuestas se encuentran en estos momentos en la Asamblea Legislativa, en comisión, gracias a la Casa Presidencial que remitió el correspondiente Proyecto de Ley con las modificaciones sugeridas por el comité jurídico del Año Internacional del Niño.

2.—*La selección adoptante-adoptado*

Importancia de la cuestión

La adopción (judicialmente declarada) debe ser, en lo posible, la mera formalización de una adopción de hecho. La selección de escritorio con base en características objetivas de posible compatibilidad favorable proporciona útil información para efectos de preselección, pero debe ser la efectiva inter-acción entre adoptante y adoptado, con alguna modalidad de convivencia (de hecho, depósito administrativo o autorización judicial de convivencia) la que en definitiva emita el juicio central.

Advertencias preliminares

Un resultado feliz, esto es, una adopción adecuadamente (por cumplir los requisitos formales y además tener como presupuesto una efectiva interpersonalidad a nivel afectivo entre el solicitante y el adoptando, constatada por medio de la permanencia del vínculo, de los informes y el dictamen técnico, que son los requisitos mínimos que se deberían exigir para garantizar los intereses del menor) no es un logro automático. Presupone toda una actividad administrativa preparatoria, todo un estudio de candidatos y potenciales adoptados y, principalmente, de su factible compatibilidad (proceso de selección). Presupone también una asistencia técnica "pre" y "post" convivencia.[1]

Sugerencias metodológicas

En el trabajo descrito deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

---

1 *V. Hernández, María de los Angeles.* Experiencias de cada país sobre sistemas y procedimientos administrativos y legales de adopción. Escogencia o selección de hogares... 2ª reunión de directores de Instituciones de Protección a la Infancia y la Familia de Centro América, México y Panamá.

La estructura y función del vínculo real está determinada por el grado de desarrollo y demás condiciones de la específica realidad social. El juicio valorativo ha de ser necesariamente "circunstancializado".[2]

El vínculo es una unidad de personas en interacción, donde cada una ocupa una posición definida por un cierto número de roles. Es, precisamente, sobre estos roles que ha de dirigir la atención el organismo de asistencia técnica "pre" y "post" convivencia.[3]

El estudio previo, el seguimiento y el diagnóstico final deberán tomar en cuenta: expectativas respecto a los roles ajenos, disposiciones subjetivas, los grupos de referencia, la definición de situaciones y los mecanismos de mantenimiento del vínculo y en general todos los elementos que influyen en la estructura y en la dinámica del vínculo.[4]

Es necesaria una concepción psicodinámica. La dialéctica de la interacción va transformando los roles, por lo que resulta recomendable prestar atención a las variaciones que estos sufran.[5] Se tomará en cuenta para ello todo lo relativo a relaciones de autoridad, distribución de tareas y comunicación. Otro aspecto digno de examen es el relativo a la determinación de si el vínculo contribuye en el proceso de socialización del menor, o si en cambio la figura de autoridad es aplastante de las manifestaciones de la personalidad del adoptando.

Los anteriores son solamente algunos de los puntos que deben ser considerados. Es cierto que los diversos aspectos mencionados obedecen a diversas perspectivas y que, además, por esa misma razón, constituyen sistemas conceptuales diversos. Esto no debe ser obstáculo para la integración de enfoques. Cada uno de ellos contribuye a aportar un elemento de juicio importante.

---

2 *Morgan, Engels, Bachofen.*

3 Este tipo de enfoque ha sido desarrollado por Georges Herbert Mead y Ernest W. Burgess en los Estados Unidos.

4 Han utilizado este enfoque: Talcott Parsons, Kingsley Davis, Robert Merton, Georges Homans y Marion Levy.

5 *Duvall, Evelyn y Hill, Reuben.*

3.—*Las adopciones realizadas por extranjeros residentes en el exterior, la reubicación del menor en su propio medio y la necesidad de que la adopción real preceda a la adopción formal.*

a. *Introducción al problema:*

Ha sido motivo de preocupación en diversos sectores la problemática de las adopciones realizadas por extranjeros residentes en el exterior.

Las razones de la preocupación se han intensificado con la constatación del riesgo de una comercialización de la institución.

Es motivo de seria preocupación lo relativo a la necesidad de agilizar los trámites correspondientes, pero, al mismo tiempo, también, lo relativo a la necesidad de que aunque ágiles, los procedimientos sean seguros, en función de la conveniencia para el menor, con el objeto de establecer controles sobre las adopciones irregulares.

Finalmente, se ha sentido la necesidad de que, la eficacia de la institución esté supeditada una política de promoción humana, donde el menor deje de ser objeto de un negocio jurídico para pasar a ser el eje en función del cual se determinen las políticas generales y se realice su aplicación práctica.

El problema puede resumirse en: a) falta de agilidad de los procedimientos y b) falta de controles dirigidos a la tutela de los intereses preferentes del menor.

Antecedentes normativos, remisión

No es posible hacer referencia aquí a la totalidad de los antecedentes normativos sobre el tema. Remitimos a lo expuesto en el valioso trabajo del Dr. Gerardo Trejos sobre el tema.

La definición filosófica e ideológica del gobierno ante el problema; El Programa de Gobierno de la actual administración

Frente al problema de la niñez abandonada y de la adopción como "respuesta válida",[6] conviene recordar algunos aspectos del programa de gobierno vigente:

---

6 *Hernández, María de los Angeles.* Experiencias de cada país sobre sistemas y procedimientos administrativos y legales de adopción. Escogencia o selección de hogares nacionales o de fuera del país para dar los niños en adopción. Segunda reunión de directores de Instituciones de Protección a la Infancia y la Familia en Centro América, México y Panamá, p. 2.

El problema de acción de la actual administración se basa en la participación popular. Dicho programa se propone la creación de mecanismos por medio de los cuales los sectores interesados participen en la toma de decisiones. El nuevo Gobierno se ha propuesto como una de sus tareas la revisión de la legislación vigente. Asimismo, la eliminación de obstáculos que impidan contar con una justicia expedita; como dar atención preferente a los sectores desvalidos de nuestra sociedad.[7]

La respuesta social-cristiana

Dentro de la perspectiva política social cristiana hay dos conceptos (más que conceptos: valores) en juego de fundamental importancia: dignidad de la persona humana y bien común. En la base de la filosofía se encuentra la idea de que, sin perderse de vista que el hombre es un ser con vocación para la comunicación y la comunidad, se afirme, al mismo tiempo, la dignidad primordial de la persona humana. La orientación descrita ha sufrido algunos ataques por parte de las tendencias individualistas y colectivistas. El individualismo frente al problema del menor se observa en el proceso de despersonalización de las relaciones primarias resultado de las transformaciones socio-económicas. Se trata de un proceso donde interesa menos la persona del menor integralmente concebida que su colocación en el sistema como elemento productivo. Por otra parte, el colectivismo ha llevado también a una despersonalización en beneficio del Estado. Individualismo y colectivismo son los extremos en medio de los cuales se coloca la filosofía social cristiana.

Veamos concretamente algunas de las implicaciones de los anteriores postulados:

El menor es ante todo una persona. El niño no es un instrumento de la continuidad social o comercial de la familia. "El interés puesto en el niño no debe ser un proyecto de apoderarse de él".[8]

---

7 *Carazo, Rodrigo.* Programa de Gobierno. Resumen. La Nación, 9 de mayo de 1978.

8 *Mounier, Emmanuel.* Manifiesto al servicio del personalismo. Taurus, Madrid, 1965, p. 143.

Una regulación verdaderamente humana debe tomar en cuenta que el menor es un ser naturalmente orientado hacia la comunicación con sus semejantes y hacia la vida en comunidad. No puede pensarse en la regulación aislada de las relaciones jurídicas del menor, sino dentro de una política global, dirigida a "poner de un modo estable, al alcance de todos los miembros de la sociedad, las condiciones requeridas para el desarrollo de su vida cultural y espiritual".[9] El menor abandonado tiene derecho, al igual que cualquier costarricense (y en general, al igual que cualquier ser humano) a participar de las ventajas del bien común, definido por Pío XII[10] como "la realización duradera de aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa".

La autoridad pública debe salvaguardar la esfera de los derechos fundamentales del menor.[11] "Se debe proteger con legislación adecuada y diversas instituciones y ayudar de forma suficiente a los que por desgracia, carecen del bien de una familia propia".[12] Además, se ha dicho: "Es de suma importancia que se eduque a las nuevas generaciones con una adecuada formación... a fin de que estén dispuestas a arrastrar fatigas y sacrificios en el cumplimiento de una misión tan noble y muchas veces ardua, como es la de colaborar con Dios en la transmisión de la vida humana y en la educación de la prole".[13] Para ello "es menester que... procuren que las instituciones, lejos de crear a los hombres impedimentos, les presten ayuda para hacerse mejores".[14]

Bajo la luz de la necesidad de coherencia entre pensamiento y acción y la tesis confuciana de "lentitud en palabras pero ra-

---

9 *Pío XII.* Alocución del 7 de marzo de 1948, Congreso de Cambios Internacionales, cit. p. *Guerry, Emile.* La doctrina social de la Iglesia, Rialp, Madrid, 1963, p. 143.

10 *Pío XX.* Radiomensaje del 24 de diciembre de 1942. Op. ult. cit., p. 151.

11 *Palacios, Bartolomé.* Las encíclicas sociales y el mundo de postguerra, tomo II, Difusión, Buenos Aires, p. 44.

12 *Concilio Vaticano II.* Constituciones, Decretos, Declaraciones, B.A.C. Madrid, MCMLXV.

13 *Juan XXIII.* Mater et Magistra. Ed. Apost. Prensa, Madrid, 1961, p. 56.

14 *Juan XXIII.* Pasem in terris. Ed. Apost. Prensa, Madrid, 1963, p. 46.

pidez en acción", dejamos por ahora los aspectos ideológicos generales para pasar de inmediato al desarrollo del tema en concreto.[15]

b. *Definición de términos*

Adopción: "Acto jurídico, cuya eficacia depende de una autorización judicial constitutiva de una relación jurídica paterno (materno)-filial, cuyo supuesto no presupone el vínculo sanguíneo".

Adopción simple: Aquella forma de adopción "que crea, entre adoptante y adoptado las mismas relaciones que ligan a los padres con los hijos (artículo 114 del Código de Familia), manteniendo el adoptado sus derechos y obligaciones con su propia familia consanguínea (artículo 116 del Código de Familia), no produciendo ningún vínculo entre el adoptado y la familia consanguínea del adoptante, salvo en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio".[16]

Adopción plena: Aquella adopción donde "el adoptado se incorpora de manera absoluta a la familia del adoptante, perdiendo aquel, su ligamen jurídico con la familia consanguínea".[17]

Abandono: "... como fenómeno social es la situación de desamparo, material o moral, en que eventualmente puede encontrarse un menor de edad; pero como fenómeno jurídico es el estado de inseguridad a que se llega como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que la patria potestad impone a quienes la ejercen, o las de guarda, crianza, educación, representación y atención general, que legítimamente han asumido sus tutores, depositarios o simples guardadores".[18]

---

15 *Confucius.* The sayings of Confucius. The teachings of China's Greatest Sage. Mentor Religious Classic, New York, 1963, p. 37.

16 *Rojas, Sibaja, Viales.* La adopción en Costa Rica, Tesis, Facultad de Derecho, 1978, p. 2.

17 Op. ult. cit., p. 2. V. desarrollo amplio del tema en Trejos, Gerardo, *El nuevo régimen legal de la adopción,* Juricentro, 1978, San José, p. 75 y ss.

18 *Vargas, Luis Fernando.* Abandono y depósito de menores de edad. Tesis, Facultad de Derecho, 1974, p. 36.

c. *Las razones objetivas pro reubicación del menor preferentemente en el medio costarricense*

Aclaración preliminar: Cuando los principios jurídicos tradicionales se ponen en conflicto con valores objeto de protección especial (artículo 55 de la Constitución Política), aquellos deben ceder ante éstos. Se ha afirmado que la ley no puede reconocer diferencia entre el costarricense y el extranjero en cuanto al goce de los derechos civiles; existen sin embargo razones válidas (que se expondrán seguidamente) para justificar una política tendiente a desestimular las adopciones por extranjeros residentes en el exterior. Si bien la solución que aquí se propondrá tiene en cuenta esta orientación, desde el punto de vista formal y sustancial el principio de igualdad no se ve afectado. El eje de la argumentación se encuentra, sin embargo en consideraciones de mayor relevancia: la tutela preferente que nuestro ordenamiento otorga al menor. La alternativa que aquí se ofrece, más que en consideraciones etnocentristas o xenofóbicas, reposa en la necesidad de que siempre la adopción responda a un vínculo real digno de ser elevado a rango formal. "... para asegurar estas reformas es menester que a la ley de la Justicia se una la ley del Amor que es vínculo de perfección"[19]

Los deberes del Estado ante las nuevas generaciones. El problema de la niñez abandonada debe ser afrontado con una política de promoción integral del costarricense. Propiciar la expatriación de nuestros recursos humanos más débiles, puede contribuir a resolver en parte los aspectos socio-económicos del problema, pero no resuelve el problema y puede significar un recurso fácil de evasión de responsabilidades.[20] Somos nosotros, los costarricenses, quienes debemos afrontar con serio compromiso nuestros problemas; así como no se resuelve el problema de la vivienda exportando a los destechados, no es posible admitir que se promueva la exportación de nuestra infancia en forma comercializada. También para los niños abandonados tiene que haber campo en la Costa Rica mejor para todos.

---

19 *Pío XI.* Quadragesimo anno. Sobre la restauración del orden social, 15 de mayo de 1931, Ed. Apost. Prensa, Madrid, 1960, p. 101.

20 *V. Moix, Candide.* El pensamiento de Emmanuel Mounier, Estela, Barcelona, 1964, p. 159 y ss.

Además de la responsabilidad de los Póderes Públicos existe una razón de gran peso: la personalidad del menor puede sufrir un conflicto afectivo y emocional como consecuencia de la expatriación. Nada más paso la palabra a los técnicos en la materia.

En analogía con la problemática que nos ocupa se ha observado: "...pensamos que lo más apropiado será, dentro de lo posible, que los capitales acudan a las regiones en que está el trabajador y no al revés; porque así se ofrece a muchas personas *la posibilidad de mejorar su condición, sin que hayan de abandonar con tristeza el suelo patrio, y se vean constreñidos a acomodarse de nuevo en un ambiente ajeno y a condiciones de vida peculiares de otras gentes*".[21]

Dejo la paráfrasis el lector

La preponderancia del amor sobre la beneficencia

Con la adopción, en cualquiera de sus formas se pretende una sustitución de la relación paterno (materno)-filial de tipo biológico. Nada mejor, si se pretende imitar la naturaleza, que establecer un paralelismo.

La paternidad (o maternidad) biológica reposa sobre una base genética, pero evoluciona en la esfera de la afectividad. Si bien la familia de la sociedad industrializada ha perdido muchas de sus funciones tradicionales (educativas, recreativas, de producción, etc.) hay una función que conserva: la función afectiva. Este es el mínimo que se debe requerir, en todo caso, para la constitución (mediante sentencia) judicial de un vínculo paterno filial mediante la adopción.

Aquí interesa aclarar brevemente que emoción y sentimiento, si bien se encuentran íntimamente ligados, no son coincidentes. Se ha puesto la diferencia en dos factores: profundidad y permanencia.[22] En concreto: la emoción del primer encuentro no es

21 *Juan XXIII.* Pacem in terris, op. cit., supra nota 9, p. 33.

22 Sobre el tema: *Coronado, Mariano.* El conocimiento propio y la salud mental, Editorial Orión, México, 1966, p. 147 y ss. *Katz, David y Rosa.* Manual de Psicología, Ed. Morata S. A., Madrid, 1977, p. 222. *Whittaker, James.* Psicología, Editorial Interamericana S. A., México, 1965, p. 460. *Appiciafuoco, Rómulo.* Manual de Psicología, Kapelusz, Buenos Aires, 1964, p. 135. *Wolff, Werner.* Introducción a la Psicología, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 135 y ss.

indicio de solidez afectiva. Consideramos que un requisito importante que debe establecerse, con relación a todo tipo de adopción es el de que por lo menos durante un tiempo prudencial el menor conviva con sus futuros padres adoptivos. Esto podría denominarse convivencia provisional, período de prueba, hogar transitorio o como se quiera; lo que interesa destacar es que el primer encuentro no dice nada respecto a la posible compatibilidad; es necesario un período de acoplamiento e interpersonalidad después del cual (y sólo después del cual) es posible determinar la conveniencia para el menor.

"Las relaciones paterno filiales, si no se fundan en el amor recíproco de los llamados a convivir juntos, no son tales y *nunca el amor pudo, puede, ni podrá sustituirse por un acogimiento caritativo benéfico*".[23]

La materia que nos ocupa tiene un importante contenido sustancial; no se presta a formalismos ni a proporciones matemáticas, sino que incide sobre lo más delicado e íntimo del psiquismo humano: la afectividad. Cualquier solución jurídica debe tomar esto en cuenta. "La Justicia sola, aun observada puntualmente, puede, es verdad, hacer desaparecer la causa de las luchas sociales, pero nunca unir los corazones".[24] "Cuando falta este lazo de unión las fórmulas más perfectas no tienen éxito alguno".[25]

El cultivo del amor es una empresa que no se gesta con un primer encuentro. Lo anterior aconseja la autorización de una convivencia provisional previa a la declaración de adopción, en la que debe diagnosticarse científicamente el ajuste. Este período "de prueba" y el diagnóstico psicológico de la compatibilidad no son posibles dentro del actual sistema y mucho menos en los casos en que el extranjero conoce al menor cuando viene por él para trasladarlo a su residencia en su país. La adopción legal debe ser solamente la formalización de la adopción afectiva integral.

El respeto por los valores culturales del menor

En los casos de adopción por extranjeros residentes en el exterior se corre un grave riesgo: el desconocimiento de los adop-

23 *Mendizábal, Luis.* Derecho de Menores, Editorial Pirámide, Madrid, 1977, p. 231.

24 *Pío XI.* Quadragesimo anno, op. cit., supra 14, p. 101.

25 *Pío XI.* Op. ult. cit., p. 101.

tantes de la historia reciente del menor y de los valores culturales de que el portador lleva, con alto grado de probabilidad a un irrespeto (abierto o encubierto) de su personalidad, perjudicial para sus intereses y lesivo de su dignidad humana.

Esta razón confirma la necesidad del período de convivencia previo, que en el caso de solicitantes extranjeros ha de transcurrir en Costa Rica, lo que permitirá al futuro adoptante conocer el medio (y sus valores) del menor. Con esto se atenua el riesgo del conflicto cultural y se garantiza en alguna medida el respeto por la personalidad del adoptado.

La necesidad de evitar la desintegración de nuestra comunidad mediante la "exportación" de niños. Recordamos solamente las palabras de León XIII: "La autoridad civil debe proteger y conservar la comunidad social".[26]

La importancia de una solución autónoma al problema de la niñez abandonada en beneficio de los intereses de las futuras generaciones. Es necesario resolver el problema sin crear dependencias. Si se toma como solución (aún parcial) la existencia de agencias extranjeras "colocadoras" de niños, por más capacitadas que estas se encuentren, no estamos dando solución a nuestro problema, sino utilizando un mecanismo evasivo; ello resulta evidente con sólo pensar que el día en que por alguna razón terminasen los vínculos con estas agencias, nos encontraríamos de nuevo ante el problema sin resolver.

d. *Una alternativa viable en beneficio del menor*

Las razones apuntadas aconsejan una política de reubicación del menor en su medio, pero no excluyen la posibilidad de adopciones sanas por parte de extranjeros residentes en el exterior. Lo que interesa, en el fondo, no es tanto la nacionalidad del adoptante, como la garantía de compatibilidad. Es por ello que, nos permitimos sugerir como requisito sustancial de toda adopción (sea de adoptantes nacionales o extranjeros —con lo que no puede decirse que la legislación sea discriminante—) la adopción real, afectiva mediante un período mínimo de convivencia debidamente fiscalizado por la Institución correspondiente (Patronato Nacional

26 *León XIII.* Rerum Novarum, Ed. Apost. Prensa. Madrid, 1964, p. 58.

de la Infancia), al final del cual, un equipo especializado dictaminará sobre la compatibilidad, antes de lo cual el Juez de Familia no podrá emitir la declaración de adopción.

e. *La propuesta legislativa concreta*

Agregar un tercer párrafo al artículo 105 del Código de Familia que se leerá así:

"Cuando el adoptado fuere menor de edad, podrá quien solicita la adopción, pedir al Juez que se autorice la convivencia provisional con el menor en el territorio nacional mientras se tramitan los procedimientos. Concebida la autorización por el Tribunal por un tiempo prudencial de un mes, quien la haya solicitado deberá rendir informes semanales al Juez sobre sus relaciones personales con el menor, al tiempo que el Patronato Nacional de la Infancia ejercerá una función fiscalizadora. Durante la convivencia provisional no sufrirán modificación alguna los atributos de la autoridad parental; el solicitante autorizado será considerado "encargado" del menor para los efectos del artículo 1047 del Código Civil.

Agregando, además, estos párrafos (a ese artículo 105):

4º: En todo caso de adopción de menores quien solicita la adopción deberá presentar por lo menos cuatro informes semanales continuos en su calidad de encargado provisional durante la convivencia autorizada.

5º: Se exceptúan del deber de rendir los informes mencionados quienes demuestren haber convivido con el adoptando durante por lo menos un año.

6º: Transcurrido el mes de convivencia autorizada o el año de adopción de hecho, el Patronato Nacional de la Infancia dictaminará sobre la compatibilidad entre adoptante y adoptando. El tribunal resolverá, una vez estudiado el dictamen y los informes y cumplidos los demás requisitos legales, conforme a la sana crítica".

4.—*Las ventajas de la anterior propuesta*

Se agiliza la colocación del menor en un medio familiar.[27]

Se da preponderancia al interés (jurídicamente relevante) del menor al afecto real sobre el interés benéfico, altruista, o, a veces autosatisfactorio, del adoptante.

Se da preferencia a la interpersonalidad sobre el formalismo en beneficio del menor.

Se obstaculiza la comercialización indiscriminada perjudicial a los intereses de los menores.

Se evalua con informes y dictámenes técnicos la compatibilidad.

Se pone como presupuesto de la adopción legal la adopción real-afectiva.

Se desestimula la "exportación" de nuestra población infantil abandonada.

El Estado asume sus responsabilidades al realizar una función de fiscalización sobre la conveniencia de cada adopción en concreto.

No se impide la adopción por extranjeros, pero se la somete a idénticos controles en beneficio del menor y en respeto al principio de igualdad.

Se obliga al adoptante extranjero a permanecer un mínimo de un mes en el país, con lo que, en caso de aprobarse la adopción, podrá ejercer mejor su función educativa mediante el conocimiento de los valores culturales de que es portador el niño costarricense cuya adopción se solicita, gracias a su contacto con nuestro medio.

Se evita la dependencia de nuestro Gobierno respecto a agencias extranjeras en la solución del problema de la niñez abandonada.

---

27 "La filosofía común de los programas es la de que los niños sean reubicados lo más pronto posible en grupos familiares...". *Hernández,* loc. cit., supra 1.

DERECHO Y CLASES MEDIAS
(Costa Rica)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

A los compañeros y profesores de la maestría centroamericana en sociología

SUMARIO: Resumen.—A. *Comentario en torno al escrito sobre las clases medias que aparece en la obra "Teoría, acción social y desarrollo en América Latina":* I. Introducción, II. Problemática de las clases medias: Concepto, Materiales de la "Unión Panamericana", Teoría de la modernización, Teoría del sector medio, Clases medias residuales y emergentes, Clase media y política de compromiso, Clases medias en el capitalismo dependiente, ¿Son autónomas las clases medias?, Sumario, Balance crítico, Problemas de estudio. III. A modo de reflexiones finales. B. *Sobre las clases medias en Costa Rica.* I. Prefacio, II. Planteamiento de E. Lizano, III. Algunas consideraciones sobre las clases medias en nuestro país. C. *Derecho y Clases medias.* I. Canales jurídicos de organización, 1. Colegios profesionales, 2. Convenciones colectivas de trabajo.

Resumen

Este artículo recoge varias ideas y tesis sobre esa fracción de la sociedad que se ha dado en llamar "clase media" o "estrato medio". La motivación de haber confeccionado este breve ensayo está en el uso y el abuso que se ha hecho (y se hace), con fines ideológicos y de dominación, de la expresión que afirma que nuestro país es de "clase media". Cabalmente, un especialista en Ciencias Políticas y miembro de la cúpula de poder del Partido Liberación Nacional escribió una obra atacando ese mito* y demostrando que es la clase alta, la que juega como "élite de poder".

El tema del "estrato medio" (o, como se prefiera denominar a esos sectores intermedios de la sociedad) no está terminado ni medianamente perfilado. Máxime en nuestra colectividad en que los análisis propios de la sociología política y de la jurídica son tratados como tabú.

Con este corto trabajo no pretendemos agotar esa problemática, al contrario, nuestro deseo es contribuir a un debate que se torna imperioso, por estratégico a la luz de la estabilidad o inestabilidad del macro sistema social.

* Arias Sánchez, Oscar. *¿Quién gobierna en Costa Rica?* (San José: EDUCA, 1976).

A. *Comentario en torno al escrito sobre las clases medias, que aparece en la obra "Teoría, acción social y desarrollo en América Latina"**

I. *Introducción*

El tema de *"capas medias", estratos medios", "clases medias"* ha jugado un papel importante en el desarrollo de los estudios de estratificación en América Latina. Partiendo de los estudios clásicos de Marx, y sabiendo que la temática de las clases quedó incluso en su obra 'Das Kapital', los teóricos del marxismo y los especialistas de las Ciencias Sociales, han tratado de plantear dicho aspecto de la cuestión en forma diversa, incluso partiendo del concepto de *"pequeña burguesía"* respecto de las dos clases típicas "burguesía" y "proletariado".

En ese sentido, el artículo que comentaremos es un esfuerzo por resumir, parte de lo que se ha hecho en América Latina en este campo de las clases sociales, en donde un sector o capa media cuesta ubicarlo a partir de las categorías clásicas de "dueño de los medios de producción" (capitalista o burgués) y "propietario de la fuerza de trabajo" que vende en el mercado laboral capitalista" (proletario, obrero, asalariado o trabajador).

El recuento de teorías y posiciones que presenta el libro citado, parece útil, empero, no resuelve el problema, sino que al contrario ofrece nuevas alternativas y deja abierta, no sólo la discusión, sino también la problemática que gira en torno a este concepto de *"clases medias"*.

