

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Enrique Rojas Franco
Lic. Eduardo Sancho González

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Fernando Mora
Dr. Rodrigo Barahona
Dr. Víctor Pérez

12 MAR 2011

Duración

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez *

COS R
Nº 31
ENE-ABR
1977

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 155836



21402 4 DIAS
27 MAR. 1978

* Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica. - Director de la Sección de Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. - Tiene a su cargo las Cátedras de Licitaciones y Contratos Administrativos; y, la dirección de la Cátedra de Derecho Público. Fiscal del Colegio de Abogados.



FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 31

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1977



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS, 1978**

Presidente:
Lic. Mario Leiva Quirós

Vocal 1º:
Lic. Alvaro Carvajal Lizano

Vice-presidente:
Dr. Alvaro Fernández Silva

Vocal 2º:
Lic. Rafael Medaglia Gómez

Secretaria:
Lic. Violeta Madrigal Mora

Vocal 3º:
Lic. Nilo Arce Sáenz

Prosecretario:
Dr. Enrique Rojas Franco

Vocal 4º:
Lic. Pedro Antonio Peña Carrillo

Tesorero:
Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Vocal 5º:
Lic. Eduardo Sancho González

Fiscal:
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Alberto Sáenz Renauld

Vice-Rector de Vida Estudiantil:
Lic. Luis Fernando Mayorga

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Administración:
Dr. Luis Garita

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Fernando Durán

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Fernando Mora

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel María Murillo

Vice-Decano Facultad de Derecho:
Dr. Jorge Enrique Guier

Vice-Rector de Acción Social:
Dra. María Eugenia Bozzolli



EL CONGRESO JURIDICO DE 1977 Y LA CONSTITUYENTE

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, 1978

Vocal 1º: Lic. Alvaro Guevara Llorens	Presidentes: Lic. Ricardo Lora Guevara
Vocal 2º: Lic. Rafael Rodríguez Gómez	Vice-presidentes: Dr. Álvaro Fernández Soto
Vocal 3º: Lic. Hilario Rojas	Secretarios: Lic. Nicolás Méndez Mora
Vocal 4º: Lic. Pablo Antonio Fernández Castillo	Prosecretarios: Dr. Esteban Rojas Franco
Vocal 5º: Lic. Eduardo Sandoz González	Tesoreros: Lic. Ricardo A. Jiménez Carballo
	Fiscal: Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Vice-Rector de Vida Estudiantil: Lic. Luis Fernando Martínez	Presidente Consejo Universitario: Dr. Alberto Soto Henríquez
Vice-Rector de Administración: Dr. Luis Barrios	Rector: Dr. Claudio Cordero
Decano Facultad de Derecho: Dr. Fernando Soto	Vice-Rector de Estudios: Dr. Fernando Soto
Vice-Decano Facultad de Derecho: Dr. Juan E. Rojas Oros	Vice-Rector de Investigación: Dr. Manuel María Henríquez
	Vice-Rector de Asesoría Social: Dr. Marco Antonio Barrantes



Sin duda alguna estos años recientes han estado bajo el signo del proyecto de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Esta convocatoria a un organismo especializado y ad hoc que se encargaría de redactar una nueva Carta Magna, aparentemente es un fenómeno propio del estudio y diagnóstico de los especialistas en Derecho Constitucional y en Derecho Público. Sin embargo, por esa dinámica específica de las sociedades, por la cual se da una estrecha relación entre el Ordenamiento Jurídico y su referente empírico (lo Social), se puede intentar llevar a cabo una posible explicación del por qué de esos intentos pro-constituyente (desde la Administración Trejos Fernández hasta la presente de Oduber Quirós). Precisamente, algunos diputados del periodo 1966-1970, plantearon la necesidad de efectuar la comentada convocatoria. El resultado de tales gestiones fue negativo. En lo concerniente a las diligencias del Presidente de la República, Lic. Daniel Oduber Quirós, se puede indicar que el resultado final de ellas está pendiente —en cierto modo— de la aglutinación de fuerzas e intereses políticos-económicos resultantes de las elecciones de febrero de 1978 y de la forma en que se configuren los grupos de interés y de presión dentro (y, fuera) de la Asamblea Legislativa, en estos meses últimos de su periodo 1974-1978.

Lo interesante de esta situación incide sobre la pregunta: ¿por qué convocar a una Asamblea Nacional Constituyente? ¿Qué intereses se mueven detrás de esos intentos convocatoria? ¿Qué coyunturas políticas, económicas y sociales están condicionando esas corrientes en favor y en contra de la citada convocatoria?

Cabalmente, en el pasado Congreso Jurídico Nacional —celebrado en 1977— la presencia del Presidente Oduber vino a ser una gestión directa y personal en favor de la señalada convocatoria.

En ese Congreso, de tres mociones aprobados en la "Comisión de Reformas a la Constitución", el plenario respectivo las desechó. Por ese motivo, ese Congreso no aprobó ninguna moción favorable a un cambio en la Constitución Política. Desde este punto de vista se podría decir que los abogados que asistieron a ese Congreso se manifestaron de conformidad con el criterio de no hacerle reformas de la Carta Magna. Pero, la situación de fondo fue otra. Es decir, la cercanía de las elecciones de febrero de 1978, tiñó el ambiente de coordinadas político-electorales; el documento que presentó el grupo interesado en efectuar cambios consti-

tucionales fue superficial y simple (pues lo presentó bajo la consideración —implícita— de que tal documento se debería tener como un borrador o punto de partida de las discusiones); así fue como abogados del sector opuesto, redactaron una réplica al mencionado documento, la cual era fácil de hacer dado el carácter de conjunto de minutas sin elaborar que el trabajo pro-reforma constitucional presentó. Así mismo, se tenían muy frescas las palabras del candidato liberacionista Luis Alberto Monge, quien sostuvo que una convocatoria a una Constituyente era aconsejable si tenía respaldo popular y si respondía al deseo de las mayorías.