No son abundantes los trabajos sobre esa temática en nuestro subcontinente, sin embargo, lo que se ha hecho —parece— que ha indicado las directrices más sugestivas y relevantes de esa cuestión.

* (Aldo Solari et al; Ed. Siglo XXI, 1976, pp. 301 a 334).

II. *Problemática de las clases medias*

1. *Concepto de clases medias*

Se cita la obra de varios tomos, de Theo Crevena (comp.) denominada *"Materiales para el estudio de las clases medias en América Latina"*,[1] señalándose como un esfuerzo en dilucidar ese concepto y esa problemática.

En este acápite se dice que uno de los objetos de análisis debe ser el papel de las clases medias en el desarrollo y en la sociedad política, juzgando como hipótesis; pero, no como punto de arranque de la discusión.

Los autores indican que es frustrante analizar lo que se ha hecho por conceptualizar "las clases medias", (p. 301).

2. *"Materiales de la Unión Panamericana"*

Se puntualiza que las dificultades para conceptualizar las clases medias son universales. Se da una corriente generalizada que tiende a incluir una serie de grupos dentro de ese concepto, lo cual hace difícil predicar algo que sea uniforme respecto de esos conceptos (p. 302).

3. *Tesis y teorías para conceptualizar a las clases medias*

a. *Vieja y nueva clase media* - la *vieja* clase media estaría formada por los artesanos y oficiales hábiles; y, la *nueva* sería el resultado de cambios en la propiedad, educación y el aumento de las pequeñas empresas (Cf. Crevenna, p. 304).

Esa distinción no es satisfactoria, pues no establece criterios ciertos y seguros para diferenciar ese sector que ocupa el lugar entre la burguesía y el proletariado, como espacios diferenciados en la estratificación social, ya sea en su análisis dinámico o estático.

b. *Teoría de la modernización*

Esencialmente, se relaciona el nombre de Gino Germani con la denominada teoría de la modernización; y, en este sentido, tam-

1 Washington, Unión Panamericana, 1950-1951.

bién se ha tratado de ligar esa teoría con el problema de las clases medias.

Germani postula que el sistema de clases de su país (Argentina) se acerca al tipo de las sociedades occidentales industrializadas.[2] Partiendo de ese discutible postulado efectúa esta clasificación:

Clases	populares	urbanas =	obreros y aprendices de las actividades secundarias, comercio y servicios.
		rurales =	obreros y aprendices del sector primario, casi todos los trabajadores agropecuarios y aquellas por cuenta propia de ese sector.
	medias[3]	urbanas =	patronos, empresarios, empleadores de la industria, comercio, servicios . . .
		rurales =	patronos, empresarios, empleadores del sector primario . . .

Esta clasificación tampoco es satisfactoria por cuanto no usa con precisión esos conceptos, ni tampoco delinea, puntualizadamente, las fronteras entre los sectores urbanos, y al interior de ellos, las diferencias que se establecen entre altas, bajas e intermedias fracciones de clase.

Asimismo, el contacto de la modernización y la urbanización, que hace Germani, son insuficientes, y no ayudan a comprender los fenómenos de crecimiento de las ciudades metropolitanas y de factores de desarrollo económico que, eventualmente, pudieron darse en su país (Argentina). Su esquema, esencialmente, funcionalista, sacrifica el modelo de análisis, por cuanto hipertrofia la realidad para satisfacer un esquema analítico, perjudicando la validez del esquema y la comprensión de la realidad.

2 *Estructura social de la Argentina* (Buenos Aires: Rugal, 1955, pp. 143 y 144).

3 Inclusive las *altas* (clases medias altas; se supone que hace referencias a las clases medias bajas e intermedias (pp. 308-309).

c. *Sector medio*

John J. Johnson en su obra[4] indica que los cléricos, profesionales y burócratas, que juegan un papel en la sociedad oligárquica terrateniente, sufren una transformación tanto cualitativa como cuantitativa respecto del rol que desesmpeñan en las transformaciones de la sociedad de América Latina.

Para este autor ese papel del "sector medio" implica un tipo de progreso sostenido, lineal, unidireccional y que da la pauta para lo que sucederá en el resto de América Latina, a partir de los países: Argentina, Brasil, Chile, México y Uruguay (p. 312).

Según Johnson, los sectores medios tienen estas funciones: propulsores de la educación pública, industrialización, del nacionalismo y de la intervención estatal (p. 313).

De acuerdo con esa propuesta, se da una imputación beneficiosa y positiva de los "sectores medios", en cuanto a generar y contribuir al desarrollo económico y a la participación del Estado en la economía. Enfatiza y dimensionaliza la cara o faz que podrían tener esos sectores en Latinoamérica, pero olvida que los países que cita son diversos y no pueden homolarse entre sí y mucho menos proyectar sus atribuidos resultados al resto de los países de América Latina.

d. *Clases medias residuales y emergentes*

Este enfoque es de Jorge Graciarena,[5] según esta explicación:

Clases Medias	residuales =	aquella formada en la época colonial, ligada a las clases altas tradicionales y que ahora se ubica en el servicio exterior, educación y burocracia pública.
	emergentes =	es producto del desarrollo económico; sus bases principales se encuentran en el sector moderno de la economía, industria, comercio y servicios.[6]

4 *Political change in Latin America. The emergence of the middle sector* (Stanford University Press., California, 1958, prefacio).

5 *Poder y clases sociales en América Latina* (Buenos Aires, Paidos, 1962).

6 Graciarena usa aquí la clasificación que propuso Luis A. Costa Pinto en "*Estructura de clases y cambio social*". (Buenos Aires: Paidos, 1972 2ª ed.).

A ese esquema Graciarena agrega que las clases medias, no se radicalizarán y que de hacerlo, optarían por la derecha, ya que la búsqueda de orden y seguridad, para esas clases, tiene como base la creencia que con paz y orden, el desarrollo económico es factible. (pp. 315 y 317).[7]

En lo que respecta a esta oferta de clasificación, montada sobre Costa Pinto y en relación a Brasil y Argentina, se puede señalar que efectivamente se dan sectores medios que derivan del siglo pasado, contactados con la colonia y las clases o estamentos altos de esa época; empero, como toda clasificación, tiene el problema del mecanicismo, por cuanto lo que existe en la realidad es imbricación de sectores, fracciones en el seno de las clases medias. Por otra parte, esa afirmación de Graciarena no puede ser extrapolada a la totalidad de los países latinoamericanos.

e. *Clase media y política de compromiso*

En el tránsito de la sociedad oligárquica a la sociedad de cara a la modernización, urbanismo y el desarrollismo, se postulaba que los sectores medios, pactaron con las fracciones de la clase dominante que participaron en la recomposición del bloque en el poder (en una coyuntura de articulación). A lo largo de su evolución histórica, esa clase ha usado ese pacto para sobrevivir.

Y, en una línea no marxista (dicen los autores, pp. 318-319), se comenzó a inflar el *rol* de las clases medias, en los procesos citados, para luego, llegar a preguntarse qué son esos sectores.

Dentro de esa política de compromiso o de pacto, se ha llegado a sostener que la ampliación de los sectores (p. 320) frente a esa posición Solari et al, sostienen que esa ecuación

ampliación sectores medios = desarrollo económico

es errónea, ya que esos sectores crecen y actúan en campos de la economía que no son productivos; dándose, según los países, la comprobación de dos ecuaciones contradictorias.

7 Cf. Prebisch, Raúl. *Crítica al capitalismo periférico.* (Santiago, Chile: Revista de la CEPAL, primer semestre de 1976, pp. 56 y 57, en igual sentido).

ampliación de sectores medios = → desarrollo o estancamiento → económico

(México, Venezuela) → desarrollo económico

(Argentina Uruguay) (p. 320) → desarrollo económico

4. *Clases medias en el capitalismo dependiente*

En el contexto del capitalismo dependiente las clases medias son incapaces de promover formas de luchas contra el orden ni contribuir a delinear burguesías nacionales. Máxime si se piensa en ese sector de clase denominado *"manegerial group"*, cuyos vínculos de subordinación con el capitalismo internacional (las firmas trasnacionales), lo perfilan como parte de esa fracción de la sociedad civil que opera a nombre propio, pero por cuenta ajena; o, por cuenta ajena y nombre ajeno.

Citan los autores de la obra, en comentario, que para Cardozo y Fernández se dio una revolución burguesa, pero no una burguesía nacional, contraponiéndolo al criterio de otra corriente de pensamiento que estima que tampoco hubo dicha revolución (p. 324).

Efectivamente, se puede indicar que las clases medias, presentan un sector de ellas que trabaja para empresas multinacionales, y por esta razón tiene sus intereses en función del capital transnacional, inclusive, en esta fracción del sector medio, las posibilidades que favorezcan el cambio social son remotas, al contrario, pueden jugar, perfectamente el *rol* de reacción contra el cambio.

La tesis según la cual, los sectores medios constituyen un foco de funcionalidad retardataria, tiene viejas raíces, inclusive en el conocido trabajo de Charles Wright Mills sobre las *clases medias de Norteamérica.* En cierto modo, se ha formado una *idea-fuerza* que le imputa, por sí, conservadurismo a la clase media. Este aspecto no ha sido suficientemente analizado, y se asume fácilmente.

5. *¿Son autónomas las clases medias?*

La respuesta que se da en el texto es negativa. No existe autonomía de esas clases, ya que juegan como apéndice de las

clases altas; o, como subproducto del capitalismo dependiente, citando en sea línea de pensamiento a Florestán Fernández y Silva Mechelena; añadiendo, como ejemplo de una tesis extrema "negativista" a Víctor Pisani (p. 324).

Sin duda el problema de declarar la absorción de la clase media por la clase alta o por el capitalismo transnacional, lleva a la negación de la clase media como ente autónomo y con una realidad; y, con un cúmulo de intereses, expectativas y motivaciones propias. El asunto no puede ser tan lineal ni mecánico, pues en la realidad hay sectores de clase media que hacen esfuerzos por individualizar y tener un perfil propio.

6. *Sumario*

Los autores nos ofrecen un cuadro sintético de las posiciones sobre las clases medias, que en este breve trabajo se presenta suscintamente.

a) *Negadores de la existencia de las clases medias*
- — en América Latina no existen clases sociales
- — en el esquema burguesía - proletariado, no hay lugar para ubicar las clases medias
- — no son clases sino estratos, sectores, capas.

b) *Afirmadores de la existencia de las clases sociales*
- — son portadoras del desarrollo (Cepal)
- — asociadas con el proletariado, su desarrollo permite la liberación nacional (marxistas)
- — existen, pero como apéndice de las clases altas
- — en el capitalismo dependiente, no pueden tener una función dinámica ni contribuir a formar una burguesía nacional (p. 330).

Este esquema, no tiene la pretensión de agotar las explicaciones a eso que se ha dado en llamar clases medias, sino que es una simple presentación de variadas tesis sobre tales clases. En efecto, y en síntesis, se da una macrocorriente: la que niega la existencia a las mismas; y, otra que afirma su existencia. Claro está, presencia y funcionalidad; no mera ubicación o colocación en la estratificación

social. El esquema, sirve didácticamente; y, a la vez, supone que la realidad es mucho más compleja y múltiple.

7. *Balance crítico*

Los autores (Solari et al) plantean lo que llaman un balance crítico de las propuestas que se han indicado anteriormente.

Critican la hipótesis que propone el volumen y el papel de las clases medias aumenta con la industrialización, por cuanto puede ser "sustentada partiendo de las más variadas orientaciones teóricas" (p. 331).

Enfatizan, además, que las clases podrían verse como incapaces de "crear una sociedad verdaderamente moderna", y, asimismo, que las clases sociales citadas, no sean —en cierto modo— un resultado del proceso de modernización y urbanización en América Latina. Más bien, al contrario, —y en lo referente a este aspecto de la cuestión—, se tiende a destruir la clase media artesanal.

Agregan que la línea de razonamiento se da entre dos extremos:

clases medias

a) no significan nada — b) son el futuro de América Latina (p. 331)

línea de razonamiento

Realmente, las diversas opiniones podrían colocarse en esa línea de razonamiento, entre la negación total del *rôl* de las clases medias; y, la asignación positiva y optimista del papel de las clases en comentario en punto al desarrollo de las sociedades en América Latina. Según Solari et al, el debate de ese razonamiento, entre la negación y la afirmación del *rôl* de las clases en cuestión, es de carácter ideológico; y, es este un punto digno de cuestionarse pues implica volver la mirada hacia cuáles han sido los puntos de partida para asumir una tesis de negación o de afirmación respecto al guión social de esas clases. Es probable que,

en efecto, la raíz del debate tenga una buena cantidad de contenido ideológico.

Frente a la relación entre *industrialización y clases medias*, y al interior de esas tesis, se han propuesto esquemas como estos:

industrialización ——→ genera ——→ clases medias

clases medias ——→ promueven ——→ industrialización

Ese esquema ha sido mencionado anteriormente, empero, al retomarlo queda en pie la duda sobre cuál de ambos parámetros o variables juega primero como condicionante del otro, que ocupa el lugar subsiguiente y condicionado. La respuesta no puede ir, de buenas a primeras, por el lado de decir que esos fenómenos se dan paralela y simultáneamente. Queda por dilucidar cómo, de qué maneras fracciones de clase o clases ("medias") no vinculadas al proceso productivo, pueden generar o incentivar procesos económico-sociales de "industrialización. Considero que la relación propuesta *supra* no es mecánica; intervienen una serie de factores y de mediaciones íntimamente ligadas a la urbanización, modernización y al llamado *"continuun folk-urbano"* y a los desfases entre los variados sistemas productivos y de organización social.

8. *Problemas de estudio*

Solari et al señalan varios aspectos comunes a las tesis presentadas sobre las "clases medias", ellos son:

a) *Discontinuidad:* ninguna de las ramas de pensamiento que se ha referido a esas clases ha llevado su razonamiento hasta el final, ("explotada hasta su fin") (p. 331).

b) *La estructura social* de América Latina tiende a ser cada día más compleja, abandonando el clásico "biclasismo" (burguesía - proletariado). Aun si se aceptara que existe un régimen biclasista, éste resulta *"sui géneris"*. Esta dimensión del problema no lo aborda ninguna de las líneas de pensamiento citadas.

c) Las diversas de *criterios* sobre las clases en cuestión, resulta de i) delimitaciones diversas del concepto de "clases medias", ii) diferenciada importancia concedida a los grupos que las componen, iii) comportamientos diferentes de los

grupos que componen esas clases en diversas circunstancias y coyunturas históricas (p. 332).

Efectivamente, estos aspectos de la temática tratada aquí, manifiestan la complejidad en el análisis de los sectores medios.

Para esbozar el panorama polémico sobre esas clases, los autores citan la tesis de Graciarena (cit.) según la cual esas clases son conservadoras, carecen de inclinaciones izquierdistas y se ofrecen en brazos de quienes les proponen seguridad y orden. Y, la de Ignacio Sotelo, para quien esas clases contribuirán a la construcción del socialismo (p. 333).

Con razón, Solari et al, afirman que las clases medias se componen de una variedad de grupos, insertos de formas diferenciadas en las estructuras sociales; y, en lo que concierne a su comportamiento, éste sólo puede explicarse, cuando se relaciona con las demás clases y en el contexto del proceso social global (p. 334).

III. *A modo de reflexiones finales*

En el esquema didáctico fundamental, de carácter explicativo planteado por Marx:

dimensión social

burguesía ←——————→ proletariado

propiedad*

esquema 1

las clases medias no tienen su propia dimensión, por varias razones: i) a Marx le interesaba explicar la contradicción principal al interior del capitalismo, entre los dueños de medios de producción (capitalistas) y aquellos que tenían propiedad jurídica para disponer de su fuerza de trabajo en el mercado laboral para sobrevivir (proletariados). Contradicción fundamental de tipo social que se complementaba con la otra, en la dimensión económica:

* *Propiedad.* Es el criterio clave, ya que la Burguesía es la dueña (propietaria de los medios de producción), mientras que el proletariado es no propietario de esos medios; son asalariados.

producción social de la riqueza y apropiación individual (y, minoritaria) de los beneficios (sistema privado de captar la plusvalía).

capitalista — asalariado

Propiedad

esquema 2

ii) Marx no estaba elaborando una teoría de las clases sociales en el capitalismo; su interés consistía en explicar el capitalismo, criticarlo y mostrar la vía transformadora para su apertura hacia el socialismo y el comunismo; iii) al morir, deja inconcluso *El Capital,* precisamente cuando trataba de montar una explicación sobre las clases sociales en el sistema capitalista.

En estos esquemas, las capas, estratos, clases o sectores medios no están presentes de una forma *explícita.*

burguesía { — alta, — media, — pequeña | proletariado { "aristocrático", artesanal

Propiedad

esquema 3

En este esquema también se mantiene la noción biclasista tradicional de la sociedad capitalista, con unas variaciones acerca de la composición interna de las clases fundamentales tipo. El problema surge cuando se trata de definir esas fracciones de clase de una manera un tanto precisa, usando las variables educación, ingreso, status, prestigio, etc., principalmente en lo referente a la burguesía.

En lo atinente al proletariado, Lenin usó el vocablo "aristocracia obrera" para indicar aquellos sectores de los asalariados que tenían sueldos bastante altos en razón del dominio de una especialidad que le otorgaba en el mercado laboral salarios altos frente a una masa no especializada de trabajadores, que llamó, convencionalmente, "artesanos o trabajadores no especializados o

rasos". Sin duda esa diferenciación se da en la realidad; pues no todos los trabajadores reciben el mismo sueldo en el mercado capitalista. Aun más los sueldos son diferenciados tomando en cuenta aspectos como educación, escasez relativa de la mano de obra, antiguedad, etc.

También al interior de la clase burguesa se dan una serie de matices y de diferencias en cuanto a ingresos, educación, nivel de vida, etc.

Esas diferencias en la realidad, han dado pie a que se busquen nuevas formas de clasificar dinámicamente los grupos sociales en cuanto clases sociales; o, estáticamente en sistemas de estratificación social.

Clases Sociales

Burguesía ←——— pequeña burguesía ———→ *Proletariado*

grupo de referencia — (Grupo de pertenecia) — grupo de "repelencia"

Propiedad

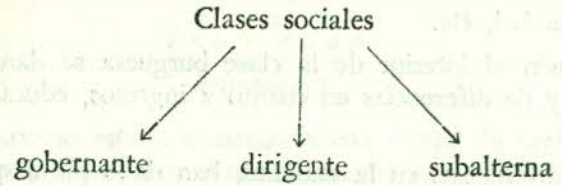
esquema 4

En este esquema cuatro, se trata de indicar que, en otra versión del problema, se trata de ubicar la clase media en la denominada *"pequeña burguesía",* integrada por intelectuales, profesionales, burócratas públicos, empleados en el sector de servicios.

De ese modo, la pequeña burguesía tiene como su grupo de *referencia* (al cual quiere pertenecer y copiar, pero no puede, por razones —entre otras— económicas) a la burguesía, a la cual le rinde su apoyo y su solidaridad como fracción de clase. Siente una *"repelencia"* o repulsión hacia la clase obrera, a la cual no desea pertenecer, pero sabe que está en constante peligro de caer en ella; y, objetivamente, pertenece a la pequeña burguesía (grupo de pertenencia).

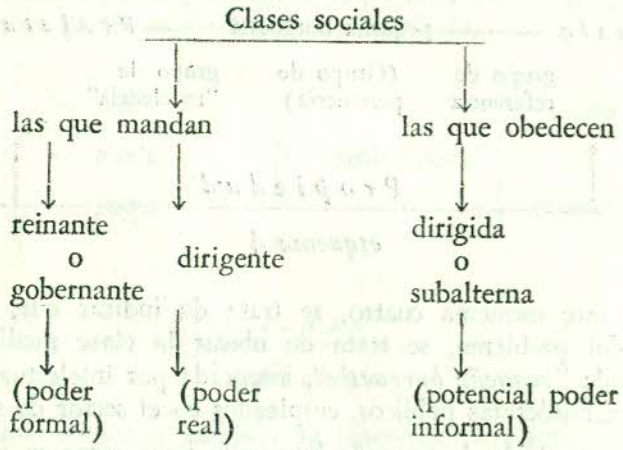
Se trata de una variante de la tradicional clasificación biclasista de la sociedad capitalista. Tampoco resuelve el problema llamado "clase media", porque ésta no es parte integrante de la burguesía (ni siquiera como fracción diminuta de ella); se trata

de algo (fracción de clase) que juega, con relativa independencia, respecto de la burguesía y del proletariado, ya que no es, específicamente ni una ni otro.



Poder Político

esquema 5



Poder Político

esquema 6

En los esquemas 1 a 4, el criterio diferenciador es el de *propiedad* de los medios de producción (la burguesía es dueña de ellos; mientras que los proletarios, no). En los esquemas 5 y 6 juega más la dimensión política, en cuanto al poder en la sociedad civil, en lo que se refiere a "quienes mandan" y cuáles obedecen ("soberanos" y "subditos").

En el esquema 5, se indica que la clase gobernante es aquella titular del poder político, pero no siempre lo ejerce; es

decir una clase social dominante se puede dividir en clase gobernante y clase dirigente:

clase dominante { — gobernante (clase política, con poder formal)
— dirigente (clase política, con poder real)

esquema 7

En otras palabras, no siempre la clase económicamente dominante tiene el control directo del Estado o de las empresas ya que mediante la *representación* y la *delegación,* otro sector de "los que mandan" tienen las "riendas" del poder real (clase dirigente) ("élite política", Gaetano Mosca).

En otras ocasiones, bien puede darse esta otra situación:

clase dominante = clase dirigente = clase gobernante

esquema 8

En este caso los "que mandan" tienen el control directo e inmediato del poder político, en sus niveles reales y formales.

En lo que respecta al proletariado, constituye una clase que, eventualmente, puede hacer uso del poder informal y de los canales informales que lo producen; o, canalizar ese poder informal a través de vías formales.

En estos esquemas de carácter político, eso que se da en llamar capa altamente especializada de profesionales, obreros, intelectuales, podrían desempeñar el *rôl* de parte conformante de las capas dirigentes (*managers,* v. gr., en las firmas económicas como los de carácter "Sociedad Anónima"). Ello no los convertiría en clase económicamente burguesa (propietaria de los medios de producción), pero sí les daría el control y el mando de la maquinaria tecnocrática del Estado (con sus aparatos ideológicos y represivos, respectivos) y de las empresas del sector privado, lo cual les daría la calidad de clase dirigente (con poder real) respecto de la clase gobernante (a nivel económico - la burguesía) o reinante (que reina o gobierna, pero no dirige efectivamente ni el Estado ni la empresa privada, debido a los altos niveles técnicos y de especialización que requieren las grandes empresas privadas y las maquinarias estatales).

En este sentido, las "capas medias" podrían ubicarse en ese concepto de clase dirigente, con poder real, que conforma las burocracias públicas y las privadas; las cuales —esencialmente— presentan contenidos organogramáticos y fluxogramáticos similares.

Ello no significa que la clase reinante o gobernante está desligada y a merced de los tecnócratas de las clases medias, en un proceso de *autonomía relativa* creciente del Estado y de las empresas privadas en relación de los accionistas (de las "sociedades anónimas") o capitalistas. Tampoco, se da una relación inversa de sujeción y control total de los capitalistas sobre el Estado y tales empresas. La relación es dialéctica entre los dueños del capital y los dueños del conocimiento y de la *praxis* tecnocrática, que siguen siendo asalariados, aunque con sueldos bastante elevados. Lo que aparentemente han perdido los capitalistas, en el plano político (al quedarse con el poder formal), lo recobran en el plano económico (poder económico o sustancial), pues los burócratas y los tecnócratas dependen del salario y de las bonificaciones financieras que le dan sus respectivos capitalistas.

En *resumen,* el problema de las "clases medias" sigue sin tener una solución satisfactoria. Tal parece que los científicos sociales no han logrado precisar este tema ni darle las dimensiones apropiadas a esta cuestión en la región latinoamericana, ni el contexto mundial.

B. *Sobre las "clases medias" en Costa Rica*

> "Sólo hay *dos clases:* la *clase obrera* que únicamente dispone de su fuerza de trabajo; y, la *clase capitalista,* que tiene el monopolio del dinero y los medios de producción".
>
> Karl Marx (El Capital, II, CFE).

> "... *obreros* asalariados, los *capitalistas* y los *terratenientes,* forman las tres grandes clases de la sociedad moderna, basada en el régimen capitalista de producción"
>
> Karl Marx (El Capital, III, CFE)

> "Las *capas medias* —el pequeño industrial, el pequeño comerciante, el artesano, el campesino— todas ellas luchan contra la *burguesía* para salvar de la ruina su existencia como tales *capas medias.* No son, pues, revolucionarias, sino conservadoras. Mas todavía, son reaccionarias, ya que pretenden echar atrás la rueda de la Historia".
>
> Marx-Engels (El manifiesto comunista).

(El subrayado es nuestro).

Sin duda en nuestro país, las clases medias han jugado un papel importante, no tanto como lo ha enfatizado Eduardo Lizano Faih, al decir que esas clases medias, crecen a merced del aparato estatal, contribuyendo a conformar ese mal llamado "tapón de la clase media". Efectivamente, a la par del enzanchamiento del Estado, también sectores de la empresa privada han aumentado. En virtud del proceso de industrialización, en buena parte debido al capital extranjero, se robustece esa faja social, catalogada de "capa media", "clase media" o "sectores medios". En la década de los años 40, esa capa social de profesionales (abogados, médicos), comerciantes, oficinistas, de pequeña escala, han sido los antecesores de la actual "clase media", fruto de la ampliación de la Administración Pública y también de eso que han dado en llamar la "tecnoburocracia pública".

Obviamente, aquella incipiente, débil y limitada capa media de la década de los años 40, se fortalece con la creación del sector público de los entes descentralizados (generadores de servicios públicos), de las empresas públicas (Codesa, Recope...); y, asimismo, por la sucursalización del capital norteamericano que inunda Centro América a propósito de la denominada "Integración Económica Centroamericana".

En tal sentido consideramos que el *rôl* de las clases medias ha sido positivo (tesis positivista o "afirmacionista"), con lo cual decimos que existen tales "capas medias"; empero, su definición exacta es difícil, ya que emplearíamos el criterio de trabajadores no productores de plusvalía (empleados del gobierno y de la empresa, esencialmente del sector servicios —en el sentido de "servicios públicos"—,[8] como en la definición económica del "sector terciario de la economía"), añadiéndole los *pequeños:* industriales, comerciantes, agricultores, etc. Con el problema de la conceptualización de lo que es "pequeño industrial, etc.", frente a los "medianos y grandes industriales". Como se ve estamos frente a *conceptos sociopolíticos indeterminados,* que se delimitan al interior de la investigación que específicamente se lleve a cabo.

---

8 Romero Pérez, Jorge Enrique. *Ideas sobre el servicio público.* (San José, Universidad de Costa Rica, 1977).

En cierto modo, se trata de *conceptos operacionales,* que se definen de conformidad con el contexto y el contenido de la investigación concreta.

Interesa destacar aquí que a partir de la consolidación del Partido Liberación Nacional, como partido mayoritario, sus ideólogos han difundido la especie que ese partido ha promovido la clase media y mediante ella el desarrollo económico de esta sociedad. Este *mito de la clase media,* es confrontado por el hecho de que la mera agregación de entes públicos (y, con ello de más empleados públicos) no implica necesariamente tal desarrollo por sí, ya que —esencialmente— ese conglomerado de empleados no produce plusvalía, sino que al contrario provoca, mayor gasto público en sueldos y otras regalías para los burócratas del Estado.

En nuestra perspectiva, esa amplia capa de burócratas del Estado costarricense está contribuyendo a desestabilizar la sociedad pues sus regímenes de sueldos, convenciones colectivas, negociaciones y conflictos colectivos, huelgas, status laboral de privilegio, pesa sobre el campesinado y perjudica a la clase obrera del sector privado que carece de sindicatos; y, el régimen del derecho de trabajo colectivo. De ahí que a veces se esgrima el argumento de la "uruguayización" de Costa Rica, ante el aumento creciente del ejército de empleados y funcionarios del Estado (burócratas o agentes públicos) —con regímenes de pensiones de privilegio, v. gr. se pensionan, los que se acogen al régimen de Hacienda, con el sueldo completo a los 30 años de trabajar con el Estado, y 50 años de edad—. Es decir, se va hacia la estadística que indica que de cada tres costarricenses, dos derivan sueldos del Estado.

En cierto modo, la expresión de Hernán Pardo,[9] acerca de que el debate sobre las clases medias es una antigua discusión que se reactualiza por períodos, derivado de las necesidades propias de la política contingente. Estamos ante uno de esos períodos, pues, la crisis económica y política, unida a la social, que padece Costa Rica, por el impacto de los energéticos y la escasez de mercados, por un lado; y, por otro, ante la corrupción política y administrativa en el interior, complementados con problemas en la producción de bienes y servicios.

9 *¿Clases medias o sectores medios?* (Caracas: Revista *Nueva Sociedad,* Nº 49, 1980, p. 5).

Contribuye, asimismo, a esa actualidad, la cantidad significativa de convenciones colectivas, huelgas y sindicatos en el sector público; y, el peso en el presupuesto nacional de la ejecución de tales convenciones, que se hace cada año más gravoso para la hacienda pública. Por otra, el *mito de partidos de clase media,* como algunos han querido dibujar al Partido Liberación Nacional. Ante este estereotipo, se dice que el PLN es pluriclasista. Efectivamente, un partido burgués como es el citado, necesita de los votos de todas las clases sociales para obtener el poder público; empero, los intereses que representa, son los de la clase dominante, en forma no mecánica, sino dialécticamente y dentro del contexto de la "autonomía relativa" que tiene la maquinaria del partido (cúpula o cúspide) respecto al restante grupo de fracciones de la burguesía.

Más bien, la realidad muestra que los sectores medios del Estado (burócratas públicos) se han movido entre los partidos de la burguesía: unas veces votan mayoritariamente por el Partido Liberación Nacional y otras por Unificación Nacional (gobierno de Trejos Fernández; y, de Carazo, bajo el nombre de Partido Unidad).

Su *rôl* político (el de las clases medias)[10] es vital para el partido que aspire a ganar las elecciones, por su concentración urbana, su grado de concientización (respecto a luchas gremiales y economicistas) y su relativa beligerencia política en favor de los partidos burgueses, como medio de asegurarse su status y su futuro burocrático.

Esa tarea de los burócratas del Estado, lo han ido fortaleciendo mediante la formación de los llamados "colegios profesionales —de ingenieros, químicos, abogados, bibliotecarios, biólogos, economistas, etc.— y a su vez la integración de sindicatos y federación de ellos en el sector público. Por medio de esa fuerza sindical y como grupo de presión están interviniendo en el proyecto de ley sobre entes descentralizados, salarios en el sector estatal y otros.

10 Antonio Cortés T. "El rol político de las clases medias en América Latina". (Caracas: Revista *Nueva Sociedad,* Nº 49, 1980, pp. 20 a 29).

II. *Planteamiento de Eduardo Lizano*

Este economista, sin pretender hacer un análisis sociológico, se refiere al tema de las "clases medias" en los términos que siguen:

1. Uno de los elementos sobresalientes de la evolución del desarrollo es el fortalecimiento de la clase media o de los sectores llamados de ingresos medios;[11] y, el otro factor es el de la proliferación de organizaciones creadas y establecidas por y para estas clases medias.[12]

2. La burocracia pública y los grupos profesionales se han organizado en colegios profesionales", sindicatos, asociaciones.

3. Las clases medias se pueden dividir en:

   a. Burocráticas públicas: las que trabajan para el sector público;

   b. Productoras: productores medianos, dedicados a la industria, comercio, servicios. Se trata de grupos urbanos; a su vez, tomamos en cuenta a los agricultores medianos.

   Apunta Lizano que estos grupos se homologan a lo que "la jerga europea" llama "pequeña y mediana burguesía".

4. Los profesionales, si trabajan para el Estado forman parte de las clases medianas burocráticas públicas; y, si trabajan por cuenta propia, pertenecerán a las clases medias productoras o "productivas". (Cf. Rodolfo Cerdas y, Ana Sojo).

11 Habría que señalar que "clase media" y "sectores de ingresos medios", son conceptos distintos. Aquél se ubica en la dimensión sociológica y éste atañe a una distinción que acostumbran hacer algunos economistas en Costa Rica sin rigor alguno para dividir la población económicamente activa en personas de altos, medios y bajos ingresos, sin matizaciones ni puntualización alguna.

12 *Cambio social en Costa Rica.* (San José, Ed. Costa Rica, 1975, pp. 21, 22).

5. Lizano hace este esquema:

Clases Medias

productivas	*burocráticas*
— empresarial	— parasitaria
— viejas (Hoselitz)	— nueva
— desarrollista (Hoselitz)	— redistributiva
— ahorradora	— consumidora
— innovadora	— imitadora
— autónoma	— dependiente
— sometida al mecanismo del mercado	— fuera del mecanismo del mercado
— residual	— emergente
— competitiva	— reivindicadora

La clase media burocrática pública es conservadora y es un obstáculo para el cambio social; dificulta la innovación y la experimentación, señala Lizano.[13] Tiene una resistencia al cambio, a la inseguridad.

Este trabajo de Lizano no fue resultado de estudios de campo ni sociológicos, sino que se trató de glosas y comentarios que hacía a propósito del libro de Oscar Arias Sánchez, titulado *"Grupos de presión en Costa Rica"*. (San José: Ed. Costa Rica, 1971).

Lo que habría que hacer sería un estudio sociológico que trabajara sobre las hipótesis e ideas de Lizano, que como intuiciones de cara a ese estudio, parecen pertinentes, como puntos de arranque, pero jamás como puntos de llegada a este problema.

13 Lizano, ídem, pp. 30 y 31.

III. *Algunas conclusiones sobre las clases medias en nuestro país*

1. Políticamente, han dado su apoyo electoral, en forma relativa, al Partido Liberación Nacional;[14] en especial, lo que Lizano llama "clases medias burocráticas" públicas.

2. A partir de las reformas institucionales que establece la Carta Magna de 1949, se expande el sector público, con el pleno apoyo del Partido Liberación Nacional.[15]

3. Al aumentar el sector de los servicios, en cierto modo paralelo al proceso de modernización y urbanización, también se han fortalecido, cuantitativamente, los sectores medios.[16]

4. El crecimiento, sin planificación del Estado costarricense, ha traído, como una consecuencia más, la formación de una capa de burócratas del Estado, que se clasifican en empleados y funcionarios.

5. La conformación de esa clase media (agentes públicos —burócratas—; pequeños y medianos empresarios, en buena parte dependientes de los créditos y mecanismos de apoyo y financiación estatales) la ha hecho comportarse conservadoramente y como respaldo electoral de los partidos de la burguesía.

6. El cambio social en este país es poco probable que venga de las capas medias, que sobreviven a expensas del Estado y de la producción de los campesinos y de las áreas rurales.

7. Se dice, como mito, que la estabilización del sistema político costarricense depende de las clases medias. Tal mito, no se ha desplazado por estudios empíricos. Esto

14 Cf. Carlos Araya Pochet. *Historia de los partidos políticos: Liberación Nacional.* (San José: Ed. C.R., 1968, pp. 69 a 95, cap. II).

15 Andrés Suárez. "Políticas públicas", *cap. 4* de la obra colectiva "Políticas de crecimiento urbano en Costa Rica", ed. Manuel Carvajal (San José: —reproducción— Dirección de Estadística y Censos, Universidad de Florida, Centro de Estudios Latinoamericanos, 1977, *in toto).*

16 Ana Guimaraes "Funciones metropolitanas" (pp. 142 a 167) en Seminario 'Urbanización y conflictos socio ambientales en Costa Rica' (San José: UCR, CSUCA, octubre de 1977); y conferencia de Luis Garita, *idem,* sobre la burocracia pública.

debe ser una llamada de atención para llevar adelante esa tarea. Incluso hay quienes dibujan a ese sector medio como un resorte que sirve para suavizar los enfrentamientos (latentes y manifiestos) entre la clase alta y baja. En cierto modo, los cuadros medios de los partidos burgueses y del sector público (como del privado) están conformados por profesionales, técnicos, expertos e intelectuales de la clase media. Esto podría devenir en el cumplimiento de ese *rôl* de "atemperamiento" o de "suavización" entre la clase burguesa y la clase obrera no especializada.

Sin duda que esos trabajos de campo que está por hacerse, deben tender a definir, en nuestro país, el concepto de "clase media" como su *rôl* político, entre otras tareas inmediatas.

C) *Derecho y clases medias*

I. *Canales jurídicos de organización:*

Los grupos medios (sectores, capas, clases, estratos) en nuestro país se han convertido en generadores de derecho, mediante dos vías —fundamentalmente—:

1. Colegios profesionales
2. Convenciones colectivas de trabajo.

1. *Colegios profesionales*

Estos colegios son entes públicos por su origen legal y por el régimen jurídico que regula su actividad. El control jurídico de los actos de los colegios corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y no a los tribunales comunes u ordinarios. Una de sus funciones primordiales de tales entes es la fiscalización disciplinaria y ética de sus colegiados.[17]

17 Hugo Muñoz. *Autonomía universitaria y colegios profesionales.* (San José: inédito, 1980, p. 4). Estos colegios, son corporaciones de derecho público (entes públicos no estatales). Tienen prerrogativas de poder público, como el control objetivo de ingreso en la profesión, potestades normativa y disciplinaria sobre sus miembros, dentro del marco de la teoría del servicio público (cf. Manuel Daniel Argandoña, "Algunas consideraciones sobre los colegios profesionales" en *Revista de Derecho Público.* (Santiago, Chile, Nº 27, enero-junio de 1980, p. 175).

Los grupos medios profesionales, además de los llamados "colegios profesionales", también han formado sindicatos, asociaciones, grupos gremiales, cooperativas, etc.

Tales colegios han servido para monopolizar el ejercicio de la actividad profesional y evitar que quien esté fuera del respectivo colegio pueda ejercer lgalmente la correspondiente profesión.

Esto ha provocado una larga y bizantina discusión desde hace varios años. Al respecto se han esgrimido, al menos estas tesis:

i) en apoyo a los colegios

ii) en contra de esos colegios.

i) *Tesis afirmacionista:* sostiene que esos colegios son necesarios para proteger a la sociedad de personas sin escrúpulos que la estafen. Eso sucedería de permitirse que colegiados o no ejercieran la profesión, ya que no existiría controles sobre esos estafadores y delincuentes. Así, pues, razones de seguridad, confiabilidad, honradez y eficiencia justifican esa postura.

ii) *Tesis negativista:* estiman que es falso que los colegios protejan a la sociedad, pues las sanciones de tales colegios no se imponen. Que los profesionales se "tapan con la misma cobija", siendo casi imposible imponer sanciones a los inescrupulosos.

Además, es un monopolio odioso el que ejercen esos colegios, el cual atenta contra la Constitución Política (art. 25), que manda:

> "los habitantes de la República tienen derecho a asociarse para fines lícitos. *Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna*".
> (El subrayado es nuestro).

a) *Nuestra posición*

Advierto que ella incide más en una ubicación de creencia que de "objetivismo jurídico". Es decir, estimo que el colegio (en teoría) puede llevar a cabo esa tarea de fiscalización de sus colegiados. Y que el colegio es una garantía para la sociedad. Sin embargo, en la realidad, (efectivamente) los controles no siempre operan como debían y hay diversos *obstáculos* para la aplicación de las medidas sancionatorio-disciplinarias de los colegiados, que van desde la índole social hasta institucional.

No soy *partidario* de la inexistencia de los colegios, ya que no *creo* (acto de fe) que los individuos se controlen a sí mismos. El problema del control social está vigente. La estructura y la red de relaciones que implica ese control es necesario en la sociedad.

Tampoco se trata, como afirman los *negativistas,* que estamos en "otra Edad Media", por ese sentido de la "agremiación". Al absurdo, dicen *ellos,* que la sociedad se está integrando como en la Edad Media (baja) a base de gremios, coorporaciones; ahora llamados "grupos de presión" y de "interés". En primer lugar, el asociarse, el unirse con otros, en virtud de intereses comunes (v. gr.) no es un fenómeno del Siglo XX, aunque sí pudiera serlo la forma que asumen algunos grupos de los citados, en concordancia con el desarrollo de la sociedad actual.

En segundo término, a la par de la sociedad civil (con individuos atomizados) y la sociedad política (el Estado) —en versión de Antonio Gramsci—, están todos los grupos intermedios (cuerpos medios) que llevan a cabo la tarea de mediación entre el sujeto particular y el Estado, como entre el individuo y la gran empresa privada. Esto es una realidad histórica y no una suposición. El ser humano frente al Estado leviathanesco y la enorme empresa multinacional, sencillamente perece y es "tragado" por esas maquinarias de poder. De ahí, la necesidad de organizarse respecto a esos centros de poder (público y privado, con fronteras cada vez menos visibles). Se debe recordar que la tesis del *robinsonismo* usada por los economistas clásicos y por Marx, fue un instrumento analítico y pedagógico, no una realidad histórica.

En cuanto al art. 25 de la Carta Magna, diremos que en principio sí hay violación constitucional, ya que los profesionales que no se colegien, tienen cerrado el mercado de trabajo respectivo y si lo hacen la legislación los sanciona con la figura del ejercicio ilegal de la profesión. Cosa parecida ocurre con los sindicatos y cooperativas, en cuanto que si el obrero no se asocia a ellos, tiene vedado un terreno de protecciones y beneficios, en términos *relativos* (ya recordamos que en punto a las ventajas de las convenciones colectivas, ellas las disfrutan los trabajadores en general y los futuros empleados de la patronal, v. gr.).

En este aspecto, por un lado está el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a incorporarse a una asociación (sindicato, cooperativa, colegio profesional, etc.), en función del

respaldo de la libertad individual y su garantía; y por otro lado, tenemos, que la vida social moderna —prácticamente— condiciona y presiona para que los sujetos físicos de derecho se vean —pragmáticamente— obligados a ser parte de esos "cuerpos medios", gracias a condicionantes jurídicos, sociales y económicos.

Claro que se puede argumentar, con mala fe o ingenuidad, que el sujeto físico de derecho, le queda la alternativa de agremiarse o no. Así, por ejemplo, un médico puede ingresar a su correspondiente colegio o abstenerse de hacerlo. La sanción es económica, pues no puede trabajar en su profesión legalmente. Es decir, la ley formal —emitida del Poder Legislativo, de tercer grado— le impone esa sanción.

La respuesta a esta situación ingruente, desde el ángulo jurídico, es práctica y no teórica: si quiere trabajar legalmente, incorpórese a su gremio, a su "cuerpo medio", respectivo sino a trabajar en otra cosa.

Esa libertad pública y su garantía, juega en el sentido de que nadie puede ser obligado (violando su voluntad) a formar parte de un sindicato, cooperativa o colegio profesional. Ya que la situación contraria sería: cualquier persona física puede ser obligada a incorporarse a un "cuerpo medio". O sea, se desea proteger al individuo contra los abusos del despotismo, la tiranía o la coacción directa contra su voluntad, en una concepción liberal tradicional. En otros términos, el sujeto físico puede legalmente, abstenerse de inscribirse en una organización corporativa. Esa conducta es legal, constitucionalmente garantizada, tanto por el cuerpo escrito de normas como por los principios generales de

Concretando respecto del art. 25 de la Constitución Política en comentario (que garantiza la libertad de asociación y su correlato de que nadie puede ser obligado a "formar parte de asociación alguna", cabe complementar que la Corte Plena en 1955; cf. Boletín Judicial del 6 de octubre de ese año) afirmó: "ninguna de las leyes orgánicas que rigen el ejercicio de las distintas profesiones liberales que existen en el país obliga a sus afiliados a pertenecer o a mantenerse dentro de los respectivos Colegios; cada uno de los profesionales que viven en Costa Rica pueden, a su entera libertad, inscribirse, mantenerse o retirarse del respectivo Colegio, y eso es lo que garantiza la Constitución Política al decir 'nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna', o sea, nadie podrá ser compelido por la fuerza o la autoridad a que entre o se afilie a tal o cual asociación".

Además, esa Corte añadió que una vez afiliado a una asociación, el miembro de ella estaba obligado a acatar las normas jurídicas de la respectiva asociación (cf. Boletín mencionado del 6 de octubre de 1955).

Por su parte la Ley de Asociaciones manda en su art. 1º que el derecho de asociación puede ejercitarse libremente conforme a esta ley. Se trata del fenómeno conocido de la "libertad jurídica" o de la libertad sujeta a la legalidad; y, no libertad en abstracto, sin restricciones. Añadiendo que los gremios también se regirán por esa ley, exceptuando del ámbito de aplicación de esta ley aquellas dedicadas al lucro o a la ganancia (reguladas por el Código de Comercio), al tenor de los arts. 1 al 3 de esa ley de asociaciones (las que tengan como objeto lo meramente civil o comercial, se regirán por las leyes civiles o comerciales, según el caso); aquellas de carácter político tienen su marco jurídico en el Código electoral. Por lo que respecta a las que tengan un objeto física o legalmente imposible, según lo previsto en el art. 631 del Código Civil, asimismo, caen fuera de la potestad normativa de la citada ley (art. 3).

En lo referente al Colegio de Abogados, su art. 2 manda que forman parte de ese colegio los abogados graduados que se incorporen a ese gremio, de acuerdo a las leyes y tratados. En otras palabras, pueden existir abogados no colegiados, cuyo conjunto estaría formado por aquellos graduados de la Universidad de Costa Rica que no se incorporen a ese colegio. Su párrafo segundo afirma que quedarán incorporados de pleno derecho, aquellos graduados de la Universidad, que para la época de emisión de la ley Nº 13 (del 28 de octubre de 1941) era sólo la UCR —Universidad de Costa Rica—.

(Se recuerda que la fecha de creación de este colegio data del 6 de agosto de 1881, cf. Adán García García "Verdaderas funciones del Colegio de Abogados", Facultad de Derecho, UCR, 1903, tesis de grado, p. 12).

Complementando el art. 4 de esa ley que "todo abogado tiene derecho a separarse del Colegio temporal o indefinidamente".

De acuerdo con ello hay libertad jurídica para entrar al colegio y para salir de él. Sin embargo, para participar en el mercado de trabajo como abogado hay que estar colegiado, in-

cluso para dar clases en la Universidad (arts. 6 al 8: derechos de los abogados).

La crítica que le hago a la resolución de la Corte Plena de 1955, ya apuntada, es que efectivamente existe libertad para incoporarse o no a un colegio profesional; pero esta libertad está matizada por el hecho de que se requiere la incorporación dicha para poder ejercer la profesión correspondiente. Podría argumentarse que de no ser así la potestad disciplinaria sobre los abogados sería utópica e irreal. O sea, que por razones prácticas y de legitimación de los colegios profesionales se obliga, en la realidad, a integrarse a ellos para poder trabajar en la respectiva profesión; y, que, por ende la libertad constitucional resulta violada por esos colegios o gremios, empero la situación de eliminar esas corporaciones de derecho público y dejar en libertad a los profesionales para ejercer su profesión sin los marcos de un colegio podría devenir en anarquía y en un peligro mayor para los ciudadanos que quedarían a merced de cada profesional y su relativo concepto de la ética o de la nulidad de ella. En este sentido la tutela del bien común, del interés público y de la ética profesional me parece por razones prácticas que deben seguir en manos de los colegios profesionales.

b) *Lista de colegios profesionales*

— Abogados (Ley Nº 13, 28 de octubre de 1941)

— Biólogos (ley 4288, 20 de diciembre de 1968)

— Ciencias económicas y sociales (ley 4505, 18 de diciembre de 1969)

— Cirujanos dentistas (ley 24, 19 de noviembre de 1941)

— Contadores privados (ley 1269, 2 de marzo de 1951)

— Contadores públicos (ley 1038, 19 de agosto de 1947)

— Enfermeras (ley 2343, 4 de mayo de 1959)

— Farmacéuticos (ley 15, 29 de octubre de 1941)

— Bibliotecarios (ley 5402, 30 de abril 1974)

— Ingenieros agrónomos (ley 3855, 6 de abril de 1967)

— Ingenieros y arquitectos (ley 3663, 10 de enero de 1966)

— Licenciados en Letras y Filosofía (ley 4770, 13 de octubre de 1972)

— Médicos y cirujanos (ley 3019, 9 de agosto de 1962)

— Microbiólogos (ley 771, 25 de octubre de 1949)

— Optometristas (ley 3838, 19 de setiembre de 1966)

— Periodistas (ley 4420, 22 de setiembre de 1969)

— Químicos e ingenieros químicos (ley 431, 15 de marzo de 1949)

— Médicos veterinarios (ley 3455, 14 de noviembre de 1964)

— Trabajadores sociales (ley 3943, 6 de setiembre de 1967)

— Geólogos (ley 5230, 2 de julio de 1973)

— Topografía y agrimensura (ley 4294, 19 de diciembre de 1968)

— Federación de colegios profesionales universitarios (ley 3662, 10 de enero de 1966).

— Psicólogos (ley 6144, 6 de setiembre de 1967)

Conforme crecen las demandas del sistema económico, así se dan las ofertas de expertos, peritos, tecnócratas, burócratas, especialistas, etc., en diversos campos de la ciencia, arte, tecnología y, su organización *gremial.* (Cf. Edwin Ramírez Rodríguez. *Los Colegios Profesionales;* Heredia, UNA, 1979, *in toto).*

2. *Convenciones colectivas de trabajo*

Sobre este tema hemos escrito una serie de artículos en *La Nación,* durante los años de 1979 y 1980, en los cuales esa materia ha estado sobre el tapete de la discusión. Igualmente, los profesores Bernardo Van Der Laat y Raúl Marín, se han pronun-

ciado sobre este campo y han recopilado documentos sobre el mismo (1980).[18]

Asimismo, se puede mencionar que los abogados dedicados al derecho laboral, tanto en el sector patronal como obrero, han publicado artículos periodísticos en *Libertad, La República* y *La Nación,* en especial Oscar Bejarano.

La Carta Magna, en lo que atañe al sector normativo, le da el rango de ley formal a las citadas convenciones colectivas:

> *Art. 62.*—Tendrán fuerza de ley, las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos; y, sindicatos de trabajadores, legalmente organizados.

Por el momento y al interior de este breve escrito, digamos que el sector público ha sido el terreno sobre el cual han florecido una gama amplia de tales convenciones, siendo, por ejemplo, la de la Universidad de Costa Rica, vigente para el año de 1981, una muestra interesante.

Gracias a esas convenciones, el derecho laboral escrito en nuestro país, se ha incrementado. Esto ha sido una ventaja respecto a la absolencia que presenta el Código de Trabajo. A su vez, esas convenciones juegan como mecanismos o instrumentos de redistribución de la riqueza relativa del país (del ingreso nacional). Cumplen una función de estabilización socio-política y ayudan a la realización relativa, del sistema democrático.

Tales convenciones colectivas se han firmado en la Administración Pública; contando con la oposición del gobierno de turno. Sin embargo, la fortaleza, relativa, de los sindicatos del sector público han hecho una realidad esas convenciones.

En lo que respecta al *sector privado,* ni siquiera el Código de Trabajo de 1943, se cumple, en buena parte. Es violado impunemente por la parte patronal, no hay derecho efectivo a la sindicalización, se persigue al dirigente sindical y se expulsan del centro de trabajo a los obreros que intentan formar un sindicato.[19]

---

18 Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1980.

19 Espinoza, Juan Rafael. *Tareas sindicales inmediatas en el campo jurídico.* UNA, 1979, *in toto).*

Se viola la ley de salarios mínimos mediante maniobras contables; valiéndose de la "ley de bronce de los salarios".

A esto se le añade la política antisindical y antiobrera del gobierno actual (1978-1982), que inclusive presenta esa conducta frente a los trabajadores del sector público. Cabe recordar que la presión de los sindicatos de la burocracia pública, hizo que la ministra de trabajo (abogada) Estela Quesada renunciara, por su agresividad contra esos sindicatos y los obreros públicos. A esa ministra, la sustituyó el abogado German Serrano, de corte más sutil y prudente que Quesada.

En la hora presente el Secretario General del Partido Liberación Nacional y diputado, Oscar Arias Sánchez ha mostrado su preocupación por la desaparición de la clase media en nuestra colectividad ante la grave crisis económica, puntualizando que "la inminente desaparición de nuestra clase media puede constituir el principio del fin de la democracia costarricense, pues las frustaciones de ese grupo social lo llevarán, inexorablemente a una radicalización política hacia la derecha o hacia la izquierda, o bien al cuestionamiento de nuestro sistema institucional" *(Nación,* sábado 21 de marzo de 1981, p. 15-a).