Lo curioso de la situación que perfilaba la cuestionada convocatoria es que tanto la derecha como la izquierda del país se manifestaron en contra de dicha convocatoria. Efectivamente, en los periódicos de los grupos de izquierda (Pueblo, Libertad, La Verdad, etc.) se esgrimía el argumento de que la derecha costarricense y los grupos políticos liberacionistas que apoyaban e impulsaban tal convocatoria, lo hacían para tener un cheque en blanco que favorecía sus intereses como clase social opresora del movimiento obrero y campesino del país. A su vez, las Cámaras patronales argumentaban que esa convocatoria era un instrumento de un sector del Partido Liberación Nacional, encabezado por el Presidente Oduber destinado a afianzar el proyecto político "oduberista", el cual era lesivo a esas Cámaras.

Así las cosas, tanto la derecha como la izquierda se opusieron (y, se oponen) a la discutida convocatoria. El consenso de los grupos conservadores y de los progresistas (de orientación socialista) en decir ¡No!, a la Constituyente, refleja una coyuntura social, política y económica sumamente relevante.

Independientemente del carácter ideológico de los argumentos de oposición a la Constituyente, sin duda el crecimiento del aparato estatal, la diversidad de funciones del Estado, la aparición de las empresas públicas, el debilitamiento institucional de la Contraloría General de la República, la concentración de poder político —gracias a las Presidencias Ejecutivas— y muchos otros hechos significativos en la esfera de la administración y burocracia públicas, hacen urgentes y necesarias las acciones encaminadas a reformar la Carta Magna. Esta debe ser una revisión global efectuada por técnicos en cada materia constitucional; y, no por políticos escogidos por los partidos con criterios de disciplina partidista más que con discernimiento experto sobre la tarea que se debe efectuar. Sobre este aspecto hay acuerdo en la derecha y la izquierda. Se acepta que se deben realizar transformaciones constitucionales; lo que no se admite es que esas reformas puedan dar cabida a manipulaciones partidistas distorsionantes ni al control de la Asamblea Nacional Constituyente por un partido político. En el fondo, de lo que se trata es de limitar el exceso de poder y fiscalizar las eventuales arbitrariedades o abusos de algún grupo.

A nivel jurídico se ha hecho una labor de conceptualización acerca de lo que es una Constitución Política (tarea en la que también hemos participado). Empero, si en el plano legal la Carta Magna aparece, por ejemplo, como un documento escrito en el cual se consignan la estructura básica del Estado, los deberes y derechos esenciales del nacional, el administrador y el ciudadano; y, la definición del sistema político; en el terreno social, ese formalismo jurídico —derivado de la Revolución Francesa y del Derecho Romano—, podría despistar acerca del rumbo que llevan las tesis ideológicas que cada grupo de interés, grupo de presión y partido político sostiene.

Si, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, el Partido Republicano Nacional y el Partido Vanguardia Popular estuvieron ausentes, ello se debió a que constituían las fuerzas políticamente perdedoras en la guerra civil de 1948. De esta manera, el minoritario Partido Social Demócrata libró una lucha —en el seno de esa Constituyente— contra los grupos conservadores del país que se habían aglutinado en torno a la figura de Otilio Ulate Blanco. Ahora bien, en estos momentos se da una batalla por el Poder entre la tradicional oligarquía nacional, que vino detentando la hegemonía a lo largo de la historia de esta nación (fundamentalmente, cafetalera) y la nueva oligarquía en ascenso, que se ha venido formando a partir de 1948.

En parte, el campo de los partidos políticos, ha sido el escenario ese enfrentamiento entre fracciones de la clase social alta, dominante o hegemónica. Por tanto, el Partido Liberación Nacional, fundado en 1951 (y, cuyo análisis hemos hecho en nuestro estudio sobre La Social Democracia en Costa Rica, San José, 1977), ha sido el reducto de los integrantes de esa nueva clase políticamente dominante, que a la larga se ha tornado en una emergente clase económicamente fuerte que compete audazmente con la institucionalizada oligarquía conservadora.

Esa mutación de político a empresario (o, de clase social políticamente beligerante —y, con una gran cuota de poder—, a clase social económicamente en Consolidación), ha sido facilitada por la nacionalización bancaria, la formación de empresas públicas con presupuestos millonarios y el control sobre todo el aparato estatal, que permite y facilita la formación de políticos-empresarios, en la medida en que la obtención de préstamos bancarios o estatales se hace mucho más expedita, se pueden conceder avales bancarios más fácilmente, se cuentan con los contactos estratégicos en las entidades financieras nacionales e internacionales para darle contenido económico a proyectos de inversión de la empresa privada, cuya propiedad jurídica o real pertenece a los políticos bien ubicados con vocación empresarial.

De ese modo, a lo largo de 25 años, el Partido Liberación Nacional ha facilitado y canalizado la realización de tales vocaciones empresariales. Lo que ha permitido la formación y la gestación de una fracción

social hegemónica, que no sólo cuenta con el Poder Político, sino que está acumulando Poder Económico. Por supuesto, que este proceso de formación de una fracción social localizada en la clase alta del país, es negativamente receptada por la estamental clase dominante costarricense. Sin embargo, la élite conservadora tradicional, ocupada en sus negocios y empresas, descuidó (por así decirlo) la preparación de cuadros políticos y la implementación de un partido político que representara fielmente sus intereses. Así, se podría decir que el dinero no lo hace todo. Surgiendo la pregunta: ¿Cómo es posible que los sectores adinerados, conformadores de la clase alta, no tengan un proyecto político articulado y sistemático focalizado en un partido político? La cierto del caso es que los ricos, desde hace varias o muchas veintenas de años, carecen de un proyecto político que refleje sus aspiraciones, sus intereses y sus preocupaciones de clase. ¿Será, que desde 1940, año en que finaliza la gestión de León Cortés, se da una década crucial y coyuntural, en la cual se desintegra el proyecto hegemónico de los "cafetaleros" (para decir algo) conocido como "liberalismo" del Olimpo?