Esa preocupación es fundada, máxime que este proceso de crisis económica ha favorecido a las fracciones de la clase alta expeculadoras (con el dólar, y restantes bienes y servicios), empobreciendo más aún a la clase media y en forma alarmante a la clase baja. No basta con la frase conocida de un país donde "los ricos son más ricos y los pobres son cada día más pobres" y la saturada brechología socioeconómica. Es necesario efectuar trabajos de campo que cuantifiquen el problema y los muestren en sus dimensiones adecuadas. Sin duda, el estrato medio en nuestro país tiene una relevancia crucial para la vigencia del sistema democrático; de ahí su importancia para las ciencias sociales y, por supuesto, para la estabilidad de la estructura de poder.[20]

---

20 Oscar Arias Sánchez. *Nuevos rumbos para el desarrollo costarricense* (San José: EDUCA, 1979, pp. 136 a 145). Cf. Paul Gueda. *A propósito de las clases medias* en Crítica de la economía política Nº 4 (Barcelona: Fontamara, pp. 172 a 191). Cf. Ana Sojo *La burguesía burocrática en Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Sociales Nº 5, 1979); y, Rodolfo Cerdas *La crisis política nacional* (San José: UNED, 1981, en "Crisis de la Democracia en Costa Rica"), *Costa Rica; problemas actuales de una revolución democrática* (San José: UNED, 1977, en "Democracia en Costa Rica?"). Estos enfoques hacen énfasis en la relación "Administración Pública, burocracia y clase media".

EL USO DE MECANISMOS INFORMALES EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE LOS PARTICULARES

M. A. Rolando Soto Jiménez,
Profesor de Introducción al Derecho

---

* Tarabajo presentado al Seminario sobre la Administración de los Sistemas Judiciales en Latinoamérica. San José, (25 al 30 de agosto de 1980).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La solución de conflictos fuera de los tribunales y su respaldo en el ordenamiento jurídico. 3. Actitudes de los ciudadanos y abogados frente a la solución de los conflictos a través de medios informales. 4. Algunas formas concretas de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar fuera de la Corte sus diferencias. 5. Conclusiones. 6. Notas.

El uso de mecanismos informales en la SCpart.

Rolando Soto.

"El hombre lucha pues por el Derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce" Rudolf von Ihering. *La lucha por el Derecho.*

A. *Introducción*

Este trabajo pretende investigar un particular asunto relacionado con la administración de justicia en nuestro país. Se trata de analizar y evaluar la utilización que hacen los ciudadanos, de ciertos mecanismos "informales" en la resolución de sus conflictos; es decir, medios extra-judiciales que evitan que la administración de la justicia o la operación de tribunales cumpla con su cometido constitucional.

Si bien este trabajo tiene un alto contenido pragmático precisamente por tratarse de una materia que no está explícitamente legislada o sistematizada, debo aclarar que en algunos aspectos, tiene pleno asidero en disposiciones y principios constitucionales y en algunas normas secundarias de nuestro ordenamiento. Por ello, si bien la investigación se ha fundamentado en estudios y sondeos propios de la interrelación diaria de los ciudadanos, he debido también enmarcarme dentro del contexto general del ordenamiento jurídico costarricense, en cuanto da cabida a la solución de los conflictos a través de medios extrajudiciales.

El desarrollo del trabajo lo hago de la siguiente manera: primero una pequeña referencia a ciertos principios jurídicos y disposiciones legales que en nuestro país tienen especial influencia en el tema tratado; en segundo término, un análisis general de actitudes de ciudadanos y profesionales en derecho en cuanto a la utilización de esos mecanismos informales que evitan la operación de los tribunales; en tercer lugar, describo algunas formas concretas de esos mecanismos y por último, una somera evaluación de la eficacia de esas formas o alternativas.

Debo aclarar también que para la elaboración de este trabajo, me he basado en gran medida, en los resultados de una pequeña encuesta que hice aproximadamente a setenta abogados,

todos ellos con oficina o bufete profesional abierto al público, es decir profesionales "litigantes". La muestra fue escogida al azar, tratando de contar con abogados del área metropolitana, así como con profesionales de las provincias.

También efectué ciertas entrevistas y llevé a cabo conversaciones informales con funcionarios y empleados de una entidad pública de numeroso personal. Estos contactos tuvieron como objetivo el profundizar más en las razones que dan fundamento a los mecanismos informales investigados, así como el evaluar su eficacia, ventajas y desventajas.

2. *La solución de conflictos fuera de los tribunales y su respaldo en el ordenamiento jurídico*

El tema general que me ocupa, debe ubicarse dentro del gran campo de la "aplicación del derecho", es decir, esa área teórico-práctica de la Ciencia del Derecho, que se preocupa de analizar y sistematizar todo lo relacionado con la vigencia social de las normas jurídicas, así como su ejecución y aplicación por parte de los individuos en una determinada sociedad.

En términos generales y siguiendo a *Latorre,* puede aceptarse que la aplicación del derecho se da en los dos niveles fundamentales: el ámbito de acción de los particulares y el de la acción reservada a los tribunales.

"Bajo su aparente sencillez, la frase aplicación del Derecho encierra algunos equívocos. El derecho se aplica cuando los ciudadanos ajustan sus conductas a las normas que aquél establece". "Dichos actos producen sus efectos normales en muchos casos y no suscitan ningún litigio. Nos encontramos aquí con lo que puede llamarse la aplicación pacífica del Derecho".

"Otro sector importante es llevado, en cambio, ante los órganos que el Estado especialmente tiene destinados a resolver este tipo de problemas, es decir a 'aplicar' el Derecho a los casos concretos que susciten por la razón que sea, la intervención estatal".[1]

Luis Diez Picazo tocante al mismo asunto expresa que "... el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas; se configura y se define como 'aplicación del Derecho'.[2]

Es claro entonces que desde un punto de vista teórico y fundamentándonos en principios o doctrinas de la Ciencia del Derecho, es decir su ordenamiento. Esta clase de "aplicación", se manifiesta o se plasma mediante infinidad de actos y acciones, que consciente o inconscientemente llevan a cabo las personas en su vida cotidiana. Podemos pensar aquí en los miles de contratos de compra venta que se hacen día a día al adquirir mercancías en una tienda, pulpería, almacenes de víveres; al comprar un tiquete en un estadio o en un cine, etc. En igual forma, por el hecho de cancelarse un abono de una obligación contraída a plazo o a crédito; o el entregar una cosa que fue prestada, implica repetidas aplicaciones del derecho por parte de los individuos.

Perfectamente podríamos llamar a este tipo de acciones, todas ellas en concordancia con el ordenamiento jurídico, como una "aplicación *armoniosa del Derecho".* Tales actos y contratos tienen como común denominador: el de provenir de ciudadanos o particulares, y el hecho de no involucrar un conflicto de intereses; no existe en estos casos una desaveniencia o "pleito" de por medio.

Tales situaciones, por no tratarse de mecanismos que evitan el caer dentro del ámbito de la administración de justicia, han quedado fuera de los límites de este trabajo.

La aplicación del derecho en manos de los individuos, si bien no está elevada a norma constitucional explícita en nuestra Carta Magna, sí puede inferirse del contexto de otras disposiciones de la misma. Me refiero a los artículos 28 y 43 de la Constitución Política.

El primero de ellos, sea el artículo 28, en su párrafo segundo establece que:

> "*Las acciones privadas* que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". (subrayado es mío)

El artículo 43 por su parte señala que:

> "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

Como puede observarse, del texto de ambas disposiciones se puede sin problema extraer la conclusión de que en nuestro país

todo ciudadano tiene la posibilidad de solucionar sus problemas o conflictos, sin acudir necesariamente a los tribunales de justicia, y aun habiendo acudido a ellos. Evidentemente que tales "arreglos extrajudiciales" que se establezcan entre las partes involucradas en el problema, como típicas acciones privadas, deberán ajustarse a las disposiciones de la moral, al orden público y no perjudicar a un tercero; de lo contrario, estarían sujetas a la acción de las leyes.

Un productor de naranjas que ha incumplido su obligación de entregarle a otra persona una cierta partida de ese fruto, no se coloca fuera de la acción de la ley y por ende evita ser llamado a un tribunal, si para ello cumple con la entrega, robando las naranjas de su vecino.

A nivel de legislación secundaria, nuestro Código de Procesamientos Civiles en su artículo 3º señala: "A nadie puede obligarse a intentar una acción". Asimismo los artículos 467 y 468 del Código de Trabajo, al tratar aspectos del procedimiento en esta materia, establecen en forma imperativa para el juez, la convocatoria de las partes en conflicto, a una "comparecencia de conciliación. Debe el funcionario en estos casos no sólo convocar, sino proponerle a las partes, diferentes medios de solución del conflicto, incluso "... *Haciéndoles ver la conveniencia que un arreglo tiene para ellos*". (subrayado es mío.)

Esta solución de desaveniencias entre particulares, podríamos decir, tienen en nuestro país un respaldo legal de cierta relevancia en los niveles secundarios del ordenamiento. A nivel constitucional, su cabida es más vasta y amplia.

3. *Actitudes de los ciudadanos y abogados frente a la solución de los conflictos a través de medios informales*

Del resultado de la encuesta que hice, se perfilaron, ciertas "actividades" o tomas de posición de los abogados frente a la posibilidad de utilizar medios extrajudiciales en la terminación de un problema o bien frente a la posibilidad de tener que presentar el mismo a un tribunal de justicia.

Antes de analizar aquellas actitudes de más relevancia, debo aclarar que las respuestas a la encuesta se enmarcaron dentro de la actual forma de administración de justicia en el país, excluyéndose pues, eventuales ideas o pareceres de abogados litigantes frente a posibles cambios de esa administración y de los códigos procesales.

Algunos criterios y argumentos que más se esgrimieron, son las siguientes:

1) El particular (cliente) cuando acude a los servicios de un abogado, por lo general ya ha tratado por sí mismo de solucionar el conflicto acudiendo a mecanismos informales;

2) Por lo general, el abogado antes de plantear el asunto ante un tribunal de justicia, efectúa gestiones con la otra parte, tendientes a solucionar extrajudicialmente al conflicto;

3) Una vez presentado un asunto ante el tribunal, existe cierta expectativa de parte del abogado (o los abogados), de que el mismo se solucione mediante mecanismos informales, es decir obviando el proceso;

4) Las expectativas de arreglo, aumentan, si dentro del juicio existe la posibilidad procesal de la conciliación; y

5) El abogado y su cliente, en los casos en que resultan beneficiados con la sentencia de primera instancia, prefieren la posibilidad de un "buen arreglo" que continuar con los procedimientos ante las Salas de Casación.

Tratemos de enfocar un poco más cerca cada una de estas actitudes.

En el primer caso citado, prácticamente todos los abogados entrevistados manifestaron que su cliente antes de solicitar sus servicios, ya había realizado una o varias gestiones tendientes a solucionar el problema por ellos mismos o al menos, fuera de los tribunales. Denota esta postura por parte de los ciudadanos o un extremado celo o apego a la ley, o bien un temor o aversión a los tribunales.

Personalmente creo que si bien la contestación a esa interrogante requiere de estudios más profundos de tipo sociológico y psicológico, los motivos de esa persistencia por solucionar fuera de corte el problema, son variados. Quiero con esto decir, que en algunos casos lo será por plena coincidencia con los principios o valores que informan el ordenamiento jurídico, y en otros, por medio de la acción de las leyes o fobia a los tribunales por su

intrincado proceso y por su engorrosa tramitación. Asimismo no puede descartarse el peso que tiene en la mente del particular, el costo involucrado en la preparación y desarrollo de un litigio, costo que incluye el esfuerzo, el dinero y el tiempo invertido en ello.

"El Estado puede forzar a que se obedezca a sus leyes —arguye *Hirsweber*—; sin embargo, los individuos no acatan o guardan fidelidad a las leyes exclusivamente porque les aterroricen las consecuencias de la desobediencia. Se ajustan a las leyes escritas o no escritas porque temen sanciones estatales sociales, pero también porque perciben como propios principios, las normas sociales y los sitemas de normas que "internalizan . . .".[3]

Personalmente creo que en un gran número de situaciones, esa tendencia por arreglar el problema extrajudicialmente, está influenciada por ese "acoplamiento" o armonía que existe entre los valores de la persona y aquellos que el ordenamiento posee o persigue.

De todas maneras, repito, aunque mis consideraciones al respecto sean de corte especulativo, sí considero de suma importancia el investigar más profundamente las razones esenciales que mueven a los ciudadanos en nuestro país a tomar esas acciones. En el caso de este trabajo, resulta difícil extraer conclusiones al respecto, por cuanto como lo dije al inicio del mismo, la encuesta se manejó básicamente a nivel de los abogados litigantes. Una ampliación de este estudio debería también ahondar sobre la incidencia de este fenómeno a nivel urbano y a nivel rural, ya que estoy seguro de encontrar diferencias notorias.

Nuestros campesinos son muy dados a solucionar sus desaveniencias personalmente, es decir sin intermediarios, y sin acudir al papel o documento escrito; para ellos el concepto de "palabra empeñada" tiene un valor no sólo al momento de realizar actos o negocios jurídicos, sino también cuando arreglan un problema fuera de los tribunales. Esta situación varía sustancialmente en las zonas urbanas donde día a día, se acentúa más la tendencia a hacer constar por escrito los términos del arreglo, o bien efectuarlo ante testigos presenciales.

En el segundo caso, la actitud bastante mayoritaria de los abogados fue afirmativa e n cuanto a la anuencia de buscar una solución al conflicto antes de presentar el asunto a los tribunales. Es interesante hacer notar que, esta postura en su mayoría no

obedece a una insinuación por parte del cliente, sino a una iniciativa del mismo abogado. Sólo en pocos casos, el abogado contestó que sí haría tales negociaciones bajo la condición de que el cliente se lo insinuara. Yo interpreto que el abogado al mostrar su conformidad con esta práctica, en realidad no es que está de acuerdo en establecer contactos no autorizados con la otra parte, sino que *motu propio,* le sugiere a su representado de esa alternativa, como algo viable.

Razones que se esgrimen para fundamentar esta postura son las siguientes: a) evitarle al cliente las molestias del litigio; b) soslayar el costo pecuniario procesal y el tiempo y esfuerzos involucrados; c) evitar el tener que pasar por un largo proceso judicial; y d) obtener más rápidamente las pretensiones que se lograrían mucho tiempo después.

Considero que de las argumentaciones dadas, se desprende una gran preocupación de parte de los abogados costarricenses por lo prolongado de los juicios, sea el tiempo que transcurre desde su iniciación hasta su sentencia en última instancia. Incluso, se da este fenómeno en relación a la sentencia de primera instancia y de aquí se desprenden lógicamente otras de las razones apuntadas como costos, tiempo y esfuerzo invertidos.

La tercera actitud señalada, es tan sólo una derivación de la anterior, por cuanto no significa otra cosa que la expectativa que tiene fundamentalmente el abogado —sin excluir la del cliente—, de poder llegar a un arreglo extrajudicial del problema. Del resultado de la encuesta se puede observar que el grado de esperanza por alcanzar ese arreglo una vez iniciado el juicio, se disminuye bastante, e incluso varios abogados descartaron esa posibilidad como factible. Sin embargo, tomando en cuenta las razones que se dan para justificar la segunda postura, no creo que sea congruente el desestimar en forma definitiva esta alternativa de conciliación, una vez iniciado el litigio. Es posible que la posibilidad de éxito o no de ese arreglo, dependa en esta situación no sólo de la posición del abogado (u abogados), sino de otras personas tales como familiares o amigos de las partes.

En cuarto término mencioné otro argumento cual es el de que las expectativas por parte del abogado de llegar a una solución fuera de juicio, se aumentan si dentro del mismo existe una fase procesal de conciliación.

Tal es el caso de nuestro procedimiento laboral en donde existe la convocatoria obligada por parte del juez, a una conciliación entre las partes. En dicha fase procesal, debe el juez insinuarle a las personas y abogados presentes, sobre las ventajas que un arreglo significaría para ellos. Los abogados litigantes en nuestro país estamos acostumbrados a ver con mayor o menor acuciosidad, como el juez dentro de esa etapa, invierte muchos minutos y horas con el afán de que las partes lleguen a un arreglo que haga terminar el juicio.

De allí que los abogados entrevistados en su gran mayoría, mostraron especial interés por este tipo de procedimientos conciliatorios. El procedimiento laboral es considerado en nuestro medio como más flexible y ventajoso que otros como el civil, mercantil o administrativo.

Debe observarse que el hecho de que un procedimiento determinado ofrezca una fase conciliatoria, implica el paso obligado de las partes por la misma, significando esto en muchos casos, la presencia física y cercana de quienes están en conflicto, junto a sus abogados y frente a los funcionarios de justicia. Es por ello que si bien, en otros procesos las partes también pueden arreglar extrajudicialmente sus diferencias a pesar de no existir esa fase conciliatoria, el efecto o a la posibilidad de que ello se logre, disminuye bastante. La conciliación encajada en el proceso, viene a servir de foro obligado para las partes dentro de un ambiente de solemnidad y respeto, tan necesarios en esos momentos de discordia y conflicto. Cuenta además este mecanismo, con la participación de varios profesionales en derecho y de los mismos funcionarios de justicia, que con su vasta experiencia y sabiduría colaboran en la búsqueda de la mejor solución para todos.

Por último, deseo analizar la actitud asumida por los abogados entrevistados en los casos en que su cliente resulta favorecido con la sentencia de primera instancia. Ante tales situaciones, prácticamente todos coincidieron en que no había expectativas en llegar a un arreglo extrajudicial. Si la otra parte decidía apelar, se proseguiría con el procedimiento en la instancia superior y caso contrario se tramitaría la ejecución de sentencia.

Sin embargo la respuesta no fue la misma en tratándose de recursos ante la Sala de Casación. Varios de los abogados manifestaron que ante esta situación, tanto ellos como su cliente sí

volvían a tener serias espectativas por buscarle una solución de tipo informal al problema. Si bien de las contestaciones a esas preguntas no puede sacar razones al respecto, si lo hice mediante consultas posteriores a algunos de los entrevistados, sobre todo a aquellos que habían manifestado su preocupación.

Motivos que se me dieron para justificar esa postura fueron:

a) Tiempo muy prolongado que requiere casación para fallar el caso;

b) Tiempo y esfuerzo que requiere el litigante, para preparar, tanto el recurso como la contestación, en razón de su extrema formalidad; y

c) Premura del cliente por obtener lo pretendido, aunque sea mediante un arreglo a esas alturas del litigio.

Podemos notar que alguna de esas razones, coinciden bastante con las esgrimidas para sustentar otras de las actitudes antes analizadas. Sí debe preocuparnos mucho de que si bien la primera parte del proceso, puede que por diversas circunstancias aceptables el mismo se prolongue, no pareciera lógico ni oportuno el que lo mismo suceda ante la Sala de Casación, en donde el caso ya ha sido objeto de amplio análisis, debate y prueba. Por el contrario, considero que en una fase de revisión de lo actuado de la envergadura de casación, situada en la cúspide de la administración de justicia, el procedimiento debiera ser simplificado, y las solemnidades atenuadas de tal forma que las partes en el menor tiempo posible, pudieran saber del resultado de sus gestiones. "Es la manía de litigar —dice una frase citada por Ihering— el puro amor al embrollo, el deseo ardiente e irresistible de hacer daño al contrario"; el rechazo de la misma es de obligado recibo.[4]

Considero muy grave el hecho de que las partes después de haber debatido ampliamente sus argumentos ante un tribunal (o más), y/o hayan hecho uso de este complicado servicio público con todos los costos de la Corte por el solo hecho de tener que prolongar más el litigio ante las salas de más envergadura en el país. Significa esto en muchos casos de espera y mucho dinero involucrado a manera de salarios, útiles de oficina, papelería, esfuerzo y tiempo de muchas personas. Es por ello el que considero urgente el que tal situación se estudie con seriedad. con el fin de buscarle una pronta solución integral.

4. *Algunas formas concretas de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar fuera de la Corte sus diferencias*

Tanto de las contestaciones a la encuesta como de los resultados de ciertas entrevistas e investigaciones que hice en el área metropolitana de San José, puede concluir en la existencia de ciertas formas específicas que utilizan los ciudadanos, con el objeto de evitar a los tribunales de justicia. Los mecanismos que citaré no pretendo decir que sean los únicos ya que siendo el Derecho una ciencia social por excelencia, implica la puesta en práctica de una inmensa amalgama de acciones humanas producto de la necesaria interacción social. "Vivir es cabalmente —dice el ilustre maestro *Recasens Siches,*— estar preocupados en algo, preocupados, vivir es tenerlo planteado constantemente el problema de uno mismo con el mundo que lo rodea y es tener que irlo resolviendo en cada momento".[5]

Por otro lado, formas de conciliación que pudieren estar en boga tiempo atrás, se pueden haber visto modificadas o puestas en desuso por los inevitables cambios socioeconómicos del país, así como por la ingerencia de la tecnología y los medios de comunicación. Con el cambio de los sistemas de producción y las formas comerciales o de las relaciones familiares, se modifican también los mecanismos de arreglo de los problemas que surgen entre los particulares. Los medios conciliatorios que citaré son entonces algunos de los que existen y que juzgué importantes para este trabajo:

a) La solución del conflicto en forma directa entre los individuos involucrados; (solución directa sin intermediario).
b) El acudir una o ambas partes a los servicios de un abogado, para que éste busque la solución al problema (solución mediante profesional-abogado).
c) La solución que se da mediante arbitraje de tercera persona que no es funcionario judicial; (solución mediante arbitro).
d) El aceptar el arreglo que propone la Gerencia General, o los departamentos de cobranza o de crédito de las empresas privadas o públicas; (solución mediante profesional no abogado).
e) El aceptar el arreglo que propone un Juez (solución mediante magistrado).

f) Acudir a la intervención de un amigo común a las partes (solución mediante amigo).

Analicemos un poco más en detalle tales formas. La primera de ellas, sea la que denomino de "solución directa sin intermediario" es la que más frecuentemente se da en nuestro medio, tanto urbano como rural. En cierta medida, podría tenerse como una "aplicación armoniosa" del derecho antes analizado, por cuanto si bien ha habido una violación de un contrato o el incumplimiento de una obligación en general, las partes en forma expontánea y sin acudir al concurso de otra persona, deciden voluntariamente solucionar su diferendo.

Dentro del Derecho de Familia tiene una amplia acogida este mecanismo de solución de conflictos, especialmente, aquellos que se dan entre los cónyuges o entre éstos y sus hijos. También se presenta mucho en el campo de las relaciones comerciales o en el de las laborales.

Para este trabajo, tal como lo dije al inicio del mismo, efectué ciertas entrevistas o conversaciones con funcionarios y empleados de un ente público, habiendo la mayoría de esas personas manifestado una especial predilección por esta forma. Varias razones se me dieron para justificar su utilización, sobresaliendo la de que entre dos personas adultas y educadas, toda desaveniencia puede ser zanjeada o de que "lo cortés no quita lo valiente". Asimismo se esgrimió en varias oportunidades el argumento del costo del proceso y el tiempo que él involucra.

Al preguntárseles a esas personas qué medio de comunicación habían usado o usarían para hacer el contacto, pude observar que en la mayoría de los casos se mencionó el teléfono. Esto me lleva a concluir que la posibilidad de que se efectúen más arreglos extrajudiciales en forma directa, está en relación directa, con las innovaciones en las comunicaciones en una determinada comunidad. En Costa Rica por ejemplo, en 1970 habían 35.706 teléfonos instalados siendo ese número de 132.694 diez años después.[6]

La segunda forma señalada, implica el acudir antes a un abogado (o bien ante los abogados de las partes involucradas), para que sea éste profesional, el que busque alternativas de solución al conflicto. Este es un mecanismo también bastante usado

en nuestro medio, no sólo porque los ciudadanos lo propicien, sino porque también los mismos abogados tienen la tendencia a buscarle esta solución antes de proceder a presentar el caso a los tribunales.

Esta postura resultó confirmada en la encuesta hecha a esos profesionales entrevistados. Tenemos aquí que en realidad el abogado (o abogados), realizan una labor similar a la del juez ya que oyendo los hechos expuestos por las partes, e incluso en cierta medida probados por ellas, aplican el Derecho, buscando en la legislación disposiciones que se ajusten a la solución quasi-sentencia) que plantea. Se trata de una aplicación bastante silogística de la norma quizás, pero sin embargo, real y concreta en cuanto al problema que resuelva.

Sobre este tipo de aplicación silogística dice *Diez-Picazo:*

> "La doctrina más reciente ha puesto de relieve, sin embargo, que la operación jurídica o judicial no es tan sencilla como a primera vista parece. Ante todo, porque muchas veces no es una operación puramente lógica, y porque, en cuanto operación lógica, reviste una complejidad mucho mayor que la que la doctrina tradicional suponía".[7]

En realidad, sería difícil el exigir a un abogado que interviene en la solución de una diferencia, el que aplique criterios o formas científicas de aplicación del derecho, tal como lo hace el magistrado; sin embargo sí es importante desde el punto de vista práctico de los posibles efectos de esa solución y de su viabilidad, el que dicho profesional actúe con serenidad, disciplina y profesionalismo.

Una diferencia notable entre la forma directa y ésta, es que en la mayoría de los casos, la intervención de un abogado culmina con un arreglo que se hace en documento público o privado. La variedad de contenidos de estos arreglos por escrito es inmensa y van desde la firma de un vale o pagaré satisfaciendo una deuda no documentada, hasta la estructuración de complicados contratos.

Razones de relevancia que fundamentan este mecanismo, son la seriedad y formalidad que el abogado le da al arreglo, así como el agotamiento previo de la conciliación directa. Lógicamente también se citan como argumentos el del tedio de un proceso largo y los costos que él conlleva.

Una tercera forma analizada para los efectos de este trabajo, es la de la utilización en las contrataciones, de una tercera persona que no es parte de la administración de justicia, es decir no es juez. Este tipo de mecanismo he observado que se utiliza mucho en los contratos de construcción de una obra o bien en ciertos convenios de servicios técnicos o especializados. En el texto del contrato se incluye una cláusula específica que señala el procedimiento a seguirse para casos de conflicto o discrepancia entre las partes, así como la designación de la persona mediadora. Pocas veces es ta persona es un abogado, ya que en tratándose de materias muy técnicas, resulta más lógico la elección de otro tipo de profesional. En el fondo, la tarea de este "mediador" se circunscribirá a decir por ejemplo si hubo o no falla estructural; o si el hormigón tiene la contración de mezcla adecuada para soportar el peso de la edificación, etc.

De las investigaciones hechas y de mi experiencia como abogado, he observado que en muchos de estos casos, antes de proceder judicialmente, las partes pasan por la antesala del arreglo directo o del arreglo mediante abogado.

Una cuarta alternativa muy usada en nuestro medio es la de la mediación o intervención de las secciones o departamentos de crédito y cobranza de las empresas privadas y en algunos casos de las públicas, para buscarle solución a un conflicto.

La extensa utilización de esta forma pude apreciarla como resultado de las entrevistas y conversaciones que tuve con funcionarios y empleados de una entidad estatal, sin menoscabo de la propia experiencia profesional. Día con día son más variados los arreglos que se efectúen en las salas u oficinas de este tipo de departamentos, quienes cuentan con personal especializado con cobranzas, crditos, contaduría y abogacía. En algunos casos, tales oficinas son vitales dentro de la organización general de la empresa, ya que por lo amplio del crédito que se otorga a los clientes que adquieren sus productos, la rapidez de la recuperación dependerán de la eficiencia de estas secciones. Por esta razón, cuando un cliente entra en mora en sus pagos, si bien la empresa comercial tiene facultades para establecer juicio ante los tribunales, en la gran mayoría de los casos, prefiere gestionar un arreglo "informal" con esa persona.

En algunas compañías, se ha llegado incluso a preparar una fórmula o documento de arreglo, en la cual el interesado propone

al departamento de cobro una determinada solución la cual es estudiada por los técnicos para su aprobación, rechazo o sugerencia de otra alternativa. Esta situación particular se da también en oficinas públicas, como es el caso de la Oficina de Cobros de la Dirección General de Tributación Directa, la cual día a día resuelve decenas de casos evitando así el pase a los Tribunales.

Por la naturaleza de las transacciones de índole comercial o civil, este tipo de fórmulas no tiene cabida en el derecho de familia. Sin embargo en otros países el consultorio de "Consejeros matrimoniales de familia", se convierte en cierta medida en una antesala para la solución de conflictos conyugales.

La intervención de un juez que propone una solución al conflicto, es otra fórmula informal utilizada en nuestro medio. Sin embargo su aplicación en la práctica se circunscribe al procedimiento de conciliación que se da obligadamente en los juicios laborales, tal como se analizó en la parte "A" de este trabajo. Es importante recalcar el hecho de que la mayoría de los abogados entrevistados mediante, la encuesta, inclinó por ampliar este mecanismo, a otros procedimientos.

Esta alternativa bien podría tener cabida dentro del procedimiento civil ordinario, sobre todo en los juicios ordinarios en donde se debaten intereses y derechos de muy variada índole. En igual forma, podría establecerse dentro del procedimiento del Derecho de Familia, el cual ofrece amplio margen para la creación de tribunales interdisciplinarios formados por abogados, sociólogos, sicólogos y trabajadores sociales.

Una última forma expuesta en este trabajo, es la común en la que una tercera persona por lo general amiga de las partes en conflicto, media o interviene para solucionar el mismo. Este tipo de mecanismo informal se da mucho en los problemas de índole conyugal o matrimonial, así como en los comerciales y civiles.

La intervención de esa tercera persona o amigo común fundase en consideraciones más de tipo sentimental o de amistad que en cuestiones técnicas legales o mercantiles. Es ésta una diferencia marcada con las otras formas analizadas. Generalmente se recurre a personas no sólo por amistad sino por vínculos familiares con las partes desavenidas. La visita a cada una de ellas; la llamada telefónica o el encuentro "casual" en algún otro sitio

de trabajo o esparcimiento, son medios comunes en este tipo de intervención informal.

Si el mediador logra cierto tipo de arreglo, por lo general no estará en la posición de redactar documento alguno ya que su labor es la de buscar una fórmula conciliatoria que una vez aceptada se cristaliza ante otra persona que generalmente es un abogado.

5. *Conclusiones:*

Resulta sumamente interesante desde el punto de vista de la aplicación real del derecho por parte de los particulares, el analizar ciertas formas de tipo "informal", sin cuya existencia probablemente, los tribunales estarían más atiborrados de litigios, la justicia quizás sería más lenta y la paz social estaría más amenazada. La aparición de todos estos mecanismos analizados en esta investigación es el producto de la interacción social; del cotidiano quehacer humano que con su inventiva y su anhelo de paz y armonía, acude a alternativas pragmáticas para la solución de los problemas. Es esto lo que algunos autores llaman "derecho viviente", costumbres con relevancia jurídica", o "jus vivens". "La costumbre jurídica, según opinión de José Castillo Farreras . . . actúan paralelamente a la ley. En tanto que la ley debe ser y es en la mayor parte de su ámbito territorial, el derecho consuetudinario no oficial . . . debe ser y es sólo en ciertos islotes a donde la ley no llega sino únicamente en ese su aspecto atenuado, imperceptible y etéreo de deber ser formal, sin ser". (subrayado es del autor).[8]

Es tan amplio el ámbito de operación de tales mecanismos en Costa Rica, que la propia Constitución Política los limita, sólo en el tanto en que vayan en contra de la moral, el orden público o perjudiquen a un tercero.

Por ello, las formas aquí expuestas no pueden tenerse sino como ejemplos relevantes de ellas en nuestro medio, sin menoscabo de otras que actualmente son utilizadas o que en el futuro se desarrollarán.

Las diferentes alternativas analizadas, así como las razones que las justifican creo que nos muestran una serie de ventajas y puntos de vista negativos que paso a detallar.

Como puntos de vista positivos de esos mecanismos, considero los siguientes:

a) Los mismos permiten que el orden jurídico adquiera mayor vigencia y positividad;

b) Representan una amplia colaboración de los particulares con el rol esencial de la administración de justicia;

c) Significa una aplicación práctica y eficaz de ese ordenamiento por parte de los ciudadanos; y

d) Fortalecen los fines de seguridad, paz y armonía sociales que busca el sistema jurídico.

La trascendencia de estas ventajas desde el punto de vista jurídico y social es a mi juicio enorme. Significan las mismas un aporte valioso de los ciudadanos al mantenimiento del orden jurídico y de la armonía general. Por otro lado, la misma administración de justicia se beneficia grandemente con dichos mecanismos ya que ellos permiten que, muchos de esos conflictos sean eficazmente solucionados. De no existir los mismos, esas desaveniencias tendrán obligadamente que dilucidarse ante los tribunales de justicia, lo que causaría problemas de atiborramiento, aumentaría los costos de esa administración que probablemente se haría más lenta y afectaría la seguridad de las relaciones sociales.

El mismo sistema jurídico resulta robustecido con la existencia de estas alternativas "informales" ya que las mismas significan conductas individuales o sociales de las personas, que buscan un acomodamiento o concordancia con los contenidos y los fines de las normas. Resulta pues tal situación en una mayor vigencia y positividad de todo el ordenamiento.

Estamos frente a una administración de justicia "sui-géneris" producto de una serie de prácticas sociales, económicas y culturales, que en definitiva coadyuvan con los fines básicos del ordenamiento.

> "En esta observancia habitual y sin conflicto de lo que el derecho dispone, reside precisamente su fuerza y su eficacia. Concierne insistir en este extremo porque por razones muy explicables, la atención de los juristas e incluso de los profanos se fija más en el otro aspecto de la aplicación del Derecho.[9]

Insisto en mi criterio de que si bien el cumplimiento normal armonioso de las normas por parte de los particulares, le da eficacia y positividad, también la utilización de formas conciliatorias entre ellos, cuando ha habido un conflicto, produce tales beneficios típicos del mundo jurídico. La existencia de tales mecanismos de armonización de interés en conflicto, tienen no sólo un significado extrictamente legal, representan una serie de actitudes que calan en lo profundo del ser humano y que son manifestación sin duda alguna, del grado de madurez general de un pueblo. De allí que a mi juicio, entre mayor sea el número, formas y situaciones conciliatorias que se practiquen efectivamente en una comunidad, mayor también será el bagaje cultural y su desarrollo.

Las formas de solución de conflictos investigadas en este trabajo pueden presentar ciertos inconvenientes. En algunos de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar sus problemas fuera de los tribunales podría argüirse que la intervención de personas ajenas a la Ciencia del Derecho, o a las funciones especializadas de la administración de justicia, puede causar perjuicios a las partes involucradas. La carencia de profesionalismo en el campo jurídico por parte de esos mediadores podría empeorar en ciertos casos el conflicto existente. Este argumento si bien no lo puede comprobar directamente en la experiencia diaria, si afloró de algunas de las conversaciones que sostuve con abogados entrevistados.

La crítica es entendible en la medida que las negociaciones que los particulares y sus mediadores legos en el Derecho entablan no tienen por objeto la aplicación precisa de normas jurídicas o la confección de contratos o convenciones sino la de armonizar intereses en conflicto, precisamente para evitar la confrontación dentro de un tribunal de justicia. Se trata de arreglos en los que ambas partes desavenidas ceden en algo de sus pretensiones a fin de finiquitar el problema. En ese "toma y daca" propio de estas mediaciones, una parte que pretendía se le pusiera en posesión de por ejemplo un tractor por el cual pagó puede aceptar la devolución del precio sin intereses con tal de normalizar el asunto. Incluso esa parte en muchos casos preferirá asumir los gastos que haya incurrido hasta la fecha, producto de sus gestiones de recuperar la cosa objeto del contrato, tales como transporte, viáticos,

honorarios, etc. La forma como se llegue al arreglo en estos casos presenta cuadros muy variados y si bien, no representa una expresa aplicación de códigos o de normas jurídicas, si tiene correspondencia con el ordenamiento jurídico, a que en definitiva sirve de marco general para estos arreglos informales.

La médula de esta crítica que puede hacérsele a este tipo de mecanismos analizados, estriba entonces en los perjuicios que esos mediadores no profesionales en Derecho, pueden causar con su intervención. Los abogados somos conocedores en una forma u otra de conflictos que llegan a nuestro conocimiento, una vez que los interesados han tratado de arreglarlos por sí mismos o con la mediación de algún familiar o amigo y que precisamente por su impericia, los han complicado más, a tal punto que la intervención del mismo litigante no queda sino limitada a la presentación del caso ante los tribunales. Sin embargo creo que afortunadamente esa no es una regla general y que por el contrario, tales formas de conciliación producen frutos positivos y valiosos para el ordenamiento jurídico y la comunidad en general.

6.—*Notas*

1 *Latorre, Angel.* Introducción al Derecho. Ariel. Barcelona, 1971, pgs. 83-85.

2 *Diez Picazo Luis.* Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Ariel. 1973, p. 208.

3 *Hirsch-Weber Wolfgang.* La Política como Conflicto de Intereses. Ed. Tecnos. Madrid 1972, p. 206.

4 *Ihering Rudolf.* La lucha por el Derecho. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1974, p. 21.

5 *Recasens Siches Luis.* Introducción al Derecho. Ed. Porrúa, México 1970, pgs. 17-18.

6 Información obtenida del Depto. de Teléfonos Públicos del Instituto Costarricense de Electricidad. Agosto de 1980.

7 *Diez Picazo,* op. cit., p. 210.

8 *Castillo Farreras José.* Las Costumbres y el Derecho. Edit. Sep. Setentas, México, 1973, p. 88.

9 *Latorre Angel,* op. cit., p. 86.

EL NUEVO DERECHO DEL MAR*

Dr. Gonzalo J. Facio

* Conferencia dictada en la Universidad Nacional, Heredia, el 12 de noviembre de 1980.

Introducción:

La humanidad ha conocido el mar como su medio obvio de comunicación, sin apenas atreverse a considerar el bienestar que pudiera encerrarse bajo las quillas de sus barcos. El mar sólo ha representado el camino de acceso a las riquezas de otros países y, en mínima parte, un medio de abastecimiento para las necesidades alimenticias.

La tecnología moderna pareciera haber disminuido la utilidad de los mares, en cuanto a vías de comunicación. Pero en cambio, nos está señalando ahora posibilidades que esperan hoy al género humano bajo las ondas marinas.

Aquello que El Dorado significara para sus buscadores, palidece ante las posibilidades que encierra, no ya un país de leyenda, sino una realidad técnicamente asequible: la del fondo de los océanos.

Por cada metro de tierra que pisamos, existen todavía dos metros más, aún no conquistados, a nuestra disposición, en el fondo de los mares que cubren las dos terceras partes de nuestro planeta. Y, si con sólo la tercera parte de esa superficie, no nos cansamos de admirar y explotar sus riquezas; ¿cómo sería, si dispusiéramos de esas reservas aún vírgenes, que se ocultan en montañas submarinas, mucho más elevadas que el Everest, y en depresiones capaces de contener varias veces el Gran Cañón del Colorado o a cuencas tan enormes como la del Amazonas?

Si la tecnología pareciera señalarnos las estrellas como esperanza del futuro, no menos nos está urgiendo a mirar hacia las enormes riquezas y posibilidades, que esperan ya al género humano, con más prometedoras esperanzas que las que hubieran podido concebir legítimamente los descubridores de las tierras firmes.

Esto se refiere no sólo a las ya conocidas posibilidades de explotación de las fuentes de energías en forma de hidrocarburos, sino también al poder disponer de inconcebibles reservas de los más diversos minerales; y, lo que pudiera ser aún más importante

para el destino de la especie humana, nos brinda el acceso a nuestras fuentes de riqueza alimenticia, decisivas en esta hora de lucha por la supervivencia contra la aniquilación por el hambre.

Minerales:

Respecto a las riquezas minerales que nos aguardan en el fondo de los océanos, algo nos indican los datos sobre su contenido de manganeso. Este material absolutamente indispensable para la elaboración de aceros y aleaciones, aparece en el fondo de los mares en forma de pequeñas bolas o "nódulos", mezclado con níquel, cobalto, circonio y otros minerales preciosos para nuestra civilización, que cubre el suelo submarino. Según estimaciones muy conservadoras, solamente el Pacífico nos ofrece ya más de 1.5 trillones de toneladas de estas pepitas, que las lluvias y ríos han ido depositando en el fondo de los mares. A diferencia de los hidrocarburos, dichos concentrados o nódulos se están formando continuamente, en razón de unos 10 millones de toneladas adicionales por año. Y estamos considerando sólo la región del Océano Pacífico, sin tener en cuenta otros mares. La explotación de dichas reservas sería ya posible para los años 1980 en adelante.

Hierro, carbón, azufre, lo mismo que oro, diamantes, piedras preciosas, son ya objeto de explotación en los lechos marinos por los que la mitología pusiera a divagar a Neptuno.

Energía:

La importancia de tal explotación crece continuamente. 20% de la producción mundial de petróleos y 7% de la de gas son obtenidas de yacimientos submarinos. Se profetiza que llegará a superar la producción de tierra firme: ¡en menos de 10 años!

Otras formas de energía, ínsitas en las temperaturas y corrientes oceánicas, prometen increíbles oportunidades al género humano. Francia ha estado explotando estas energías y experimentado con ellas desde hace muchas décadas en la obtención de electricidad.

Alimentación:

Por otro lado, al presente, suplen los mares el 13% del requerimiento mundial en proteínas animales. Según cálculos conservadores, el mar podría alimentar a más de 1.500 millones de personas, casi la mitad de la población mundial; y esto, aún en caso de que se llegara a la extinción de las especies habitualmente preferidas.

Por eso la "aquacultura", agricultura submarina en el aspecto de cría animal, está tomando cada vez más importancia. Y el cultivo del plankton o pasto submarino ofrece increíbles oportunidades, para obtener sustancias ricas en proteínas y de alimento a las especies marinas.

Estos son brevemente los capítulos que otorgan su importancia y actualidad al mar: la cantidad y la variedad de oportunidades de aumentar el bienestar humano. Y no menos aun, por ser todavía un patrimonio no expoliado a la humanidad.

De este patrimonio de la humanidad, de su conservación y de la participación justa de todos en él, y no sólo de unos cuantos países privilegiados, es de lo que se ha estado tratando en los diversos períodos de sesiones de la III Conferencia sobre Derechos del Mar.

Mis palabras en nombre de Latinoamérica:

Por medio de la resolución 2750 (XXV) de 17 de diciembre de 1970, la Asamblea General de Naciones Unidas convocó a la III Conferencia sobre el Derecho del Mar para el año 1973, y se ordenó proceder a sus preparativos.

Posteriormente la Asamblea General previó la celebración de tres períodos de sesiones de la III Conferencia. El primero, a celebrarse en New York, trataría asuntos procesales, el II, a celebrarse en Caracas, sería el principal, pues se trataría allí de las grandes cuestiones de fondo del Nuevo Derecho del Mar, y el III o posteriores períodos, tendrían la tarea de elaborar y aprobar una nueva Convención que codificara todas las cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar y los problemas del espacio oceánico.

Durante el primer período de sesiones de la III Conferencia, celebrado en la sede principal de Naciones Unidas, diciembre de 1973 y enero de 1974, se aprobó el programa de la Conferencia.

El II período de sesiones, donde en realidad se forjaron las bases de lo que habrá de ser la gran Convención del Nuevo De-

recho del Mar, se celebró en Caracas, del 20 de junio al 29 de agosto de 1974.

Me correspondió asistir a esa Conferencia con un doble papel: el de Canciller de Costa Rica y Presidente de la delegación de nuestro país, y el de Presidente del Grupo Latinoamericano de la Conferencia.

En esta última calidad me correspondió hablar en la sesión inaugural en nombre de todos los jefes de delegación de países de la América Latina. Resumiré en la siguiente forma el discurso que pronuncié en esa memorable ocasión:

Señor Presidente:

Me honro en traer la voz de la América Latina a esta magna Asamblea Internacional.

Reconocemos que la "Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", tiene ante sí la dificilísima tarea de reconciliar los intereses contrapuestos de muchos de los Estados participantes. Ello exige de todos una actitud flexible, abierta al compromiso. Latinoamérica entra a estas negociaciones con el afán de lograr un gran acuerdo. Para ello está dispuesta a tomar en cuenta, no sólo los intereses nacionales de cada uno de los Estados de la región, sino que también los intereses de la humanidad considerada en su conjunto.

Las tierras emergidas del Planeta han sido ya todas descubiertas, o por lo menos demarcadas dentro de fronteras nacionales. Pero ahora estamos en el umbral de una nueva era, ya que los adelantos científicos le abren a la humanidad los únicos territorios que no han sido conquistados: los de los fondos marinos y oceánicos, cuya extensión es más de dos veces superior a la de la superficie terrestre.

Esos nuevos territorios y las aguas que los cubren encierran riquezas biológicas y minerales indispensables para la supervivencia de la población humana, cuyo crecimiento acelerado desborda ya la tierra firme.

El gran reto que se le plantea a esta Conferencia es el de lograr que no se repita respecto a los mares, el establecimiento de sistemas coloniales semejantes a los que las grandes potencias de la época pusieron en práctica para explotar, en su beneficio, las tierras que entonces sometieron a su dominio.

En síntesis, la gran tarea que tenemos por delante es la de formular, para el mar, el sistema de justicia social internacional que no hemos podido adoptar en el espacio terrestre.

Señor Presidente:

En una hora amarga, al final de su gloriosa vida, Simón Bolívar expresó su máximo desaliento en esta frase: *"He arado en el mar".*

Hago votos porque en la misma ciudad de Caracas que vio nacer al gran Libertador, esa frase de desilusión se trueque en expresión de aliento y esperanza. Porque si en esta Conferencia, reunida auspiciosamente en la cuna de Bolívar, logramos forjar las bases del nuevo Derecho que regirá los mares, si aquí convenimos los principios que habrán de fundamentar un derecho internacional justo para los océanos, entonces podremos proclamar, como máxima expresión de optimismo y de fe en el futuro de la humanidad, *que hemos arado en el mar.*

La revisión del derecho marítimo:

En su obra "El Nuevo Derecho del Mar", afirma el eminente internacionalista Dr. Alfredo Vázquez Carrizosa, ex Canciller de Colombia:

"El Derecho marítimo tradicional fue apenas una secuela del colonialismo. Del propio modo que el sistema económico vigente suscitó la especialización desigual de los países de Europa en las manufacturas y de los países periféricos en los cultivos tropicales y las faenas duras de la extracción minera.

"El ocaso del derecho marítimo tradicional coincide con el de la política imperial del Viejo Continente. Hasta 1914, y aún 1939, el colonialismo tenía validez en el mundo por la fuerza de los hechos. Después de 1945 ha surgido un nuevo orden político y económico internacional con caracteres definitivos y la emancipación de las naciones de Africa y Asia es una circunstancia histórica inmodificable,

que añade a la postura independiente de América Latina en los foros internacionales". (Op cit. pg. VIII y IX del Prólogo).

Y así ha sucedido, en efecto. Ya en 1930 era imposible sostener el principio de las tres millas de anchura del mar territorial, tan grato a las potencias navales, y esta imposibilidad se hizo patente en los trabajos y conclusiones de la Conferencia de La Haya, convocada ese año por la Sociedad de las Naciones.

La primera revisión a fondo del derecho marítimo tradicional se inició en las dos conferencias de las Naciones Unidas, celebradas en Ginebra en 1958, y en 1960. En la primera de estas Conferencias se adoptaron importantes normas sobre: a) El Mar Territorial y la Zona Contigua; b) La Plataforma Continental; c) La pesca y la conservación de las especies vivas de Alta Mar; y d) El régimen jurídico de alta mar, fundado en cuatro libertades: la de navegación, la de pesca, la de sobrevuelo y la de tender cables y tubería submarinas.

No pasó mucho tiempo sin que se pusiera en evidencia las limitaciones de estos grandes acuerdos de Ginebra. No se llegó a determinar la anchura del mar territorial, lo que dejaba de lado todo el problema práctico y efectivo del dominio marítimo; no se acordó claramente la línea de equidistancia como medida única de la plataforma continental; ni se aprobó explícitamente la obligación de los Estados de recurrir a los procedimientos jurídicos de arbitraje o de recurso ante la Corte Internacional de Justicia para dirimir las diferencias sobre aplicación de las normas convencionales.

Las dos resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1970, como ya lo señalé antes, determinaron, por una parte la Celebración de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que aún no ha terminado, y la adopción del gran principio de que los fondos marinos y oceánicos situados fuera de la jurisdicción de los Estados ribereños, son patrimonio común de la humanidad. De ese año en adelante se han proseguido los trabajos de la Conferencia en sus diferentes períodos de sesiones. Pero todo indica que, pese a los muchos desacuerdos todavía insolubles, la Conferencia adoptará como norma universal estos dos temas centrales:

a) La reivindicación de las 200 millas como zona económica exclusiva de los Estados ribereños para la explotación y exploración de las riquezas marinas y submarinas; y

b) Los límites y el régimen de administración de los fondos marinos y oceánicos, como patrimonio común de la humanidad".

Las proclamas del Presidente Truman en 1945

Afirma don Alfredo Vázquez de Carrizosa, en su obra antes citada, que:

"El nuevo derecho del mar aparece en 1945 en dos medidas dictadas por el Presidente Harry S. Truman el 28 de setiembre de dicho año, sobre 'los recursos naturales del subsuelo y del lecho de la plataforma continental' (Presidential proclamation Nº 2667) y 'la pesca costanera en ciertas áreas de alta mar' (Presidential proclamation Nº 2668).

"Hasta entonces, la reivindicación del lecho y del subsuelo de la plataforma continental o submarina no había sido objeto de ninguna reglamentación internacional. Con aquellas dos proclamaciones, el derecho del mar adquiere una segunda dimensión, y en lo sucesivo no solamente se estudiarán los problemas clásicos de la superficie de las aguas, ... sino cuestiones más complejas de las áreas sumergidas". (Op. cit. págs. 41 y 42).

Las consecuencias jurídicas de estas proclamaciones por parte de la primera potencia mundial, no se hicieron esperar. Estimuladas por ellas, otros Estados dictaron sus normas sobre la plataforma continental, y luego pasaron a ocuparse del problema de las pesquerías, de la anchura del mar territorial y de la zona exclusiva. Se entró en un período de declaraciones unilaterales, que, aun cuando creó gran confusión momentánea, fue sentando las bases del Nuevo Derecho del Mar.

Declaración tripartita de Santiago del 18 de agosto de 1952

Quizá la más importante de estas declaraciones fue la que suscribieron en Santiago de Chile, el 18 de agosto de 1952, las tres naciones sudamericanas con costas al Océano Pacífico Sur: Ecuador, Perú y Chile.

Por primera vez se consagró en forma permanente el derecho del Estado ribereño al aprovechamiento de las riquezas marinas y submarinas en una extensa zona de 200 millas de ancho.

de esa importante declaración, se derivaron varias consecuencias que habrían de influir determinadamente en la estructuración del Nuevo Derecho del Mar:

a) El establecimiento de una zona marina y submarina que cubre la plataforma y el subsuelo de aquellas, la columna de agua superpuesta y la superficie del mar;
b) La distancia de 200 millas señaladas en la Declaración, lo que constituyó un límite abierto a posteriores ampliaciones;
c) La inclusión en esa zona tanto de las riberas del continente como de las islas;
d) La influencia de factores geológicos y biológicos condicionantes de la fauna y flora marina y de su conservación y explotación;
e) El derecho de paso inocente a favor de las naves de todas las naciones en esa zona.

La reacción de las potencias navales, especialmente de los Estados Unidos, fue muy negativa a esa Declaración. La ofensiva llegó al extremo de que el Congreso norteamericano aprobara la enmienda Hickenlooper-González, sobre suspensión de créditos a los países que no indemnicen a una compañía norteamericana sujeta a una expropiación y a aquellos que impongan sanciones a los barcos pesqueros de ese país, cuando pesquen en la indicada zona de 200 millas.

La objeción principal contra la zona de las 200 millas, aparte de su carácter unilateral, era la imprecisión acerca de su contenido específico, para saber si se trataba de un mar territorial clásico o de una soberanía especial. A este respecto escribió el tratadista Francisco García Amador, en su Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo, publicado en Madrid en 1959:

> "...¿se trata de un mar territorial propiamente dicho, como se ha sostenido, o de una zona contigua para los efectos de pura y simple conservación de la fauna marina, como también se le ha calificado? ¿O se trata más bien de un espacio marítimo de carácter sui generis? Su asimilación o la institución del mar territorial se debe descartar, entre otras razones, porque el propósito expresamente declarado no es el de proyectar la totalidad de las competencias del Estado ribereño, sino el de extender una en particular, para determinados efectos, hasta el límite indicado. El objeto de esta competencia especializada tampoco se limita a la mera "conservación" o protección de la fauna marina, que es lo que caracteriza la "zona contigua" en materia de pesca, porque alcanza igualmente a su uso y aprovechamiento. Respecto de esto último, la declaración proclama la "soberanía y jurisdicción exclusivas" del Estado ribereño. De esta manera, pese a los puntos de contacto que tiene con la noción de otros espacios marítimos y de ahí su carácter sui generis, la zona de las 200 millas cae indudablemente dentro de la categoría de las "zonas de aprovechamiento exclusivo"..." (Op. cit. págs. 202-203).