Y, que frente a esa desintegración de un modelo político liberal, con el sello y la marca de Cleto González, Ricardo Jiménez y León Cortés, se gesta otro modelo neoliberal, social demócrata o intervencionista? Probablemente esas preguntas nos den parte de la pista en esa investigación sobre el mando y el poder en Costa Rica.

Asimismo, se puede señalar que el Partido Liberación Nacional se ha encargado de forjar el nuevo proyecto político nacional, de corte populista, reformista y anti-oligárquico tradicional. Este partido ha preparado políticos de carrera, personas dedicadas a la política; o sea, políticos profesionales. Mientras que la oligarquía tradicional, que se separó del Partido Republicano Nacional (ante el pacto de éste con Vanguardia Popular) y se integró al Partido Unión Nacional; y, luego ha tratado de mantenerse coaligada —políticamente— a propósitos de las candidaturas presidenciales de Mario Echandi, Trejos Fernández y de Rodrigo Carazo, no ha podido construir cuadros, ni programas políticos que defiendan sus intereses y en donde se cristalice su conciencia de clase económica dominante. Esto ha permitido al Partido Liberación Nacional consolidarse como fuerza políticamente dominante, en el terreno de estos últimos 25 años. De esta suerte, en la cúspide de nuestra sociedad, en esa terraza social, se observa la pugna entre un sector o fracción de la clase alta que ha venido detentando el poder económico desde hace años y otro fragmento de clase social que viene fortaleciéndose como fracción políticamente hegemónica, a partir de 1948.

Incluso cronológicamente, se puede describir esa formación de la nueva fracción hegemónica, de acuerdo a las generaciones que han acompañado —políticamente— a José Figueres y Francisco Orlich en el Acción Demócrata (1943), a Daniel Oduber en el Centro de Estudios

para los Problemas Nacionales (1940 - 1945) y a Luis Alberto Monge en el Partido Social Demócrata (1945). En cierto sentido se podría decir que de las cenizas de un cortesismo obsoleto, nace el nuevo proyecto político de los grupos emergentes del país, impulsores de una ampliación de la burocracia pública, nacionalización bancaria, intervencionismo estatal, formación de empresas públicas, fortalecimiento de una burocracia pública, incremento de la inversión externa pública, etc.; en fin, de un proyecto político de índole modernizante, desarrollista y reformista, que no afecta la distribución del ingreso nacional, que no efectúa una reforma agraria real y en sentido estricto, que no apoya el movimiento sindical, sino al contrario lo trata de controlar, de neutralizar o reprimir, que no introduce medidas de promoción y beneficio efectivo para los grupos campesinos y asalariados, que no hace quiebres en la distribución de la tierra, sino al contrario fomenta el latifundio. Es decir, que ese proyecto de reforma social (no, económica), tiende a vitalizar esa clase media burocratizada, para que esta actúe como un yunque con respecto a la clase alta tradicional, y así abra camino a la nueva fracción hegemónica que lucha por desplazar a la oligarquía conservadora de su pedestal de élite dirigente exclusiva.

Parte de este tinglado, explica los esfuerzos por modernizarse que está efectuando esa derecha anquilosada. El signo visible de ese cambio hacia la modernización política, es el apoyo a la candidatura de Rodrigo Carazo, el cual —a pesar de venir de las tiendas del Partido Liberación Nacional—, ha recibido el respaldo de grupos conservadores, debido a la comprensión (un poco intuitiva) de algunos de sus ideólogos en el sentido de que para enfrentársele con esperanzas de éxito a la maquinaria política del Partido Liberación Nacional, es preciso contar con dirigentes políticos experimentados y con imagen.

Cabalmente, en este cuadro complejo aparece la convocatoria una Constituyente.

Como además de lo que se enuncie en el área jurídica, la Carta Magna expresa y manifiesta el proyecto de los grupos que tienen el poder en una sociedad, precisamente, por esta razón es que tanto la derecha como la izquierda se han manifestado en contra de la citada convocatoria. Ya que son conscientes de que esa herramienta poderosa, tal y como se ha confeccionado, beneficiaría al Partido Liberación Nacional, en la medida en que tendría más diputados constituyentes que los otros grupos políticos, pues la escogencia de esos diputados la harían los partidos políticos de acuerdo al número de votos que obtengan en las elecciones de febrero de 1978.

Y, tal y como se comportan las fuerzas que componen el campo dialéctico hacia lo interno de Liberación Nacional, el grupo oduberista tiene una cuota de poder mayor que los otros fragmentos de partido (figuerismo, mongismo, acción patria, garronismo, etc.); lo cual explica

Castrista no eliminaron las normas jurídica que habían regulado la sociedad cubana durante el Siglo XX hasta el ascenso de Castro al Poder. Precisamente, lo que hicieron los castristas fue —sobre la marcha de los acontecimientos del proceso revolucionario— emitir normas legales que facilitaran dicho proceso de cambio. Así, pues, no se dio una derogatoria global de las leyes capitalistas, sino que se implementaron nuevas normas de derecho pertinentes al cambio cubano. Eso sí, conforme el proceso de cambio se fue estabilizando e institucionalizando, el mecanismo de eliminación de leyes burguesas o capitalistas se fue dando, para dar lugar a normas de corte socialista. En este sentido la transformación fue evolutiva y no de golpe.

Cabalmente, el año de 1977 fue bautizado por el gobierno cubano como el año de la institucionalización debido a que ya tenían en vigencia la Constitución Política de 1975, el Código Civil, el Código de Familia, la Ley de Administración Pública, etc., bajo el signo ya de la ideología socialista.