Pese a las impresiones señaladas, repito que la Declaración de Santiago constituye una de las más importantes contribuciones al Nuevo Derecho del Mar, de la que pueden sentirse orgullosas las naciones de los Estados que la firmaron: Ecuador, Perú y Chile.

Por ese motivo, y por lo que a continuación expondré, pude destacar en la Conferencia de Caracas la contribución latinoamericana a la creación de las principales instituciones del Nuevo Derecho del Mar. En efecto, en el discurso que pronuncié el 28 de julio de 1974 ante la Conferencia, hablando entonces como Jefe de la Delegación de Costa Rica, dije lo siguiente:

Los aportes de Latinoamérica al Nuevo Derecho del Mar

Los Estados Latinoamericanos han sido pioneros en la evolución del pensamiento jurídico internacional sobre el régimen de los mares. Además de la Declaración de Santiago de 1972, la resolución LXXXIV de la Décima Conferencia Internacional Interamericana, reunida en esta misma ciudad de Caracas en 1954, sirvió de antecedente a la Resolución de México, aprobada en 1956 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en donde se estableció que "la extensión de tres millas para delimitar el mar territorial es insuficiente y no constituye una norma general de Derecho Internacional".

En la Conferencia Especializada Interamericana, reunida ese mismo año en la capital dominicana, se definió la Plataforma Continental en términos semejantes a los que incluiría la respectiva Convención de Ginebra de 1958.

Las Declaraciones de Montevideo y de Lima, adoptadas ambas durante el año 1970 por un importante grupo de países Latinoamericanos, predominantemente de la América del Sur, avanzaron notablemente la tesis de la necesidad de ampliar la jurisdicción del Estado ribereño sobre el mar adyacente. En ellas se especificó con precisión el interés económico del Estado ribereño de "disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas y del suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar el nivel de vida de sus pueblos". Ambas declaraciones fueron muy explícitas en señalar "el nexo geográfico, económico y social entre el mar, la tierra y el hombre que la habita, del que resulta una legítima prioridad en favor de las poblaciones ribereñas para el aprovechamiento de los recursos naturales que les ofrece el medio ambiente". Las dos declaraciones señalaron las 200 millas como anchura máxima de esta zona marítima-económica, a la que extendieron el nombre de "mar territorial".

Diez de los quince plenipotenciarios que concurrimos a la "Conferencia Especializada de los Países del Caribe para los Problemas del Mar", celebrada en la República Dominicana en junio de 1972, firmamos la "Declaración de Santo Domingo", que constituye, indudablemente, un gran paso en el proceso evolutivo del derecho del mar.

Aun cuando en dicha Declaración se hace una diferencia, que yo como Jefe de la Delegación de Costa Rica juzgué necesaria, entre el Mar Territorial propiamente dicho y la zona de jurisdicción económica que allí denominamos "Mar Patrimonial", es lo cierto que, en su conjunto, las Declaraciones de Montevideo, Lima y Santo Domingo unificaron el pensamiento de la gran mayoría de los Estados Latinoamericanos en cuanto a la necesidad de establecer en el espacio oceánico, dos zonas fundamentales: una, sometida a la jurisdicción de los Estados ribereños con una extensión no superior a las 200 millas, y otra sujeta a la autoridad de la comunidad internacional.

Defensa de las 200 millas de jurisdicción económica

La tesis de las 200 millas nació en la América Latina como producto de sus necesidades económicas. En una región donde el índice de la natalidad excede al 3% anual, comparado con el del 1.5% de los países industrializados, se ha sentido el imperativo de utilizar al máximo sus recursos naturales, muy especialmente los ictiológicos, que existen frente a sus costas, de los cuales cada día dependen más sus habitantes para vivir y desarrollarse.

La desnutrición es causa y efecto del atraso social. Desnutrición y subdesarrollo son los expresiones paralelas de un mismo fenómeno social. Para combatirla, los Estados ribereños tienen que aprovechar al máximo, con preferencia a cualquier otro Estado, las riquezas de sus aguas litorales.

Si las potencias industriales en realidad desean cooperar al desarrollo de los países pobres, deben comenzar por no oponerse a que éstos exploten sus propias riquezas, especialmente las que necesitan para combatir la desnutrición. Y deben también abstenerse de apoyar actividades de empresas privadas —como las que realizan las corporaciones dueñas de las grandes flotas pesqueras— que pueden conducir al agotamiento de esos recursos naturales.

La jurisdicción hasta las 200 millas sobre las riquezas de las aguas litorales y sus respectivos lechos, es indispensable para conservar y reglamentar el uso de los recursos vivos y minerales, impidiendo así que una explotación foránea abusiva, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de tales riquezas en perjuicio de nuestros pueblos.

La libertad de navegación:

Aparentemente, la objeción más poderosa que se hace a la tesis de las 200 millas, es la de que traería como consecuencia el cierre de enormes extensiones marinas a la libre navegación. Tal objeción sería válida si, en realidad, todos los países que propugnan las 200 millas, pretendieran ejercer sobre ellas los plenos atributos de la soberanía territorial, sin hacer concesiones al libre tránsito de las naves extranjeras por y sobre esta zona marítima, y a la facultad de tener cables y tuberías submarinas.

Pero es lo cierto que aún los países que con más vigor defienden la tesis de un mar territorial de 200 millas, reconocen que

sobre la mayor parte de esa zona podrá ejercese libremente el "jus comunicandis". El problema estriba en que esos países no siempre han señalado hasta qué anchura de lo que llaman su mar territorial permiten sólo el paso inocente, y desde qué parte de esa zona reconocen la absoluta libertad de navegación.

Mar patrimonial y mar territorial

Para obviar este obstáculo, y para no darle el mismo nombre a cosas diferentes, fue que quienes elaboramos y firmamos la Declaración de Santo Domingo, acogimos la tesis de Mar Territorial de 12 millas de ancho, complementado por un *mar patrimonial* de hasta 188 millas de amplitud, que la Declaración definió así:

> "El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en las aguas, en el lecho y en el subsuelo de una zona adyacente al mar territorial, denominada *mar patrimonial*".
>
> "La anchura del mar patrimonial debe ser objeto de acuerdo internacional, preferentemente de ámbito mundial. La suma de esta zona y la del mar territorial, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas, no deberá exceder un total de 200 millas náuticas".
>
> "En el *mar patrimonial* las naves y aeronaves de todos los Estados, con litoral marítimo o sin él, tienen derecho de libre navegación y sobrevuelo, sin otras restricciones que las que pueden resultar del ejercicio, por parte del Estado ribereño, de sus derechos en el mismo mar. Con estas únicas limitaciones, habrá también libertad para tender cables y tuberías submarinas".

En la Conferencia de Santo Domingo quedó, muy claro que no debe confundirse el *mar territorial* —que es la zona del mar adyacente a las costas del Estado que forma parte integrante de su propio territorio, y donde, por lo tanto, el Estado ribereño ejerce todos los atributos de su plena soberanía—, con la zona más amplia, que denominamos *mar patrimonial,* donde el Estado ribereño ejerce una soberanía limitada a la exploración, explotación y conservación de sus recursos marinos, incluyendo los del lecho y el subsuelo, sin que el ejercicio de tal jurisdicción pueda

interferir la libre navegación ni el derecho adicional de tender cables y tuberías submarinas de que goza en la Alta Mar cualquier otro Estado.

El *mar territorial* propiamente dicho, hace parte del territorio nacional, y está justificado por exigencias de conservación y seguridad del Estado ribereño. Sobre esta zona marina se prolonga la vigilancia policial, fiscal, sanitaria y aduanera del territorio del Estado ribereño. En Santo Domingo se consideró que una anchura de 12 millas es suficiente para llenar tales finalidades. Notamos con satisfacción que aun las potencias navales, que durante las Conferencias de Ginebra de 1958 y de 1960 se opusieron a que el mar territorial abarcara más de 3 millas, están hoy dispuestas a aceptar la anchura de las 12 millas, siempre que la nueva extensión del mar territorial no les limite la libertad de navegación sobre y a través de los estrechos, lo que no parece razonable. La III Conferencia del Mar debe buscar todavía una fórmula adecuada para que se cumpla esa condición. Porque no es realista pensar que una potencia naval importante acepte que el movimiento de sus flotas de un punto a otro de la Alta Mar, vaya a quedar sometido a la buena voluntad de los Estados ribereños de los estrechos internacionales con menos de 24 millas de anchura. Quizás la fórmula podría consistir en la celebración de acuerdos específicos que regulen la navegación y el sobrevuelo de cada uno de los estrechos internacionales.

La oposición más recalcitrante a la zona económica de las 200 millas se funda, repito, en el errado criterio de que ella atenta contra la libre navegación. Y el error se ha originado por el hecho de que algunas naciones, pioneras en la conquista del irrenunciable derecho a la explotación racional y conservación de las riquezas de sus mares litorales, usan el mismo nombre de *mar territorial* para designar tanto la zona de prolongación marina de su territorio, como la zona donde sólo necesitan ejercer una jurisdicción sobre los recursos renovables y no renovables del mar y de su suelo, pero no sobre la zona misma.

Debemos insistir en que la zona económica no puede tener en todas partes la misma extensión. Por eso se habla de un *límite máximo* de 200 millas. La extensión total puede aplicarse en los casos en que frente a los litorales se extienden océanos abiertos, como sucede a los Estados Latinoaemricanos del Pacífico y del

Atlántico Sur. Pero tiene que limitarse en forma tal, que no se sobreponga a la zona económica o al territorio mismo de otro Estado, cuando la distancia que los separa sea menor de las 400 millas. Tal es el caso de los Estados ribereños del Caribe, donde sería necesario establecer reglas precisas para la delimitación del mar patrimonial, y aun del mar territorial, de los Estados vecinos.

Cuestiones de pesquería:

Otra de las objeciones que hacen al *mar patrimonial* que en la III Conferencia se ha preferido denominar *zona económica exclusiva,* es la de que, cuando el Estado ribereño carece de la capacidad técnica para explotar el potencial pesquero que allí se encuentre, se dilapidarían recursos que, debidamente explotados por extranjeros, aliviarían la escasez de alimentos proteínicos que sufre el mundo.

Pero esta hipótesis se daría pocas veces en la práctica. Porque el Estado ribereño que no esté en capacidad de capturar las riquezas pesqueras recolectables, siempre podría otorgar concesiones para que la pesca la realicen empresas extranjeras, a condición de que se sujeten a las normas de conservación que fije el Estado costero, y que éste reciba adecuada compensación por la facilidad que otorga. En todo caso, la Convención que aquí se negocie podría establecer la obligación que tiene el Estado ribereño que no tenga capacidad para aprovecharse de todos los recursos ictiológicos de su mar patrimonial, de otorgar concesiones, en condiciones y términos razonables, a pescadores extranjeros.

El concepto de *mar patrimonial* o *zona económica exclusiva,* resuelve la mayoría de las cuestiones relacionadas con las pesquerías. Sin embargo, debe reconocerse cierta jurisdicción al Estado en cuyos ríos desovan las especies anádromas (como el salmón) para regular su pesca fuera de sus aguas patrimoniales. Igualmente, en relación con especies altamente migratorias (como el atún) es necesario realizar acuerdos para su pesca y conservación sea regulada por organismos internacionales o regionales, en los que participen todos los Estados costeros y pesqueros directamente interesados.

Sobre este tema de la diferencia entre el Mar Territorial y el Mar Patrimonial, o Zona Económica Exclusiva, hace el ex Canciller Vázquez Carrizosa las siguientes observaciones:

"Advertimos también la necesidad de distinguir el mar territorial y el mar patrimonial. En muchas partes, las diferencias que han surgido en el Derecho Internacional Marítimo provienen de una errónea utilización del mar territorial para cubrir necesidades de tipo económico de nuestra época, cuando es más adecuado servirlas con la nueva noción del mar patrimonial. Aquél es la zona soberana exclusiva que tradicionalmente se le ha reconocido al Estado costero sobre el mar, el aire y el subsuelo de las aguas. Es una vieja institución del Derecho Internacional, cuyo origen remonta a la Edad Media y que tuvo siempre la explicación de ser lo que *Fradier Fodere* llamaba "la línea defensiva del territorio".

"Esa noción está definitivamente anclada en las costumbres jurídicas de la humanidad, pero con natural respeto hacia los países de América Latina que han adoptado amplias medidas del mar territorial, cabe preguntar si es conveniente que el Estado goce de la facultad ilimitada de señalar la anchura del mar territorial hasta una dimensión que pueda cerrar las vías de comunicación de otros Estados. El juz communicationis de que hablaba *Francisco de Vitoria,* es todavía una necesidad vital de nuestro tiempo, y si se deja en manos del Estado el derecho de fijar cualquier dimensión a su mar territorial o de extenderlo hasta las costas de otro en los golfos o estrechos, estará comprometida la libertad de comunicación en los mares.

"En las dos últimas conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se llegó a un concenso casi universal sobre la anchura máxima de 12 millas marinas para el mar territorial, lo que es de suyo bastante para asegurar en condiciones normales la vigilancia de las costas. Desde luego, con las armas ultramodernas y, valga decir, con los cohetes intercontinentales, han quedado superados los conceptos medioevales, y si los países de menor potencialidad militar se empeñan en decir que el mar territorial se extiende de manera arbitraria, las grandes potencias podrían perfectamente proceder al cierre de los mares, con la simple aplicación del principio del publicista *Van Bynkershoek* cuando proclamó que la soberanía terrestre termina

donde acaba la fuerza de las armas, "Potestas terre finiri ubi finitur armorum vis".

"El mar patrimonial podría tener 200 o más millas, aunque el mar territorial no alcance sino a las 12 de anchura máxima. Los privilegios especiales que allí se reconocían, deben ser objeto de una convención especial que unifique el derecho relativo a la zona contigua y a la plataforma continental. Así llegaríamos a una razonable transacción entre lo viejo y lo nuevo, entre las 12 y las 200 millas a que aspiran algunos países; entre los Estados que sostienen que no puede ampliarse el mar territorial de manera indefinida por medidas unilaterales, y quienes defienden la noción contemporánea del interés económico del Estado aplicado al régimen jurídico del Océano. El punto de unidad sería evitar el cierre de los mares libres.

"A la universalidad de los principios del Derecho del Mar, se añade la necesidad de admitir la regionalidad de las soluciones para cada uno de los mares, particularmente considerados. No es lo mismo el Océano Pacífico, donde las distancias son infinitas, que el Mar del Caribe o el Báltico. Colombia estima necesario un entendimiento de carácter regional en el Caribe que comprenda a todos los Estados que tienen islas o costas continentales, cualquiera que sea su situación nacional. Tan sólo de esta manera podremos resolver las cuestiones específicas que se suscitan en los espacios estrechos del Caribe, donde ningún Estado aisladamente puede trazar sus 200 millas sin invadir las aguas de otros Estados".

La Plataforma Continental

Uno de los éxitos mayores de la Conferencia de Ginebra de 1958 fue el de aprobar la Convención sobre Plataforma Continental, que no sólo dio un único nombre a la prolongación submarina del territorio de los Estados, sino que sentó las reglas muy precisas sobre su dominio y explotación. Sin embargo, la Conferencia no fue tan clara en lo que se refiere a la exacta extensión de la plataforma.

Así, el artículo I de la referida Convención dispuso que:

"Para los efectos de estos artículos, la expresión "Plataforma Continental" designa:

"a) El lecho del mar y el subsuelo de las áreas submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permite la explotación de los recursos naturales de dichas áreas;

b) El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de las islas".

Como se ve, la Conferencia adoptó un doble criterio para definir la extensión de la Plataforma: a) el batimétrico; y b) el de la explotabilidad. Se estimó que el criterio de profundidad sería injusto para los Estados que tienen una Plataforma muy estrecha. Y se agregó el criterio de la explotabilidad bajo el supuesto de que todos los Estados deben tener una zona submarina de explotación. Se quiso así poner en igualdad ante el derecho de los Estados que geográficamente son diferentes, aunque con ello se violentara el concepto geofísico de la Plataforma. Porque si ésta es la parte del territorio del Estado ribereño que está sumergida, pero que geológicamente tiene su misma función, que a su vez es bien diferente de la de los fondos marinos y oceánicos propiamente dichos, la extensión jurídica de la Plataforma no puede ser mayor que su extensión geofísica, que comprende el declive, el talud y la emergencia continentales, y que termina precisamente al borde exterior de la emergencia.

La solución justa para los países de Plataforma estrecha la encontramos en el concepto de *mar patrimonial* o zona económica exclusiva. Porque, si como queda dicho, éste comprende el derecho de conservar, explorar y explotar las riquesas naturales del lecho y subsuelo marinos, así como las de las aguas suprayacentes adjuntas al mar territorial, los Estados sin Plataforma amplia siempre tendrán jurisdicción exclusiva sobre las riquezas que existan en los fondos marinos situados hasta 200 millas de sus costas, tengan o no verdadera Plataforma Continental. Al adoptarse el criterio del Mar Patrimonial, las normas sobre la Plataforma sólo serían aplicables en la parte en que ésta se extendiera más

allá de las 200 millas. Por eso en la "Declaración de Santo Domingo" se afirmó que:

"4.—En la parte de la Plataforma Continental cubierta por el *mar patrimonial* se aplicará el régimen jurídico previsto para dicho mar. En lo que respecta a la parte que exceda al *mar patrimonial* se aplicará el régimen establecido para la Plataforma Continental por el Derecho Internacional".

El concepto científico:

El concepto geomorfológico o científico de la Plataforma por otra parte, nos lleva a reconocer la soberanía del Estado ribereño en toda su extensión, incluyendo el borde exterior de la emergencia continental, que puede encontrarse a más de 200 millas de la costa, y no obstante que su profundidad sobrepase los 200 metros.

En su Resolución de 9 de febrero de 1973, el Comité Jurídico Interamericano acogió ese criterio cuando afirmó:

"12.—La Plataforma Continental comprende el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las *costas hasta el borde exterior de la emersión continental,* límite con la cuenca oceánica o fondos abisales.

Aun cuando la noción de *adyacencia* puede calificar el criterio de explotabilidad como límite de la Plataforma, el mantenimiento de tal criterio puede llegar a restringir, peligrosamente, la tesis de la explotación, en beneficio común de la humanidad, de los fondos marinos y oceánicos situados más allá de la jurisdicción nacional. Porque, conforme avanzan los conocimientos técnicos oceanográficos, más profundamente se pueden explotar los fondos marinos. Y si aceptamos que la Plataforma Continental llega hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita su explotabilidad, resultaría que para las grandes potencias no habría límite para explotarlas, y en consecuencia, podrían ellas conservar como su Plataforma, no sólo la que geomorfológicamente tiene esas características, sino todos los fondos marinos que se extiendan frente a sus costas. Así las cosas, conforme avanzara la técnica de explotación submarina, que sólo poseen las grandes potencias, retrocedería el espacio de los fondos marinos y

oceánicos internacionales, que deben ser patrimonio común de la humanidad.

Es, pues, indispensable que la III Conferencia del Mar establezca en forma más precisa los límites exteriores de la Plataforma Continental, teniendo en cuenta sus características geomorfológicas, y no los criterios variables de la profundidad y la explotabilidad.

En la Conferencia de Caracas, apoyé plenamente la fórmula contenida en el artículo 13 del "Proyecto de Artículos de Tratado" presentado ante el Comité de los Fondos Marinos, por las delegaciones de Colombia, México y Venezuela, que literalmente dice:

"13.—Por Plataforma Continental se entiende:

a) El lecho del mar y el subsuelo de las zonas marinas adyacentes a las costas, pero situada fuera del mar territorial, hasta el borde exterior de la emersión continental que limita con la cuenca oceánica o fondos abisales;

b) El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas a las costas de islas".

Zona internacional y autoridad para administrarla

Está ya universalmente aceptado que, fuera de las zonas sometidas a la jurisdicción de los Estados ribereños, el resto de los mares y océanos, así como sus fondos y subsuelos, deben estar sometidos a jurisdicción de la Comunidad Internacional. Es preciso, entonces, definir cómo habrá de ejercitarse esa competencia. Costa Rica apoya la tesis de quienes sostienen la necesidad de constituir una Autoridad encargada de administrar la zona internacional de los mares, a fin de que sus riquezas sean verdaderamente patrimonio común de la humanidad.

Contaminación e investigación científica

La contaminación del medio marino está amenazando la subsistencia de los recursos vivos del mar y la ruina de las playas. Es por ello indispensable que la III Conferencia llegue a adoptar normas para evitar la agudización de esos fenómenos. Pero tales normas deben señalar requisitos mínimos y máximos de universal aplicación. No deben exigir sino lo absolutamente indispensable

para evitar o contener la contaminación. De lo contrario, los países en desarrollo estarían incapacitados para cumplirlos. Ello le daría una ventaja adicional a las naciones industrializadas, que ya han superado la etapa inicial y compenstoria del desarrollo.

Costa Rica sostiene la necesidad de establecer la libertad y el estímulo para la investigación científica de los mares. Pero reclama que ella se ejerza de modo que se fomente la transferencia de tecnología. Sólo así se podrá capacitar a nuestros pueblos para que, en el futuro, puedan asumir directamente la responsabilidad que les corresponde en esa tarea internacional.

Los países sin litoral

La ampliación del mar territorial a 12 millas, y el reconocimiento de un mar patrimonial hasta de 200 millas, afectan negativamente a los Estados sin litoral. Como no será justo agravar sin compensación alguna la situación de los Estados que no tienen costas, creo que se debe buscar fórmulas que armonicen los derechos de los Estados ribereños con los de los Estados sin litoral.

El Gobierno venezolano sugirió desde 1971 un sistema para resolver el problema a nivel regional. Según la propuesta de Venezuela, que Costa Rica apoyó, de los recursos que se obtengan del mar patrimonial en cada área geográfica, se destinará una porción para la formación de un Fondo destinado a ayudar al desarrollo de los Estados sin litoral de la misma región. La ayuda se cuantificará en función del porcentaje que representa la población del respectivo Estado sin litoral en la población de toda el área regional.

Solución jurisdiccional de controversias

Al igual que lo que sucede con las instituciones del Derecho interno, no podrá haber un orden jurídico del mar sin la activa participación de órganos jurisdiccionales especializados en las difíciles cuestiones marinas.

Todo orden jurídico requiere la intervención constante del Juez para restablecer el derecho violado, o para declarar el que esté en duda.

La codificación de los principios del Derecho del Mar, que está avanzando trabajosamente la prolongada III Conferencia sobre el Derecho del Mar, tiene que llegar a establecer un verdadero Derecho Procesal Internacional sobre la materia, incluyendo la determinación de las competencias de los órganos apropiados, y la obligación de los Estados miembros de las nuevas Convenciones sobre el Derecho del Mar de aceptar las sentencias de interpretación de las normas relativas a los espacios marinos referentes a cualquier situación litigiosa entre dos o más Estados con respecto al Derecho del Mar.

Vázquez Carrizosa ha sugerido se modifique, perfeccionándolo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para dotarla de una Sala de Derecho Marítimo, con una instancia de apelación ante la Corte Plena. O bien de normas procesales que permitan recurrir al procedimiento más flexible de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

Lo importante es que se halle previsto el recurso obligatorio, por cualquier parte, a un juez o árbitro investido de autoridad para interpretar los derechos y obligaciones de los Estados.

Como dice el citado Vázquez Carrizosa, "La complejidad de los problemas del mar exige la regulación institucional de un orden jurídico universal. No hay otra manera de llegar al equilibrio de los derechos, para evitar que, en este campo, prevalezca el imperio de los fuertes".

Reforma constitucional sobre el Derecho del Mar en Costa Rica

El 3 de julio de 1974, cuando me preparaba para asistir a la III Conferencia del Mar en Caracas, se sometió a nuestra Asamblea Legislativa un proyecto de reforma al artículo 6 de la Constitución vigente, a fin de que se leyera así:

> "*Artículo 6.*—El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio y en sus aguas territoriales comprendidas dentro de un espacio de doscientas millas aguas adentro, a partir de las costas nacionales y sobre la plataforma continental, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y con los Tratados vigentes".

A mi regreso de Caracas hice pública mi oposición al Proyecto. La Comisión Especial encargada de dictaminar sobre la reforma constitucional, me recibió el 8 de julio de 1974. La siguiente es la síntesis de mi oposición a la reforma propuesta:

1.—La delimitación de las fronteras de un Estado nunca puede ser un acto unilateral. Requiere, para su validez, el acuerdo de él o los Estados a quienes afecte esa delimitación.

2.—Cuando se trata de fijar las fronteras de un Estado en la tierra firme, el acto es generalmente bilateral. Por ejemplo, tal carácter bilateral tienen los Tratados de Límites que Costa Rica ha celebrado con Nicaragua y con Panamá.

3.—Pero cuando se trata de delimitar el territorio que se extiende sobre el mar adyacente a las costas de un Estado, o sea, cuando se trata de fijar los límites del Mar Territorial, las negociaciones no pueden celebrarse con uno o dos Estados, sino con toda la Comunidad Internacional, que es el titular de los derechos de la Alta Mar.

4.—Como la Comunidad Internacional no tiene personería jurídica para negociar directamente con cada Estado ribereño los límites de su mar territorial, deben ser las Convenciones, o en su defecto los Principios del Derecho Internacional, los que establezcan los límites hasta los cuales cada Estado ribereño puede extender su plena soberanía sobre las aguas litorales.

5.—De allí el gran acierto de nuestros constituyentes de 1949, al consagrar en el artículo 6 de nuestra Constitución una fórmula que sigue estos principios y que literalmente dice:

> "El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio y en sus aguas territoriales y plataforma continental, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y con los tratados vigentes".

6.—Mediante esa norma, que en vez de reformarse debe confirmarse, Costa Rica dio ejemplo de su civilidad, de su devoción al régimen de Derecho, y de su realista reconocimiento de que en materia de extensión de su territorio, las declaraciones unilaterales carecen de validez y eficacia. Para ser efectivas tales declaraciones tienen que ser reconocidas por el Derecho Internacional o por Tratados celebrados con los Estados a quienes la declaración pudiera afectar.