Ese año de 1977, calificado de la institucionalización, refleja la madurez de la sociedad cubana en su camino hacia formas de organización socialista. En otras palabras, las autoridades cubanas se dieron cuenta que primero era necesario efectuar cambios en el plano real acompañados de innovaciones legales sin derogar todo el andamiaje jurídico capitalista—; y, posteriormente elaborar códigos sobre áreas determinadas de la sociedad que ameritaran cuerpos normativos completos y factibles de tener eficacia y positividad. Es decir, se tenía presente que los divorcios entre el Derecho y la Sociedad, perjudicaban el desenvolvimiento de los procesos reales.

Aproximadamente, quince años después de la instauración del castrismo en Cuba, los organismos correspondientes emiten conjuntos legales socialistas; o sea, luego de que la experiencia iba dictando pautas a las normas temporales, circunstanciales y ad hoc, que el Gobierno había dictado para una situación y momento dados.

Lo que nos interesa destacar aquí y ahora es que a pesar de que Batista había sido derrocado, no por ello se derogan todas las leyes dadas durante el gobierno de Batista y antes de él. Al contrario, el régimen castrista siguió aplicando aquellas que favorecían el proceso de cambio social que estaban orientando. Incluso, la misma Constitución Política se mantuvo en pie, hasta que quince años después se emite otra de carácter socialista.

Tercer caso: Costa Rica.

Nuestro país en 1948 vivió una guerra civil que dio por resultado la vuelta al sistema democrático merced a la neutralización de las clases sociales y de las fracciones de la clase hegemónica; a la vez que la Carta

Magna de 1949, también fue fruto de ese período de ajuste social que constituyeron las décadas de 1930 a 1950.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, el proyecto de Carta Magna presentado por la Junta de Gobierno fue desechado por los constituyentes.

Por razones bélicas, los perdedores en la citada guerra civil de 1948, (los calderonistas y los comunistas) estuvieron ausentes de esa Constituyente. El Partido Social Demócrata —nacido de la fusión de Acción Demócrata y el Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales—, representó la tesis modernizante y reformista de ciertos sectores medios emergentes del país.

El resto de los Constituyentes, mayoritarios —frente a la minoría social demócrata—, rechazan el proyecto de Constitución Política que la Junta de Gobierno les hace llegar y parten de la Carta Magna de 1871 en esa tarea de confeccionar una Carta Fundamental. Sin duda fue una medida conservadora explicable, ya que la Constituyente citada estaba en manos de constituyentes representantes de las fuerzas y los grupos oligárquicos, que circunstancialmente habían apoyado la candidatura de Otilio Ulate.

Este caso nos da la ocasión de escribir las siguientes reflexiones —entre otras posibles—: la aparente contradicción configurada por el hecho de que el proyecto de Carta Magna de la Junta de Gobierno fuere rechazado por la Constituyente y en su lugar se tomase la Constitución Política de 1871, cuando la Junta estaba formada por los que habían triunfado en la guerra civil de 1948, se resuelve simplemente al darse cuenta que la clase económicamente dominante (que apoyó a Ulate y se opuso al “calderocomunismo”) no estaba de acuerdo con las reformas progresistas que la Junta proponía en su proyecto de Carta Fundamental. Ello explica en parte, por qué una de las áreas más reformadas fue la Administración Pública o aparato del Estado, principalmente, su régimen descentralizado (ahora en proceso inverso —de centralización— debido a las Presidencias Ejecutivas). De este modo, la Carta Magna de 1949 es conservadora y no reflejó fehacientemente la ideología modernizante de los socialdemócratas.

Esos tres casos reseñados, nos confirman el carácter de autonomía relativa que tiene el Derecho frente a la realidad social integral. En otros terminos: no es cierto que los grupos dominantes —social, política y económicamente de la sociedad— hagan el Derecho a su imagen y semejanza, cuando quieran y como quieran, por así decirlo. Tampoco es cierto que hay una separación total entre la élite gobernante y el derecho que se produce. Lo que los hechos nos dicen es que hay una relación estrecha entre la élite (los que mandan) y el derecho vigente; pero no siempre

y en todos los casos el derecho vigente es un fiel reflejo de la voluntad de la clase hegemónica en la sociedad.

Lo que sí se puede decir es que los puntos vitales del sistema capitalista o socialista (por ejemplo, propiedad privada de los medios de producción y distribución; y, la propiedad colectiva o socializada, respectivamente) son cotos exclusivos de la élite, que celosamente protege esas zonas estratégicas y definitorias del sistema de poder en la sociedad.

Asimismo, otra hipótesis que se puede dar es que el derecho influye en la sociedad y la sociedad ejerce influencia sobre el derecho. Lo que no hay son parámetros para medir la intensidad, profundidad, diversidad, velocidad y durabilidad de la incidencia el derecho sobre la sociedad y de éste sobre aquélla.

Además, se dan casos de leyes que no se cumplen, otras que producen los efectos contrarios a los deseados por la ley. En otros términos el esquema de una ley emitida y vigente puede ir desde cero aplicabilidad hasta una total vigencia. Ello sin tomar consideración el mundo complejo de la costumbre, los mores y los folkways; que —aunque integrantes del control social— tienen características diversas al derecho establecido.

Retomando el título que le pusimos a estas líneas, cabe señalar que el Colegio de Abogados, en su programa de actividades importantes y exitosas, hizo bien en poner su contribución al debate de las reformas constitucionales. Este tema como los otros discutidos en este Congreso Jurídico Nacional de 1977 mostraron la participación y el interés de los abogados costarricenses en la concepción del Derecho como instrumento útil y vital para la convivencia humana democráticamente plasmada.

Por lo que respecta al contenido de esta revista N° 31 esperamos que el mismo sea de utilidad para sus estimables lectores.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

PRESENTACIÓN Y CIENCIA, FICCIÓN
DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

ENSAYOS

**PASADO, PRESENTE Y CIENCIA FICCION
DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS
EN COSTA RICA**

Dr. Fernando Mora

PASADO, PRESENTE Y CIENCIA FICCIÓN
DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
EN COSTA RICA

Dr. Fernando Pérez

Este estudio se denomina "*Pasado, Presente y Ciencia Ficción de las Sociedades Anónimas en Costa Rica*", porque en realidad en él voy a hablar más que todo de aspectos que no están regulados en la legislación costarricense y que implican ver hacia el futuro; aspectos sobre los cuales algunas personas podrían decir que nos encontramos muy lejos y por lo cual hablo de ciencia ficción de las Sociedades Anónimas en Costa Rica. Sin embargo, creo que no nos encontramos tan lejos de esas situaciones y veremos si el desarrollo que sigue nos da o no la razón.

Tradicionalmente se ha tenido a la Sociedad Anónima como un esquema organizativo de sujetos, como un sistema organizativo de personas; con esa idea nacieron las sociedades anónimas, por allá del siglo 17 con las llamadas Compañías Indias, que fueron los primeros tipos de Sociedades Anónimas que se conocieron. En ese entonces y durante todo el resto de la vida de la sociedad anónima hasta quizá principios de este siglo, las sociedades anónimas han sido vistas como un esquema que sirve a determinados sujetos para organizar sus actividades a través de los mecanismos que la misma sociedad anónima tiene: fundamentalmente para organizar su actividad a través de la emisión de títulos de fácil transmisión, con un esquema organizativo que permite una gran flexibilidad de entrada y de salida de sujetos dentro de la sociedad y con una responsabilidad limitada. Se ha dicho que este esquema organizativo de personas es el elemento fundamental de desarrollo del capitalismo y algunos autores inclusive dicen que la sociedad anónima es el paradigma, es decir el ejemplo típico, de una sociedad capitalista. Quizá, efectivamente hay razón en esta afirmación, porque una de las cosas que en primer lugar eliminan los países socialistas es precisamente la sociedad anónima, junto con todo el Derecho Mercantil, pero en primer término eliminan la sociedad anónima¹.

Este concepto de sociedad anónima como un esquema de organización de la actividad que realizan los sujetos ha ido evolucionando y hoy en día las sociedades anónimas se ven no como esta forma de organizarse las personas para realizar actividades económicas, sino como un esquema organizativo de las empresas económicas. Para entender esto, voy a dar una idea muy rápida de lo que comprendo o entiendo como empresa económica.

¹ En la Unión Soviética existen un par de sociedades anónimas, una que maneja el comercio exterior y otra que maneja el turismo internacional.

El concepto de empresa es un concepto básicamente económico, no es un concepto jurídico². Económicamente decimos que la empresa es la organización de los factores de la producción tendiente a la producción de bienes y de servicios para un mercado o tendiente al cambio, dentro de un mercado, de estos bienes y servicios. En el primer caso tenemos las empresas de transformación, es decir las comúnmente llamadas empresas artesanales y las industriales, empresas que transforman bienes o servicios dentro de un mercado; y en el segundo caso, tenemos las empresas comerciales, empresas que intermedian en el mercado de los bienes o de los servicios. Como factores de la producción normal tomamos dos³, el capital y el trabajo. Desde el momento en que se ve a la empresa como la estructura interna de la sociedad anónima, desde el momento en que sociedad anónima es un esquema para organizar las empresas económicas pequeñas, medianas o grandes, y no simplemente un esquema para organizar la actividad de personas, empiezan a discutirse criterios muy interesantes que, como base para lo que voy a explicar posteriormente, voy a repetir ahora con cierta rapidez.

Al inicio de la actividad económica se tiende a ver únicamente el interés de uno de los elementos de empresas que es el capital, y entonces se regula la sociedad anónima con la tendencia única y exclusiva de proteger los intereses de este sector, dentro de la empresa, es decir del sector que representa el capital. Más o menos esta es la situación de la sociedad anónima en Costa Rica, en el Código de Comercio, que representa lo que en el título se llama el pasado de la Sociedad Anónima⁴.

En un principio, repito, se ve únicamente el interés de uno de los factores de la producción, el capital. En una etapa posterior se empieza a ahondar en el concepto de empresa económica, como célula básica de la economía y que al mismo tiempo es el sustento o el sustrato de la sociedad anónima y entonces se empiezan a plantear algunos problemas acerca de si no será necesario proteger e incluir dentro de la regulación de la sociedad anónima, no solamente lo que se refiere al elemento capital, sino lo que se refiere a otros elementos que tienen también un gran interés dentro de la empresa. En efecto, tanto los tratadistas, en materia mercantil, como las legislaciones positivas, hoy en día, empiezan a regular otros elementos de la empresa económica. ¿Cuál es la justificación para que se pase de la regulación de las actividades del elemento capital a la regulación de las actividades de otros ele-

² Sin embargo, el derecho paulatinamente ha ido tomando partes del concepto económico, y ha tratado de regularlos a través de normas.

³ Sobre cuáles son los factores de la producción, hay una gran discusión de tipo doctrinario entre los economistas, pero básicamente hay dos factores de la producción acerca de los cuales no se discute y que son los elementos sobre los que la empresa se organiza.