7.—El artículo 6 de la Constitución de Costa Rica está en un todo de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Corte

Internacional de Justicia en el juicio sobre las Pesquerías, planteada por el Reino Unido contra Noruega, que se falló en 1951. En la parte conducente el fallo dice:

> "La determinación de los espacios marinos ha tenido siempre un aspecto internacional y no podría depender del Estado ribereño, según su derecho interno. Si es cierto que el acto de la demarcación es necesariamente un acto unilateral, puesto que tan sólo el Estado ribereño dispone de competencia para hacerla, en cambio, la validez de la delimitación frente a los Estados procede del Derecho Internacional".

8.—Cuando no existe un régimen de Derecho, se impone la ley del más fuerte. Esto es cierto tanto en las relaciones de los hombres dentro de sus propias comunidades, como en las relaciones entre los Estados dentro de la Comunidad Internacional. El Derecho surge, precisamente, para llenar las necesidades de seguridad y certeza de la comunidad frente a la arbitrariedad de los actos unilaterales —del hombre en la comunidad nacional, o del Estado en la comunidad internacional—. Por medio del Derecho se pretende poner coto al abuso de la fuerza. Dentro del régimen jurídico las personas, o en su caso, los Estados, sólo pueden realizar válidamente actos que las normas legales reconozcan como tales, por cuanto no lesionan los derechos de los demás o de la comunidad en su conjunto.

9.—Mientras más débil física, económico o socialmente sea un hombre, más necesita de la protección del Derecho interno. Mientras más pequeño y subdesarrollado sea un Estado, más necesita el amparo del Derecho Internacional. Por eso Costa Rica ha sido siempre defensora decidida del Derecho de Gentes. Por eso ha condenado con valentía los actos unilaterales de las grandes potencias. Y por eso debe cuidarse siempre de no trasgredir el orden internacional, aun cuando lo hagan a veces otros Estados más poderosos. El cumplimiento estricto del Derecho Internacional nos proporciona la fuerza de que en lo militar carecemos, para reclamar el respeto a nuestra soberanía.

10.—El Mar Territorial hace parte del territorio nacional. Está justificado por las exigencias de conservación y seguridad del Estado ribereño, y, por lo tanto, sobre esa zona se prolonga la

vigilancia policial, fiscal, sanitaria y aduánera, así como todo el régimen jurídico del Estado costero. Como parte que es del territorio nacional, en el mar territorial no se reconoce el derecho a la libre navegación ni a la investigación científica. Por excepción se ha admitido únicamente "el paso inocente de embarcaciones". Se ha llegado a admitir que una anchura máxima de 12 millas para esta zona es más que suficiente para llenar sus finalidades. Extenderla más allá, hasta las 200 millas, implicaría cerrar enormes zonas del mar a la libre navegación, sin ningún beneficio práctico para los Estados ribereños. Por eso la Comunidad Internacional nunca ha aceptado una anchura mayor de 12 millas para el mar territorial.

11.—Para preservar las riquezas del mar y de su suelo y subsuelo adyacentes a las costas de los Estados, no hace falta extender a más de 12 millas el mar territorial. Basta reconocer una jurisdicción especial del Estado ribereño sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentren en las aguas, en el lecho y en el subsuelo de una zona adyacente al mar territorial, con una anchura no superior a las 200 millas náuticas, que hemos denominado Mar Patrimonial. Como sobre éste no se ejerce soberanía plena sobre la zona en sí, sino que únicamente se establece la jurisdicción sobre sus recursos renovables y no renovables, en el Mar Patrimonial todos los Estados pueden ejercer la libre navegación y el tendido de cables y tuberías submarinas, como que si se tratare de la Alta Mar. El Mar Territorial continúa entonces sirviendo a las necesidades de defensa y conservación del Estado. El Mar Patrimonial sirve a las necesidades de exploración, conservación y explotación, por el Estado ribereño, de las riquezas que se encuentren en sus aguas litorales, en su lecho y en el subsuelo de éste.

12.—La reforma que se propone introducir el artículo 6 de nuestra Constitución, produciría el efecto de incumplir valiosas normas de Derecho Internacional, ya que se pretende extender la anchura de nuestro mar territorial hasta un límite de 200 millas que ese Derecho no acepta. Aun cuando comprendo la sana intención nacionalista de los señores diputados proponentes de la enmienda constitucional, considero que ella no es ni necesaria ni conveniente, por las siguientes razones:

a) Costa Rica no puede ni debe, mediante un acto unilateral, extender sus fronteras marinas más allá de lo que permite el Derecho Internacional;

b) Aunque nuestra Constitución estatuyera que nuestro mar territorial es de 200 millas de ancho, nadie nos reconocería esa autoproclamada soberanía plena sobre dicha zona marina, y nosotros no estaríamos en condiciones físicas ni jurídicas de hacerla respetar;

c) Para la exploración, explotación y conservación de los recursos vivos y minerales que existen en nuestras aguas litorales y en su lecho y subsuelo, no necesitamos extender la soberanía territorial hasta una zona de 200 millas náuticas sobre los mares adyacentes a nuestras costas. El nuevo concepto de Mar Patrimonial o zona económica exclusiva, nos proporciona los instrumentos legales para alcanzar esas finalidades.

d) En todo caso, resulta inoportuno que en el momento en que se está celebrando la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en Costa Rica se pretende dictar una norma constitucional para regular, unilateralmente, una cuestión que, como la anchura del mar territorial, debe ser regulada por normas de Derecho Internacional, y que constituye, precisamente, uno de los temas principales de la citada conferencia del Mar.

e) Costa Rica, en unión de otros nueve Estados ribereños del Mar Caribe, proclamó en Santo Domingo la tesis del Mar Patrimonial, y la ha venido defendiendo en todos los foros internacionales. La aceptación de esa tesis parece ya asegurada en la Conferencia de Caracas. De donde resulta que, además de inoportuno, resultaría paradójico que, en el momento en que está a punto de triunfar la tesis de Costa Rica sobre el Mar Territorial de 12 millas de ancho complementado por un Mar Patrimonial de hasta 188 millas más, se reformara la Constitución para adoptar la tesis ya superada del Mar Territorial de 200 millas de ancho, que el Derecho Internacional jamás aceptó, y que abarca mucho más de lo que Costa Rica necesita para la defensa y el aprovechamiento de las riquezas de sus mares litorales.

Dictamen

La Comisión acogió algunos de mis argumentos. Pero, insistiendo en la necesidad de legislar sobre los temas del Mar Territorial y del Mar Patrimonial objeto de la reforma propuesta dijo:

"Para que el artículo 6º de la Constitución Política se lea:

Artículo 6º—El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales hasta una distancia de por lo menos 12 millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, y en su plataforma continental, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y los Tratados vigentes.

Ejercerá, además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión no menor de 200 millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y aprovechar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios y tratados".

Como no me pareció adecuada la redacción propuesta por los dictaminadores, después de exponer mis puntos de vista a varios señores diputados, el 1º de agosto de 1974, envié el siguiente documento:

"Memorándum"

De: Gonzalo J. Facio — Ministro de Relaciones Exteriores.

Para: José Manuel Salazar — Diputado Jefe de la Fracción Parlamentaria del Partido Liberación Nacional.

Sobre: Reforma del artículo 6º de la Constitución

1.—En la actualidad está aceptado que el Mar Territorial habrá de tener una anchura de 12 millas, pero no más. Por ello creo que la reforma al artículo 6 debe reflejar esa tesis, en vez de decir que el Estado ejercerá su soberanía "en sus aguas territoriales hasta una distancia de por lo menos 12 millas . . ."

2.—Más categórica es aún la tesis de que el Mar Patrimonial o zona económica exclusiva puede llegar a tener una extensión de hasta 200 millas. Nadie ha pretendido superar ese límite. Y dado que en muchísimos casos no podrá abarcarse la totalidad de las 200 millas porque se invadiría las aguas patrimoniales o territorios de un Estado vecino, siempre se ha considerado que las 200 millas constituyen un máximo, jamás un mínimo, como lo recomiendan los dictaminadores.

3.—Costa Rica ha planteado en Caracas que la extensión de la plataforma continental se determine con un criterio geomorfológico, sustituyendo el criterio batimétrico y de explotabilidad utilizado en la Convención de Ginebra en 1958. Basada en la Resolución de 9 de febrero de 1973 del Comité Jurídico Interamericano, nuestra delegación propuso que se reconozca que la plataforma continental comprende el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas, hasta el borde exterior de la emersión continental, que limita con la cuenca oceánica a fondos abisales. Me parece que en la nueva redacción del artículo 6 debe reflejarse ese criterio.

4.—En razón de lo expuesto, sugiero que la redacción propuesta en el dictamen se modifique en la siguiente forma:

Artículo 6º: El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo de su territorio, sobre sus aguas territoriales, que tienen una anchura de 12 millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, y sobre su plataforma continental, incluyendo el borde exterior de la emersión continental que limita con las cuencas oceánicas a fondos abisales, todo ello de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y con los tratados vigentes.

El Estado ejercerá, además una jurisdicción especial sobre una zona de los mares adyacentes a sus costas que abarca una extensión hasta de doscientas millas a partir de la línea de baja mar, con el fin de explotar, conservar y explorar, con exclusividad los recursos vivos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esa zona, de conformidad con los mismos principios y tratados.

Con base en lo expuesto en el precitado *"Memorándum"* el plenario de esa Asamblea aprobó el siguiente texto:

Nº 5579

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Decreta:

Artículo único.—Refórmase el artículo 6º de la Constitución Política, para que se lea así:

Artículo 6º: El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios. 188 millas

Asamblea Legislativa.—San José.

Aún cuando en lo que se refiere al mar territorial y a la zona económica exclusiva no se adoptó la fórmula propuesta por mí, que fija las 12 y las 200 millas como un máximo, al menos se eliminó la pretensión de que tales medidas constituyeran un mínimo. Se las fijó en 12 y 200 millas, respectivamente, pero en cada caso se dijo que la medida sería "de acuerdo con los principios del Derecho Internacional". Y como tales principios, según la opinión prevaleciente en la Conferencia del Mar, y según la lógica que impone la realidad geográfica, no pretende establecer una anchura fija de 12 y de 200 millas, respectivamente, sino una anchura máxima para el mar territorial y para el mar patrimonial o zona económica exclusiva, habrá que interpretar el artículo 6 en la única forma compatible con tales principios del Derecho Internacional y con las realidades geográficas. O sea que habrá que entender que la anchura fijada en el artículo 6 será de hasta 12 millas para el mar territorial y de hasta 200 millas para el mar patrimonial.

EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA PENAL EN COSTA RICA*

*Dr. J. Enrique Castillo Barrantes***

* Ponencia presentada a la Quinta Conferencia Lationamericana Sobre Derecho y Desarrollo, Nº 25 al 30 de agosto de 1980, San José, Costa Rica.

** Profesor asociado de Derecho Penal y Sociología Criminológica, Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: Introducción. I. La "Clientela" de la Administración de la Justicia Penal. II. Dinámica del Funcionamiento. III. Las Perspectivas del Futuro. IV. Conclusión.

Introducción

La afirmación de que la justicia penal está en crisis es hoy en todas partes un lugar común. En muchos países la crisis es manifiesta, y los distintos componentes del sistema penal (policía, ministerio público, tribunales, órganos penitenciarios y demás) son objeto de ataques abiertos y reiterados, como consecuencia de los cuales su legitimidad y su credibilidad se han deteriorado rápida y profundamente. El origen de esos ataques se encuentra no pocas veces en estudios serios y rigurosos practicados por científicos sociales y, particularmente, por criminólogos, que aportan un fundamento válido a las apreciaciones críticas del sistema penal; es decir que, con frecuencia, las críticas son válidas y bien fundadas. La túnica sacrosanta e intocable con que tradicionalmente se ha cubierto la administración de la justicia, ha terminado por perforarse, por romperse, y ha dejado de ser protección suficiente para esconder sus defectos, que han quedado por lo menos parcialmente expuestos. Es así que se han puesto en evidencia las tendencias selectivas y discriminatorias de la policía,[1] que se ha estudiado la ingerencia de criterios extralegales en las decisiones judiciales[2] y que se ha llamado la atención sobre las contradicciones internas y la deformación de sus funciones que sufren las ins-

1 V. gr. Edwin H. Sutherland y Donald Cressey *"Criminology"*, 8ª edic. J. B. Lippincott Co., New York, 1970, págs. 132 y s.s.; Guy B. Johnson *"The negro and crime"*, in Wolfgang y otros (editores), *"Sociology of Crime and Delinquency"*, John Wiley and ons, New York, 1970, págs. 419 y s.s.; Dennis Chapman *"Sociology and the Stereotype of the Criminal"*, Tavistock, Londres, 1968, pág. 97 y s.s.

2 V. gr.: Melvin P. Sikes. *"The Administration of Injustice"*, Harper and Row, New York, 1975, págs. 99 y s.s.; Donald J. Newman *"Pleading Guilty for considerations: A Study of Bargain Justicia"*, in Donald R. Cressey y Davis A. Ward" *Delinquency, Crime and Social Process"*, Harper and Row, New York, 1968, págs. 220 y s.s.; Roger Hood and Richard Sparks *"Key Issues in Criminology"*, McGraw Hill, New York, Toronto, 1974, págs. 141 y s.s.; Clayton A. Hartjen *"Crime and Criminalization"*, 2ª redic., Holt, Rinehart and Winston/ Praeger, New York, 1978, págs. 133 a 137; Dennis Chapman, ibid.

tituciones carcelarias o de tratamiento.[3] Finalmente, el sistema penal ha pasado a ser cuestionado por la opinión pública y los criminólogos se han avocado a estudiar también la presencia y la vigencia que la administración de la justicia penal tiene en la opinión pública y en la mente de los ciudadanos.[4]

En Costa Rica, la crisis ha alcanzado los niveles de la opinión pública solamente respecto de uno de los elementos del sistema penal: el subsistema penitenciario, cuya problemática se suele ventilar en foros tan abiertos y populares como la prensa, la radio y la televisión. En el otro extremo, el aparato judicial, por el contrario, continúa gozando de un respeto reverencial de parte del gran público y sus fallas internas sólo se comentan confidencialmente entre los "iniciados", principalmente entre jueces y abogados. Parece haber un consenso entre éstos sobre la idea de que más conviene a la serenidad y a la buena marcha de la función judicial ni siquiera comentar públicamente las imperfecciones o las fallas que la administración de justicia, como humana que es, naturalmente tiene. Esta es una actitud digna y válida cuando se la opone a las críticas infundadas o mal intencionadas; pero si refleja una posición de intolerante indiferencia a todo tipo de críticas, encierra enormes riesgos. Como decía hace poco tiempo el Secretario General de la Sociedad General de Prisiones de Francia: "...el juez, si quiere permanecer ciego ante las críticas de que es objeto, arriesga perder el sentido de su imperfección y

3 V.gr. Dennis Chapman, op. cit. págs. 197 y s.s.; Michael Foucault *"Vigilar y Castigar"*, 2ª edic. Siglo XXI, México, 1978, 314 págs.; Ted Honderich, *"Punishment"*, Peregrine Book, Mdidless, Inglaterra, 1976, 210 págs.; Dennie Briggs *"Fermer les prisons"* Seuil, Paris, 1977, 165 págs.; Joao Farias Junior *"A ineficácia da pena de prisão e o sistema ideal de recuperação do delinquente"*, edic. del autor, Rio de Janeiro, 1978, págs. 69 y s.s.; J. C. Lauret y R. Lasierra *"La Tortura sin Sangre"*. DOPESA, Barcelona, 1976, 307 págs.; Sergio García Ramírez, *"La prisión"*, F.C.E. México 1975, págs. 51 a 54; Elías Neuman *"El problema sexual en las cárceles"*, Editorial Criminalía, Buenos Aires, 1965, 202 págs.; Donald Clemmer *"The Process of Prisonization"* in Leon Radzinowics y Marvin E. Wolfgang *"The Criminal in Confinement"*, Basic Books Inc., New York, 1971, págs. 92 y s.s.

4 V. gr. el Vol. XII, Nº 1, 1979, de la revista *"Criminología"*, dedicado enteramente al tema *"Justice et Public"*, Les Presses de l' Université de Montreal, Montreal; igualmente ilustrativo es el volumen *"Justice pénale et opinion publique"*, del Centre de Sociologie du droit et de la justice, editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1972, 206 págs., especialmente el ensayo de S. C. Versele *"Juger la Justice?"*, págs. 7 a 34, que contiene una sinopsis de los principales trabajos sobre el tema hechos hasta esa fecha.

caer en la autosatisfacción y la rutina, dos grandes peligros que amenazan siempre más o menos taimadamente a los magistrados".[5] Pero el riesgo principal es el de que la falta de una discusión abierta y franca de los defectos del aparato judicial, inhibe a este mismo como un ente estatal, de la posibilidad de ponerse en situación de remediarlos, y entre mayores sean los defectos, mayor el riesgo que corre de autodestruirse.

No propiciamos, sin embargo, la tesis de que estas cuestiones deban someterse a examen por medio de la prensa o la televisión. Tampoco pensamos que el objeto de estudio deban ser solamente las fallas del aparato judicial, aisladamente consideradas; debe evaluarse su funcionamiento desde una perspectiva global, en términos de la función que cumple dentro del sistema social. Más que las fallas singulares, que todo sistema tiene, lo interesante es el balance general.

Históricamente, el momento es oportuno para intentar una aproximación inicial y es esa la única pretensión de este ensayo al tema del funcionamiento de la administración de la justicia penal en Costa Rica, circunscribiendo el concepto a los elementos del sistema penal que pertenecen al Poder Judicial, porque el año 1979 ha cerrado una década de cambio y reorganización. En 1970 se promulgó un nuevo código penal, que entró en vigencia al año siguiente, y en 1974 se promulgó un nuevo código de procedimientos penales, que entró a regir en julio de 1975. Para nuestro tema, este último tiene mayor relevancia que aquel otro, por regular precisamente los procedimientos en materia penal. Sin embargo, no es éste el lugar adecuado para exponer detalladamente el contenido y los alcances legales del cambio de código de procedimientos;[6] baste resumir aquí los trazos fundamentales: abandono del sistema escrito para la fase plenaria o de juicio e introducción en ella de los principios de oralidad y publicidad; supresión de la segunda instancia para impugnar las sentencias; inmediatez de la prueba; integración del Ministerio Público dentro de la organización del Poder Judicial y asignación a dicho mi-

5 B. Dutheillet-Lamonthezie *"Le juge face a l'opinion publique"*, *Révue pénitentiaire et de droit pénal*, oct. déc. 1979, Nº 4, Paris, pág. 563.

6 Para mayor información sobre ese aspecto V.: J. Enrique Castillo Barrantes *"Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal"*, Colegio de Abogados, San José 1977, 206 págs.

nisterio del monopolio del ejercicio de la acción penal. En síntesis, la reforma procesal propende a establecer una administración de justicia más rápida y más humana, permitiendo el contacto directo entre el juzgador y el acusado, entre el juzgador y el caso.

Además de cambios legislativos, en la década de los años setenta la administración de la justicia penal sufrió una reorganización amplia y profunda: se creó el Organismo de Investigación Judicial (1973), cuya ley orgánica (1974) estipula su organización así: Una Dirección General y tres departamentos: el de Investigaciones Criminales (policía judicial), el de Medicina Legal, que recogió el antiguo Organismo Médico Forense, y el de Laboratorios de Ciencias Forenses. La creación y el ulterior desarrollo del Organismo de Investigación Judicial ha significado una merma progresiva de atribuciones y funciones de la Dirección de Investigaciones Criminales, dependencia del Ministerio de Seguridad Pública originalmente encargada de la investigación de los hechos delictivos; también ha significado la modernización y la racionalización creciente de la investigación penal. El nuevo código de procedimientos penales provocó, por otro lado, una reorganización general de los tribunales: hubo de crearse los Tribunales Superiores Penales, integrados por tres jueces; hubo que crear numerosos juzgados penales unipersonales; y hubo que organizar el ministerio público, lo que demandó la contratación de numerosos agentes fiscales y fiscales de juicio. La Oficina de Defensores Públicos, creada en 1970, también dependiente del Poder Judicial, debió ser ampliamente reforzada. Todos estos cambios fueron acompañados de cuantiosas inversiones en planta física, facilidades materiales y preparación de personal. Aumentos significativos en la remuneración de funcionarios y empleados constituyeron igualmente un esfuerzo de mejoramiento del Poder Judicial.

A la par del traslado de las funciones de investigación y de acusación de la esfera del Poder Ejecutivo a la del Judicial, el código de procedimientos penales "judicializó" otra importante función: la de juzgar las faltas y contravenciones, tarea que antiguamente cumplían los Agentes de Policía y luego los Guardas Rurales del Ministerio de Gobernación. Aparte de la demanda de personal que acarrearon los cambios del procedimiento por razones técnicas (tribunales colegiados, por ejemplo), estos tres modos de "judicialización" aumentaron repentinamente y en forma pronunciada las necesidades de personal, especialmente de profesionales

del Derecho. Contrariando una larga tradición, las necesidades del momento obligaron al Poder Judicial a nombrar en la posición de jueces, de agentes fiscales o de fiscales, profesionales jóvenes. Aunque no contamos con referencias empíricas para demostrarlo, es posible que la edad promedio de los funcionarios judiciales penales haya bajado sustancialmente y, por lo tanto, que las cualidades de experiencia, de madurez y de conocimiento de la jurisprudencia hayan también bajado sustancialmente. Estaríamos en ese caso enfrentados a un cambio cualitativo más, operado en la década pasada.

De antemano puede decirse que las grandes transformaciones de los últimos diez años, inducidas casi todas por el propio Poder Judicial, revelan una actitud progresista, favorable al cambio, diligente para responder a las nuevas necesidades de la época y del futuro. Pero grandes interrogantes quedan en pie: ¿Habrá valido la pena tanto esfuerzo? ¿Estarán bien orientados los cambios? Y sobre todo: Justicia penal para quiénes? y, qué clase de justicia penal? Son estas dos últimas preguntas las que servirán de rectores de este trabajo, que no es más que un ensayo sociológico de aproximación. En el primer capítulo examinaremos, pues, con apoyo de datos empíricos, la "clientela" de la administración de la justicia penal, tratando de determinar cuál es el "material humano" que procesa. En el segundo capítulo examinaremos algunos aspectos de la dinámica de su funcionamiento. En el tercer capítulo examinaremos las perspectivas del futuro.

Esperamos con ello contribuir a determinar si, aunque no manifiesta, la justicia penal costarricense engendra una crisis, o si ésta ha sido conjurada por los cambios legislativos y organizacionales.

Capítulo I

La "Clientela" de la Administración de la Justicia Penal

Mediante al análisis de varios indicadores trataremos en este capítulo de esbozar el perfil de la población que procesa el aparato judicial. Las fuentes de información de que disponemos para ello no son, desgraciadamente, homogéneas. Para el período

de julio de 1969 a junio de 1975 los datos provienen de una investigación que realizamos sobre "Industrialización, desarrollo y delincuencia violenta". Esta investigación se limitó a los delitos acusados que implicaban violencia física: homicidios, lesiones, privación de libertad, robo, extorsión, secuestro extorsivo, daños, aborto, violación; pero fueron estudiados todos los casos que ingresaron a conocimiento de los tribunales penales de San José, en total más de cuatro mil expedientes. De esa investigación, cuyos resultados preliminares en relación con la industrialización y el desarrollo serán publicados en otro lugar,[7] hemos extraído para este trabajo algunos datos del universo total, y otros se han extraído de una muestra aleatoria. Para el período que se inicia en julio de 1975, mes en que empezó a regir el nuevo código de procedimientos penales, las fuentes de información serán las estadísticas judiciales, que contienen datos hasta el primero de enero de 1980, y los censos penitenciarios de 1978 y 1979.

Los indicadores que tomaremos en cuenta son: sexo, estado civil, edad, oficio, tipo de delito e ingreso.

A) *Sexo.* La muestra sobre delincuencia violenta arroja datos que se ubican en un patrón universal de preponderancia del sexo masculino, con una distribución porcentual de 96,1 hombres y 3,9 mujeres. Estos datos, que se refieren a las personas acusadas, varían ligeramente respecto de las estadísticas judiciales que, en cuanto a las personas condenadas en 1979, presentan la siguiente distribución: 91,49% hombres y 8,50% mujeres, de un total de 4.290 personas. La diferencia, que de todos modos es pequeña, puede ser sólo aparente, debido a que las estadísticas judiciales representan la totalidad de los condenados, y no una muestra de los acusados, y se refieren a todos los tipos de delito, no únicamente a los violentos. Sin embargo también podría reflejar una distorsión provocada por los juzgadores, en la medida en que pudiera haber una mayor severidad relativa contra las mujeres, cosa poco probable. También podría significar, conforme a las tesis comúnmente en boga, que ha habido en el lapso que separa al momento de ambos tipos de datos, un aumento real relativo de la delincuencia femenina, como efecto de un aumento en

7 Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica.

sus niveles de participación social y de una tendencia a la equiparación con el hombre.

No obstante, lo esencial, por encima de pequeñas diferencias entre ambas series de datos, es que existe una definitiva preponderancia de los acusados varones, que se ubica en niveles de 90% o más.

B) *Estado Civil.* La muestra presenta la siguiente escala:

Cuadro Nº 1: Estado civil (en porcentajes)

Solteros	59,2 %
Casados	33,00%
Unión libre	4,9 %
Divorciados	1,9 %
Separados	0,00%
Viudos	1,00%
Total	100,00%

Las estadísticas judiciales de 1979 reflejan una proporción semejante en los rubros de unión libre, divorciados, separados y viudos, pero entre casados y solteros la diferencia es menor, aunque también en ellas estos últimos son la mayoría: 54,19% solteros y 39,72% casados.

C) *Edad.* Siguiendo la forma de la distribución general de la población judicial por categorías de edad, encontramos la mayor concentración en los primeros grupos de edad, una declinación constante en el número de personas conforme la edad aumenta:

Cuadro Nº 2: Grupos de edad (en porcentajes)

años	%
17-21	35,00
22-26	23,3
27-31	11,6
32-36	10,7
37-42	8,7
43-47	5,8
48 y más	4,9
Total	100,00%

Estos datos corresponden a la totalidad del universo de nuestra investigación sobre delincuencia violenta. Indican que más de la mitad de las personas sometidas a proceso por nuestra administración de justicia penal (58,3%) corresponden a los sectores jóvenes de la población, es decir, a las personas con 26 años o menos.