⁴ Costa Rica respecto a la organización de la sociedad anónima vive en el pasado, vive en un pasado de hace cien años. El Código de Comercio de Costa Rica de 1964, lo he dicho siempre, no se hizo viejo, nació viejo, y no nació viejo, nació anciano; la sociedad anónima nuestra, salvo algunos puntos, muy pocos,

mentos? La argumentación es muy sencilla, se dice lo siguiente: si la célula básica de la economía (sea el sistema capitalista o un sistema socialista) es la empresa y si la empresa no es simplemente capital, sino que es al mismo tiempo capital y trabajo, lo lógico es que también haya una regulación y una consideración del elemento trabajo; pero no solamente el capital y el trabajo son los elementos fundamentales del concepto de la empresa económica; en la empresa económica hay otros intereses; está interesado también el proveedor, (el proveedor de la empresa está interesado en que ésta subsista), está interesado el acreedor de la empresa (el acreedor de la empresa no quiere que ésta quiebre ni que sufra deterioro, porque su crédito depende de la subsistencia, de la vitalidad y del funcionamiento de aquella), y en último término está interesado, también en las empresas, el Estado, porque la economía de un país depende de la estabilidad, de la potencialidad, de la agresividad, de la forma en que sus empresas se inserten dentro de los mercados internos o internacionales, y por eso entonces, nace un concepto nuevo, desconocido en el siglo pasado, pero que hoy en día es una adquisición de todas las legislaciones humanas: el concepto de interés social. Se dice, a partir del concepto de interés social: en una empresa económica, y por lo tanto en la regulación de una sociedad anónima que es el esquema organizativo de las empresas económicas, no solamente existe el interés del socio, no solamente existe el interés del capital, no solamente existe el interés del trabajo (del trabajador que depende de la empresa), sino que además existe el interés del acreedor, el interés del proveedor, y el interés en general del Estado o de la economía del Estado, y por lo tanto, se dice, que no se puede hablar de interés social como interés de la empresa, pensando únicamente en las partes interesadas en la existencia de la empresa; se debe hablar de interés social en un sentido que va más allá, que tiene alcance mucho mayor; interés social se dice entonces, es el interés de permanencia, de subsistencia, de fortalecimiento, de revitalización (o de vitalización si se puede decir), constante, de las células básicas de la economía que son las empresas. Las empresas, entonces, no son simplemente el interés de los socios, o el interés de los trabajadores, o el interés de los acreedores o el interés del Estado, sino que son el interés de todos estos sectores conjuntamente. En Costa Rica estos conceptos modernos de empresa y de interés social han tenido un cierto desarrollo, pero un desarrollo bastante débil; yo citaré únicamente dos casos: uno expresamente establecido en el Código de Comercio⁵, y otro en la jurisprudencia nacional.

Hablando en este momento un poco del pasado de la sociedad anónima en Costa Rica, y un poco del presente, señalo que el Código de Comercio en la regulación de las sociedades anónimas establece que los socios adquieren un derecho a los dividendos a partir del momento en que la Asamblea General constata la existencia de utilidades netas y

⁵ Es la única disposición moderna que existe en el Código de Comercio de Costa Rica de 1964 respecto a las Sociedades Anónimas.

delibera sobre la repartición de los beneficios, decidiendo efectivamente pagar una determinada suma de dividendos a los socios. Esto, evidentemente no pertenece a los sistemas tradicionales de la sociedad anónima como organización de personas, no pertenece a los sistemas que regulaban la sociedad anónima como esquema organizativo de personas y no como esquema organizativo de la empresa económica. En un sistema tradicional que toma a la sociedad anónima como organización de sujetos, el socio tiene un derecho al dividendo, desde el momento en que terminado un período fiscal se comprueba la existencia efectiva de utilidades. ¿Por qué? Porque él ha ideado esta forma de organizar sus actividades económicas y una vez que, terminado el período fiscal, se comprueba que existen unas utilidades él adquiere de inmediato, automáticamente, el derecho de que le giren la parte proporcional que le corresponde de estas utilidades, que le giren los dividendos respectivos; en cambio en un sistema moderno en que se toma en cuenta el interés social, el socio no adquiere el derecho al dividendo, sino como lo dice el Código de Comercio de Costa Rica: a partir del momento en que la Asamblea General se reúne, delibera sobre las utilidades y decide efectivamente pagar las utilidades, un determinado monto en forma de dividendos al socio; y esto se debe, repito, al concepto de interés social. ¿Por qué? Porque en un sistema tradicional de sociedad anónima como organización de sujetos, lo único que le interesa al socio es invertir en la sociedad anónima y a la finalización de cada período fiscal, recoger las utilidades que la sociedad produjo, y embolsárselas; puede ser que no le interese de ninguna manera ni la subsistencia, ni el fortalecimiento, ni la revitalización, ni la existencia de la sociedad; el socio puede decir simplemente: ya invertí tanto, hay tanto de utilidades. En cambio, dentro de un sistema de interés social, dentro de un sistema que vea la sociedad anónima como un esquema organizativo de las empresas económicas y que tienda a revitalizarlas, a perpetuarlas, a mantenerlas, a reforzarlas, proyectarlas aún más en interés, ya no solo del socio que invirtió sino de los trabajadores, de los acreedores, de los proveedores y básicamente de la economía del país, sólo cuando la Asamblea decide que puede disponer de las utilidades, que no las necesita para renovar su maquinaria, que no las necesita para formar un capital de trabajo, que no necesita las utilidades para extender sus actividades, diversificarlas, sólo a partir de este momento en que la Asamblea General decide que sí es dable repartir una parte o la totalidad de las utilidades, sólo a partir de ese momento es que el socio adquiere un derecho al dividendo.

En la nueva tesis vemos una gran diferencia y en realidad, se trata una concepción completamente distinta; el socio una vez que invirtió en una sociedad anónima, perdió parte del dominio que tenía sobre los montos que invirtió, al menos perdió el dominio directo; no lo perdió del todo porque él tiene siempre en sus manos las acciones, los títulos que representan su inversión y conforme la sociedad se va fortaleciendo, va aumentando sus actividades, aumenta sus reservas, su capital de trabajo, hace una renovación de sus maquinarias, extiende

sus actividades, su acción vale más, pudiendo él recuperar las utilidades que no le pagan directamente, a través de la venta de sus títulos que ahora valen más que antes por el fortalecimiento y la revitalización de la sociedad. En todo caso como se ve, se trata de una concepción absolutamente distinta de la sociedad anónima, en relación con la empresa económica.