CH) *Oficio.* La muestra sobre delincuencia violenta expone una marcada preponderancia de los oficios manuales. Las categorías más significativas se incluyen en el siguiente cuadro:

Cuadro Nº 3: Oficio de las personas acusadas por delitos violentos (en porcentajes)

Oficio	%
Comerciantes al detalle	13,6
Agricultores	11,7
Mecánicos automotrices (Autobús, automóvil, camión, motocicleta)	7,8
Choferes (autobús, camión, camioneta, taxi)	6,8
Pintores de construcción y mantenimiento	5,8
Obreros de construcción	3,9
Total	49,6%

Es posible que las denominaciones "comerciante al detalle" y "agricultor" contengan una alteración, pues a la hora de recoger los datos, el colector de la información, tanto en las estadísticas oficiales como en aquellas "ad-hoc" para investigaciones específicas, se limita a consignar la información que proporciona el sujeto interrogado, y en el medio urbano las personas sin oficio definido, desocupadas crónicas, ociosas, o que carecen de un "modus vivendi" estable, se autodefinen como "comerciantes". En cuanto a los "agricultores", muchos son en realidad peones u obreros agrícolas, que encuentran más digno autodenominarse agricultores; sobre este particular es notable que en las estadísticas penitenciarias de 1979 apenas figura un "trabajor agropecuario", mientras en la categoría "agricultores propietarios, arrendatarios, colonos, precaristas" hay cinco, y en el grupo "otros agricultores" figuran cuatrocientos diecinueve.

Mientras las cinco actividades que figuran en el cuadro Nº 5, oscilan entre un 3,9% y un 13,6%, ningún otro de los restantes ochenta o más oficios codificados sobrepasa el 3,00%. Nuestros datos concuerdan sustancialmente con las estadísticas penitenciarias, en las que también los comerciantes al detalle, los agricultores, los mecánicos y los obreros de construcción ocupan los primeros puestos: agricultores 18,2%, comerciantes al detalle 10,00%; obreros de construcción 7,5%; mecánicos 5,3%.[8]

Si nos atenemos a esos datos, de ellos se desprende que la administración de la justicia penal tiene una clientela que se recluta sustancialmente de oficios que, en nuestro medio, son característicos de los estratos más bajos de la población costarricense; en su mayor parte, oficios manuales.

D) *Tipo de delito.* Los datos de la muestra, que se refieren únicamente a delitos violentos, dan resultados interesantes al cruzar la variable "tipo de delito" con el oficio. Para ilustrar el punto, podemos limitarnos a los oficios comentados en el apartado anterior.

8 Censo de Población Penal, Ministerio de Justicia, San José, 1979, pág. 35.

Cuadro Nº 4: Personas acusadas por delitos violentos según oficio y tipo de delito (en porcentajes)

Oficio	*Tipo de delito*	*%*
Comerciantes al detalle	robos agravados	57,1
	lesiones	14,3
	violaciones	14,3
	homicidios	7,1
	robo	7,1
	(total de robos:	64,2 %)
Agricultores	lesiones	75,00
	robo agravado	25,00
Mecánicos automotrices	lesiones	75,00
	violaciones	25,00
Choferes	robos agravados	33,00
	violaciones	33,00
	lesiones	22,00
	robo simple	11,00
Pintores de construcción y mantenimiento	robo agravado	66,7
	lesiones	16,7
	violaciones	16,7
Obreros de construcción	homicidios	25,00
	lesiones	25,00
	robo agravado	25,00
	robo simple	25,00

Sin embargo, es el examen del total de casos entrados a conocimiento del Poder Judicial, según tipo de delito, lo que arroja resultados profundamente reveladores. En efecto, según las estadísticas judiciales de 1979, hay 110 figuras penales en las que se distribuyen todos los asuntos en las agencias fiscales de todo el país. En 1979, el gran total de asuntos entrados fue de 30.331. Once delitos de carácter patrimonial,[9] que representan apenas el 10% de las 110 figuras delictivas, acaparan el 37,86% de aquel total de 30.331 asuntos. En otras palabras, a pesar de que la legislación penal prevé ciento diez conductas delictivas, casi dos quintas partes de toda la actividad de la administración de la justicia penal se dedica a procesar una proporción ínfima del orden de 10% de las 110 figuras. Lo relevante consiste en que los pocos delitos a los que la administración de justicia tiene que volcar tanto esfuerzo tienen en común el ser delitos de carácter patrimonial, que vulneran la propiedad privada. De acuerdo con los conocimientos comúnmente aceptados en la criminología moderna, estos delitos, como hurto y robo, son propios de las capas socioeconómicas más bajas de la población, con la excepción de dos o tres de ellos, como la estafa mediante cheque y el libramiento de cheques sin fondos.

Lo anterior puede significar que las desigualdades del sistema social costarricense y su estructura socioeconómicas están conformando (o deformando?), la actividad de la administración de justicia y que ésta es llevada a dedicar una parte importante de sus esfuerzos a mantener la separación entre los titulares de la propiedad y aquellos que quieren alcanzarla por medios que el ordenamiento jurídico ha definido como ilícitos. En última instancia, podría significar también por esa vía, que la administración de justicia es llevada, inadvertidamente, a consolidar un estado de desigualdad social, legitimado por la ley penal, a la que tiene que dar cumplimiento.

E) *Ingreso.* Los datos que sobre este indicador provienen de nuestra investigación sobre delincuencia violenta, no corresponde a la muestra sino a todo el universo estudiado; son, por consiguiente, mucho más fiables. Traducen en forma nítida y dramática la desigualdad del sistema social costarricense.

9 Daños, estafa, hurto, robo, estafa mediante cheque, estelionato, tentativa de robo, usurpación y libramiento de cheque sin fondos. Este último aparece en el Código Penal clasificado entre los delitos contra la confianza pública.

Cuadro Nº 5

Personas acusadas por delitos violentos según nivel de ingresos mensuales (en colones y en porcentajes)

Ingreso mensual	%
Menos de ₡ 600,00	86,283
600 - 1.200	0,00
1.201 - 1.800	1,40
1.801 - 2.400	11,466
2.401 - 8.000	0,85
Total	100,00 %

Un ingreso inferior a ₡ 600,00 mensuales era ya, para los últimos años de la época (1969-1975) un ingreso que se encontraba por debajo del más modesto salario mínimo legal. El sentido que encierran estos datos es aplastante: la justicia penal es para juzgar a los pobres. Los censos de población penitenciaria confirman estos resultados, pues en ellos encontramos una estructura de niveles de ingreso semejante. Hay, sin embargo algunos delitos que, de acuerdo con esos censos, presentan modas (altas concentraciones de casos) en las categorías de ingresos más altos, pero aun en relación con esos delitos, que son principalmente los sexuales, los delitos contra la salud (drogas) y los delitos contra la vida, la frecuencia acumulada en los bajos niveles sobrepasa varias veces la cantidad de los casos correspondientes a ingresos altos.[10]

La evidencia empírica recogida sobre la "clientela" de la administración de la justicia penal ubica a ésta bajo una nueva perspectiva. El "material humano" que procesa el aparato judicial proviene de la población masculina, de la gente joven y soltera, que vive principalmente de la práctica de oficios manuales, que llega acusada de haber cometido delitos de carácter patrimonial y que se recluta en los estratos más bajos y pobres.

10 Cfr. Censo de Población Penal 1979, págs. 38-39.

Estas apreciaciones son de orden macrosociológico. Por tanto, no encierran crítica alguna a los funcionarios o empleados judiciales. Solamente tienden a evidenciar la contextura y el contexto estructurales de la justicia penal, a aclarar cómo la constitución real del país la condicionan y la determinan. Y la conclusión que en ese plano se puede derivar de la observación de la realidad es la de que la justicia penal corresponde muy poco al concepto de un sistema dinámico encargado de "restablecer el ordenamiento jurídico", "de dar a cada quien lo suyo", o de "ajustar y reconciliar intereses contrapuestos". Más bien se adecúa al concepto de administración de justicia como uno de los componentes mayores del engranaje estatal, como la actualización vertical del poder del Estado, cuyas normas, cuya estructura y cuyos condicionantes se dan desde fuera del sistema jurídico, desde las entrañas políticas, sociales y económicas del país.[11] No es un eufemismo el que la propia Constitución Política le denomine *Poder* Judicial; trasluce las relaciones de poder, las desigualdades internas, la estratificación del sistema social del que forma parte. Por eso y no porque los jueces así lo quieran, es un poder que se ejerce sobre las capas más humildes de la sociedad costarricense.

Capítulo II

Dinámica del Funcionamiento

El examen del funcionamiento activo de la administración de justicia penal puede aportar información pertinente para una evaluación global. Entendida como un sistema, con organización (tribunales de distintas jerarquías, ministerio público, oficina de defensores públicos, organismo de investigación judicial y demás órganos) normas de funcionamiento y supuestos de aplicación (legislación penal y procesal penal, leyes especiales conexas), con canales de entrada para todos los delitos de acción pública y de instancia privada), y canales de salida (desestimación, sobreseimiento y sentencia), la justicia penal procesa un flujo de casos conforme con una cierta dinámica, cuyo estudio puede contribuir

11 Un planteamiento similar se encuentra en Richard Quinney *"Criminal Justice in America"*, Little, Brow and Co., Boston, 1974, cap. I.

a esclarecer si el propósito de acelerarla y humanizarla ha sido logrado mediante los cambios de la última década. Conviene en este plano llevar nuestro análisis sobre dos ejes: el comportamiento del flujo y el sedimento o la acumulación residual de la prisión preventiva.

A) *El comportamiento del flujo*

Al entrar en vigencia el nuevo código de procedimientos penales en julio de 1975, Costa Rica experimentaba, según nuestras investigaciones[12] una baja en la tasa de delincuencia, asociada a distintos factores económicos, sociales y políticos, en cuyo detalle no podemos entrar ahora. Esa baja real puede haberse aunado al hecho de que el nuevo código procesal, como ya lo hemos indicado, puso exclusivamente en manos del ministerio público el ejercicio de la acción penal pública (acusación), lo cual pudo tener, al menos al principio, un efecto disuasivo para que los ciudadanos quienes, víctimas o conocedores de la comisión de un delito, no concurrieran a denunciarlo, ya que no podrían convertirse en acusadores directos. Ambos factores pueden quizás explicar conjuntamente el que la cantidad de asuntos entrados haya, desde 1975, fluctuado irregularmente en números absolutos, incluso con algunas disminuciones de un año a otro, y que la tasa de crecimiento haya sido dos veces negativa.

Cuadro Nº 6: Flujo de asuntos penales

Año	*Entradas*	*Tasa de crecimiento*	*Procesamientos*	*Desestimaciones*	*Sobreseimientos*	*Sentencias*
1973	—		—	—	7.400	5.060
1974	—		6.040	—	8.368	5.540
1975	36.871	+ 36%	5.951	6.231	9.234	5.617
1976	50.469	— 3.43%	5.343	7.157	9.777	5.027
1977	48.735	— 5.87%	4.421	7.988	10.251	6.304
1978	45.872	+ 7.89%	4.303	7.101	11.468	6.386
1979	49.492		5.005	7.353	11.602	5.862

Fuente: Estadísticas Judiciales. Sección de Estadística, Poder Judicial, San José, Costa Rica.

12 Cfr. nota 7.

De la observación de los datos del cuadro Nº 6, el primer hecho significativo que aparece es el de que, a pesar de los altos y bajos del número de causas entradas, el número de procesamientos ha venido disminuyendo en forma constante y sostenida desde 1974 a 1978, ambos inclusive. El procesamiento no es un canal de salida del sistema; es una resolución, tomada en la fase inicial del proceso[13] mediante la cual el juez prefigura la posible responsabilidad del imputado; esta resolución abre la posibilidad de dictar en contra de éste la prisión preventiva y, ulteriormente, de llevarle a la fase de juicio y, si es del caso, condenarle. De ahí que la comparación con la columna de sobreseimientos, que sí son un canal de salida del sistema, sea también significativa, pues los sobreseimientos reflejan una tendencia inversa a la que refleja la columna de procesamientos, esto es, muestran un aumento constante y sostenido desde 1973 hasta 1979. Claramente, de esta comparación se concluye que la administración de la justicia penal manifiesta una tendencia hacia la benignidad, ya que la disminución de procesamientos y el aumento de los sobreseimientos orientan el flujo hacia las salidas que favorecen a los imputados. El que esta tendencia esté justificada por razones legales o de justicia en cada asunto es algo que no podemos evaluar aquí. Podría significar que, especialmente desde mediados de 1975, la administración de la justicia penal se ha hecho más exacta, más cuidadosa, y ha podido discernir de modo más preciso y restringido cuáles son los casos que verdaderamente merecen ser llevados a la segunda fase, a la del juicio, y ser terminados por su sentencia. Pero una explicación opuesta también es plausible; podría significar, por el contrario, que la eficacia tanto de la policía como de las autoridades judiciales encargadas de practicar la primera fase del proceso (instrucción formal o información sumaria) ha decaído, y que en menos casos logran demostrar que la causa amerita ser llevada a juicio.

Las cifras sobre las sentencias confirman ligeramente la tendencia hacia la benignidad, pues globalmente (condenatorias y absolutorias) han venido aumentando con lenta progresión pero sostenidamente. Sin embargo, los años 1977, 1978 y 1979, que son los únicos respecto de los cuales las estadísticas judiciales

13 Antes de julio de 1975, el procesamiento se podía dictar sólo al final de la primera fase, llamada sumario.

contienen material informativo del cual hemos podido extraer la cantidad total de personas condenadas, no reflejan la misma progresión; antes bien, en el año 1979 el número de personas condenadas por los juzgados y por los tribunales superiores disminuyó con respecto al año anterior:

Cuadro Nº 7: Total de personas condenadas anualmente

Tribunal	*1977*	*1978*	*1979*
Tribunal Superior	1.896	1.947	1.752
Juzgado Penal	2.588	2.599	2.538
Totales	4.484	4.546	4.290

El otro canal de salida, además de los sobreseimientos y las sentencias, lo constituyen las desestimaciones, cuyo comportamiento ha sido bastante irregular, es irrelevante, por esa razón, para contradecir la existencia de la tendencia a la benignidad del sistema.

Si definimos la eficacia del sistema no como su aptitud para demostrar, en todos los casos en que exista, la responsabilidad de las personas acusadas, sino como su capacidad general para procesar y dar salida, cualquiera que ésta sea (desestimación, sobreseimiento o sentencia), a los casos que entran, la información disponible demuestra sin duda alguna que la eficacia ha aumentado notablemente. El aumento marcado de los sobreseimientos y el aumento constante de las sentencias constituyen la primera demostración. Sin embargo, las cifras más evidentes al respecto son las que se refieren a la existencia del circulante, tal y como se aprecia en el cuadro que sigue:

Cuadro Nº 8: Existencia de circulante al 1º de enero

Año	*Cantidad de casos*
1976	18.488
1977	10.569
1978	8.134
1979	6.993

Fuente: Estadística Judiciales, 1979, pág. 33.

A falta de mediciones sobre la duración promedio de los procesos penales, los datos del cuadro Nº 8 contestan favorablemente la cuestión de si con los cambios de los años setenta se ha logrado una justicia más pronta. El nuevo código de procedimientos penales ha permitido descongestionar el sistema, aunque a ello han contribuido también, seguramente, las disminuciones ocurridas en la cantidad de asuntos entrados.

B. *La acumulación residual de la prisión preventiva*

Dos de los hechos más significativos han sido, pues, la irregularidad, y la constante disminución de los procesamientos. Como ambas variables, entrada y procesamiento, son requisitos imprescindibles que deben anteceder, en ese orden, a la prisión preventiva, hasta el punto de que se puede formular diciendo que ésta deriva del procesamiento, si se dan los supuestos de aplicación que la ley procesal define, resulta entonces paradójico que, lejos de aumentar, la cantidad de personas sometidas a prisión preventiva haya venido creciendo, acumulándose y que haya llegado incluso, al 1º de junio de 1979, a superar al número de las personas condenadas que guardan prisión.[14]

La razón se encuentra en el código de procedimientos penales, que contiene disposiciones sobre prisión preventiva y sobre excarcelación más rigurosas y severas que el antiguo. No es pertinente exponer aquí los aspectos meramente legales de la cuestión, pero la existencia del fenómeno es indudable: al 1º de junio de 1978 los procesados en prisión preventiva eran el 38.45% de las personas recluidas en el sistema penitenciario, frente a 46.66% constituido por los condenados, y en 1979 los procesados pasaron a ser el 42.50% frente a los condenados que representaron el 40.81%, de un total de 2.308 internos.[15] Estos datos suscitan una duda sobre la calidad humana de la nueva legislación procesal. Sin embargo, no debe olvidarse que, en otros puntos, esa calidad humana del procedimiento penal ha mejorado, sobre todo por las reglas que norman la fase de juicio, que propugnan el contacto directo entre juzgadores e imputados, y por el auxilio de

14 Censo de Población Penal, 1979, pág. 48.

15 Ibidem. Censo de Población Penal, 1978, pág. 43.

disciplinas como la psiquiatría, la psicología y el servicio social, que hoy ayudan al juez por vías que los cambios de la última década han institucionalizado y ampliado.

Capítulo III

Las Perspectivas del Futuro

Según hemos visto en el cuadro Nº 8, la existencia de circulante ha disminuido marcadamente. Esto haría pensar que en poco tiempo, el sistema judicial llegará a estar funcionando muy cómodamente, con un volumen anual mínimo. Incluso podría pensarse que todo el aparato judicial penal, con el crecimiento que sufrió en los años recién pasados, llegará pronto a ser excesivo. Pensamos que ésta es una posibilidad real, siempre que se mantengan condiciones exteriores al sistema judicial que contengan dentro de límites manejables los niveles de delincuencia. Desafortunadamente, los datos más recientes no permiten esperar que así sea, pues las estadísticas judiciales de 1979 presentan un repunte agudo de la cantidad de delitos entrados.[16] Si esta tendencia se mantiene, la justicia penal costarricense podría entrar en pocos años en una crisis de saturación, tal y como ha ocurrido en otros países.[17] Si ya, con los niveles actuales, ha sido posible pensar que quizás las agencias fiscales y los juzgados de instrucción tienen dificultades para investigar eficazmente los asuntos sometidos a su conocimiento, una escalada de éstos, como parece ya insinuarse en las estadísticas de 1979, es susceptible de paralizar el sistema.

En todo caso, aún sin que el aumento sea repentino y profundo, es de esperarse que por lo menos en cantidades absolutas, la delincuencia seguirá aumentando permanentemente. El dilema del futuro entonces se plantea entre estas dos posibilidades: continuar el crecimiento del aparato judicial indefinidamente, o emprender un replanteamiento general y hondo del Derecho Penal.

16 Cfr. Fráf. Nº 1.

17 Cfr. André Davidovitch *"Criminalité et répression en France depuis un siècle"*, *Revue francaise de sociologie*, 1961, II, 30-49.

José M. Rico señala, como fuentes del retraso excesivo de las causas penales en América Latina, que obviamente determinan la acumulación de éstas hasta niveles de saturación del sistema, "su número cada vez mayor, el carácter inquisitorio y escrito del procedimiento, los numerosos recursos que dicho procedimiento ofrece, la codicia de ciertos abogados y la incompetencia de determinados jueces".[18] Aparte del número de causas, que no depende del Poder Judicial, Costa Rica ha eliminado las demás, salvo la última. Ha abandonado el carácter inquisitorio y escrito del procedimiento; ha suprimido recursos; el procedimiento establecido no favorece la satisfacción de la codicia de los abogados, si la hubiere. Sólo el último factor puede ser de mención válida en el tanto en que la juventud de algunos profesionales entorpezca su función; mas ese es un mal que el tiempo cura. En síntesis, se ha hecho todo lo posible por agilizar y humanizar la justicia. Quizás pocos sistemas judiciales concilien de mejor manera la eficiencia y la calidad, hasta el punto de que el sistema costarricense no corresponde, en la terminología de Packer,[19] ni al modelo del "control del crimen", que entiende la administración de justicia como una cadena de montaje cuyo rendimiento se mide por la cantidad de casos resueltos, ni exclusivamente al modelo del "debido proceso", que sólo persigue depurar la calidad de la justicia caso por caso. Más bien los concilia. Y, sin embargo, a pesar de todo el esfuerzo y el dinero que ha costado, nos damos cuenta de que un incremento de la criminalidad, cuya prevención le escapa, puede tornarle inoperante e insuficiente.

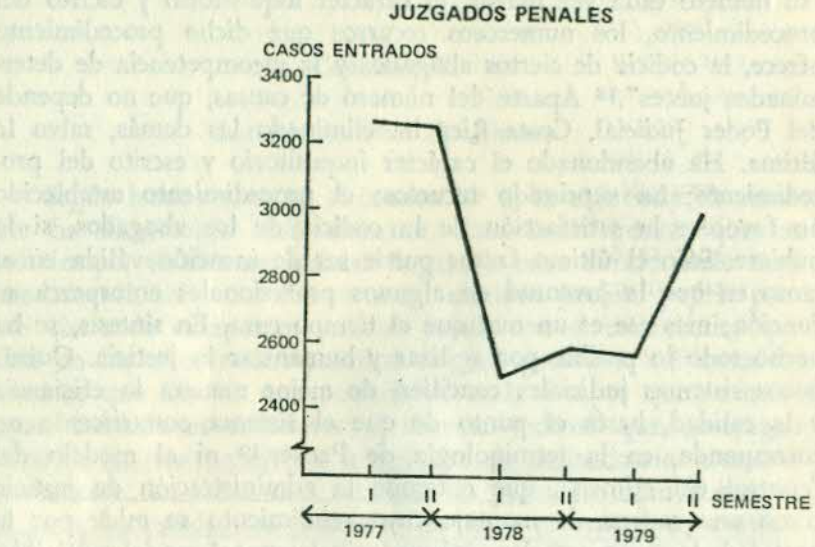
La evolución del país no garantiza que la delincuencia se reduzca en el futuro. Hasta en el mejor de los casos, aunque Costa Rica tuviera en los próximos años un acentuado desarrollo socio-económico, hemos de saber que la delincuencia podría aumentar. Se han reunido suficientes evidencias que permiten pensar que el propio crecimiento económico puede impulsar el aumento de la delincuencia. Ya se ha dicho sobradamente que no es la elevación de los niveles de vida lo que puede variar los cauces

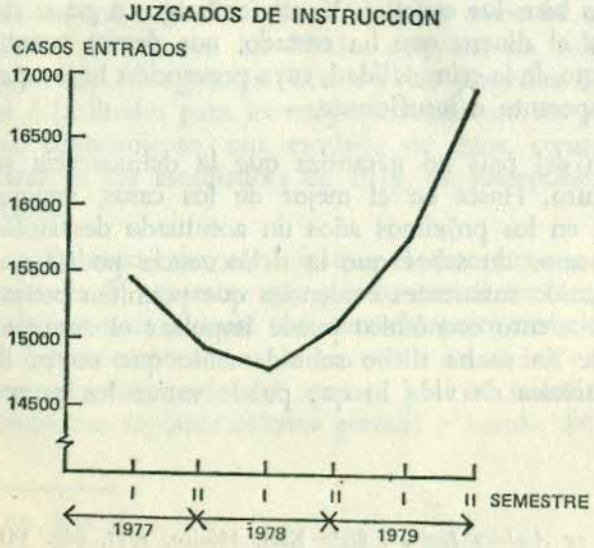
18 *"Crimen y Justicia en América Latina"*, Siglo XXI, México, 1977, pág. 341.

19 Cfr. Clayton A. Hartjen, op. cit., págs. 113-116.

Gráfico Nº 1

Asuntos penales entrados de 1977 a 1979 en juzgados





Fuente: Estadísticas Judiciales, 1979.

de la criminalidad, sino un cambio en la calidad de la vida.[20] Eso supone transformaciones culturales y sociales enormes. Claro que en su lugar podrían aumentarse y renovarse los esfuerzos para acrecentar el tamaño y la capacidad de trabajo del aparato judicial. Pero esos esfuerzos no tendrían justificación si tuviera que seguir sirviendo primordialmente para juzgar a los estratos más humildes. Además, la necesidad de hacer crecer el aparato judicial sería, entonces, ilimitada y perenne. Ya hoy le cuesta al país decenas de millones de colones anuales y, si agregamos el costo de los otros elementos del sistema penal, que también tendrían que crecer (cuerpos policiales y sistema penitenciario), las cifras seguramente se expresan en centenas de millones. En el futuro el costo sería infinitamente mayor, distrayéndose recursos de actividades más creativas y útiles, y nunca se alcanzaría un número de tribunales ni un número de prisiones definitivamente suficientes.

La única opción razonable y justa para el futuro es revertir el proceso, iniciar la desjudicialización y la desincriminación; en general, emprender un replanteamiento total del Derecho Penal. Porque los problemas que la justicia afronta no tienen su causa inmediata en el Poder Judicial, sino en el Derecho Penal que éste tiene que ejecutar, un Derecho Penal que ha sido construido, desde siempre, de espaldas a la realidad social costarricense, con la mira puesta mayormente en legislaciones y doctrinas foráneas, en principios esotéricos y en concepciones desarraigadas de lo humano.

Capítulo IV

Conclusión

¿Crisis de la administración de la justicia penal en Costa Rica? Los referentes empíricos indican que, en cuanto a su funcionamiento, no la hay, pero que el peligro permanece latente para el futuro.

En el momento actual, el análisis de los sectores de la población sobre los que la administración de la justicia penal des-

20 Cfr. Manuel López-Rey, *"Crimec"*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1970, págs. 185 y s.s.; Orlando Contreras Pulido *"Defensa social, violencia y crisis de la justicia"*.

Relación Criminológica, Valencia. Ven. Nº 16, enero-junio, 1976, págs. 15-16.

pliega su actividad, esboza el espectro de una crisis, una crisis de dramáticos perfiles y de graves consecuencias, una crisis de legitimidad.

Para conjurar el engendro de esa crisis, debe marcharse a su encuentro por el camino de la responsabilidad histórica. Ese camino es, para los criminólogos y los penalistas, el de la creación de un nuevo Derecho Penal.

Si el desarrollo es ciertamente algo más que el crecimiento económico, si el desarrollo es verdaderamente algo más que la elevación de los niveles materiales de vida, si el desarrollo comprende, en fin, la creación de un mundo mejor para el hombre, entonces un nuevo Derecho Penal debe ser una contribución necesaria para el desarrollo.

INDICE