Otro ejemplo, de cómo el sistema de derecho costarricense ha adquirido un poco a la fuerza, un poco lentamente, un poco tardíamente, este concepto moderno de sociedad anónima, como esquema organizativo de la empresa, lo encontramos en el derecho del trabajo.

Tradicionalmente, cuando el trabajador, trabajaba una época o un período con una sociedad y luego era trasladado a trabajar a otra sociedad, pero perteneciente al mismo grupo económico, si el trabajador, al ser trasladado de la Sociedad A a la Sociedad B, aunque pertenecieran a un mismo grupo económico, a una misma empresa económica, no reclamaba sus prestaciones, perdía el derecho a las mismas, por no haber reclamado en tiempo. Al tratarse de sociedades distintas, de personas jurídicas distintas, no era concebible responsabilizar a la Sociedad B de las prestaciones que no se le cobraron a la Sociedad A; ni mucho menos responsabilizar a la Sociedad C, de lo que no se le cobró a la Sociedad A.

Pues bien, el punto es el siguiente: sabemos que hoy en día es muy corriente, inclusive, o principalmente para efectos fiscales, dividir las actividades de una sola empresa económica entre distintas Sociedades Anónimas⁶. Muy a menudo las sociedades A, B, C, son partes de una sola empresa económica. La Sociedad A es una sociedad productora, o una sociedad explotadora del bosque, para poner un ejemplo de maderas; la Sociedad B es una sociedad procesadora de la madera: la corta, moldea, etc. y la Sociedad C es una sociedad que se encarga del mercadeo del producto, aunque las tres en conjunto forman parte de una sola empresa económica, y están íntimamente ligadas entre sí. Pues bien, la jurisprudencia costarricense en materia laboral, ha dicho que cuando se logra demostrar que el trabajador trabajó para distintas personas jurídicas colectivas, es decir, para distintas sociedades, pero que formaban todas ellas en conjunto una sola empresa económica, mantiene el derecho a cobrar sus prestaciones sobre todo el tiempo servido en conjunto. Esta tesis implica una cierta revolución, al menos en la manera corriente de refrontar los problemas laborales y es el producto de ver a la Sociedad Anónima no como un esquema organizativo de sujetos, sino como un esquema organizativo de la empresa económica o de sectores de ella.

Estos puntos que acabo de desarrollar son únicamente introductorios sobre el pasado y el presente de la Sociedad Anónima en Costa Rica. Paso ahora a analizar el problema de las Sociedades Anónimas

⁶ Este sería otro tema para una charla: cómo se usan los esquemas de las Sociedades Anónimas y de las Acciones al portador, para violar las leyes fiscales y violar todas las leyes imaginables.

vistas en esa forma, como un esquema organizativo de la empresa a través de algunos otros fenómenos muy importantes.

Se dice que hoy en día en las Sociedades Anónimas existe un poder sin propiedad, y una propiedad, sin poder; hay sujetos que tienen el poder en la Sociedad Anónima, muchas veces sin ser los propietarios del capital y existen los socios, en muchos casos, que son los propietarios del capital, pero que no tienen el poder sobre la sociedad anónima. El poder sin propiedad ha sido el producto del desarrollo, en primer lugar, de la tecnocracia.

Hoy en día, el tecnócrata, el técnico, el individuo que dirige los cuerpos ejecutivos de la empresa es el que realmente manda, porque el socio, respecto de las actividades técnicas de aquella empresa⁷ se encuentra con que no tiene ningún poder, que no puede tomar prácticamente ninguna decisión; que la decisión la toma dentro de la empresa la tecnocracia, porque ellos, los tecnócratas son realmente los conocedores en cuanto al mercado, en cuanto al proceso del mismo, de la empresa respectiva, en cuanto a contabilidad de costos, en fin, son los cuerpos, los grupos, los cuadros técnicos de la empresa los que la manejan y el dueño, el propietario, el socio, la asamblea, prácticamente no tienen ningún poder.

Pero tal fenómeno no solamente ha sucedido en el nivel técnico, sino que el propietario ha perdido el poder frente a la clase gerencial, frente al individuo que no es el dueño de las acciones, que no es el dueño del capital, a quien no pertenece ninguna parte del patrimonio de la empresa económica que está gestionando, pero que es el que sabe gestionar la empresa, y es quien toma las decisiones, y las presenta hechas al propietario o al dueño de las acciones.

Finalmente, este fenómeno de la propiedad sin poder se produce no sólo frente a la tecnocracia, y frente a la clase gerencial, sino que además se produce como un fenómeno todavía más particular. Conforme las empresas van aumentando de volumen, conforme aumentan su capital y empiezan a colocar sus acciones entre el público —un fenómeno ya bastante generalizado en Costa Rica y que en el futuro se desarrollará aún más— conforme este fenómeno de colocación del capital entre una población ahorrante muy difundida y muy grande en número se acentúa, la mayoría de los accionistas tiende a perder poder frente a una minoría que se convierte en mayoría aunque parezca paradójico. La situación es la siguiente: las empresas grandes (imaginemos por ejemplo, el caso de la Fábrica de Cemento) tienen repartidos miles de acciones entre una gran cantidad de socios que no tienen ningún interés ni en la administración ni en las políticas de la empresa y que no tienen ninguna posibilidad de intervenir. Esto sucede muy a menudo y sucederá más en el futuro en las empresas grandes; es decir, la

⁷ Que quizá él empezó de una manera doméstica, pero que en momento determinado se les escapó de las manos por el crecimiento; se le escapó inclusive de sus propios conocimientos en materia de administración de empresas o de nuevas ideas.

existencia de un accionariado popular, de una gran cantidad de socios tenedores probablemente de la mayoría de las acciones, pero que no tienen cohesión entre ellos, que no se interesan en la administración, que no tienen posibilidad de intervenir en las políticas de la empresa, que no tienen el medio económico de analizar los estados y los informes de la sociedad; que por lo tanto no van a las Asambleas, lo que provoca que el poder se concentre generalmente en manos de grupos minoritarios, coaligados, unidos que representan el 10 o el 15% únicamente del capital, pero que, por reunir el capital en pocas manos, dominan con ese 10% o ese 15% las asambleas.

Todo lo anterior como fenómeno de lo que se llama poder sin propiedad. Pero luego se produce también lo que se llama propiedad sin poder. Es la situación de los socios ahorrantes, las gentes que compran acciones para recoger los dividendos únicamente, que no están interesados en las políticas de la empresa, que no pueden intervenir, que no entenderán nunca los informes contables, que, mucho menos, no pueden pagar un contador que vaya a hacer un estudio de ese informe y les pueda decir qué es lo que dice allí. Estos son los propietarios sin poder. Esta situación empieza en Costa Rica a delinarse con más intensidad porque actualmente se desarrollan en nuestro medio las grandes empresas, con interés en colocar acciones entre el público. Por el momento se ha empezado a colocar obligaciones, los llamados bonos de algunas sociedades, pero existe la tendencia y se nota constantemente en las empresas, en los estudios jurídicos que realizan, el deseo de hacer emisiones de capital y colocarlos en el gran público ahorrante, y ese fenómeno se va a ver acentuado en Costa Rica en los próximos años. Estoy hablando de lo que yo llamo la Ciencia Ficción. Porque alguno diría que esto es Ciencia Ficción, que estamos hablando quién sabe si del año 3000 en Costa Rica. Por mi parte creo que estamos hablando de 5 a 10 años plazo únicamente. Se debe tomar en consideración que empieza a delinarse también la actividad de una bolsa de valores en nuestro medio y el interés de las sociedades de colocar el capital en el gran público ahorrante, más el instrumento que la existencia de una bolsa de valores proporciona, hace cada vez más factible el que dentro de poco tiempo en nuestro país haya una gran cantidad de sociedades anónimas muy grandes, cuyo capital probablemente pertenezca en gran volumen a los costarricenses que estarán interesados únicamente en recoger algunas utilidades y no propiamente a los capitalistas. Este fenómeno se ha visto a un nivel bastante reducido con algunos experimentos que se han hecho respecto a los clubs sociales, campestres y no campestres, en los que ofrecen acciones a una gran cantidad de personas, que como utilidad recogen algunas veces solo el uso de las instalaciones. Estos accionistas tienen derecho, tal vez a recoger dividendos, pero generalmente los experimentos han ido fracasando y quebrando lentamente; entonces no ha habido un recoger efectivamente de las utilidades.

Pero creo que en poco tiempo, entre esa tendencia de las empresas a crecer y a obtener el capital del ahorro público, la existencia de la

bolsa de valores; y, el interés que todo esto empieza a despertar en el pequeño ahorrante, se va a producir la aparición de un nuevo tipo de sociedad anónima: la sociedad anónima con acciones cotizadas en la bolsa. Y esto es repito, la Ciencia Ficción de nuestra sociedad anónima, y de ello, voy a hablar en los próximos párrafos.

Estas sociedades de nuevo tipo que creo, se producirán dentro de poco en Costa Rica, sociedades con acciones cotizadas en la bolsa de valores, van a estar caracterizadas por: *primero*, un esquema organizativo particular, propio de ellas, que permita por ejemplo, el que los socios ahorrantes no tengan posibilidad de introducirse en la administración de la empresa porque, probablemente las acciones que se les venderán serán acciones privilegiadas sin derecho a voto⁸. Lo que se va a colocar en el mercado probablemente, entonces, serán acciones privilegiadas sin derecho a voto, y en un sistema legislativo como el nuestro, tan mal organizado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas, esto representa una gran cantidad de peligros como vamos a ver. *Por otra parte* este nuevo tipo de sociedades, que hemos llamado sociedades con acciones cotizadas en bolsa, van a crear evidentemente —bien delineado uno del otro—, dos tipos de socios, el socio realmente interesado en la inversión, como medio de intervenir en la administración y en las políticas económicas de la empresa y el socio meramente ahorrante, el socio no interesado en la política económica de la empresa, ni en la administración de la misma, no interesado más que en tomar una pequeña suma de sus ahorros y colocarla en unas accioncitas que le produzcan eventualmente unos dividendos, en cada período fiscal.

¿Ahora, cuál es la característica o cuál va a ser la característica o características dominantes de estas nuevas sociedades anónimas? En primer lugar, se va a delinear muy claramente la existencia de un grupo dominante o de control, de socios; la forma misma en que estas sociedades se desarrollan y se han desarrollado en otras partes, nos indica que nosotros en poco tiempo tendremos el fenómeno de grandes sociedades anónimas con gran intervención del ahorro popular pero que van a estar prácticamente dominadas y controladas por un pequeño grupo, el que va a nombrar los directivos y los gerentes, va a establecer la política económica de la empresa, va a decidir cómo se gestiona y cómo se administra la sociedad; un pequeño grupo que va a ser el que va a determinar cómo se van a hacer los balances y los informes al final de cada período fiscal, lo que es muy importante (la forma en que se hagan los informes económicos a la finalización del período fiscal) especialmente en lo que se refiere al reparto de dividendos y la constitución de reservas ocultas, tomadas de las utilidades. En general este pequeño grupo dentro de estas sociedades es el que va a decidir toda la política económica de la empresa.

⁸ La minoría que dominan las empresas, que las manejan dentro de las sociedades anónimas, crean ellas mismas acciones privilegiadas porque es una manera más sencilla, de dominar la empresa sin intervención del gran accionario popular.

En consecuencia, —y sigo pensando en el futuro—, creo que es imprescindible en Costa Rica hacer las cosas a tiempo, hacer las cosas antes de que el problema se presente, crear conciencia antes de que los grupos económicos sean tan fuertes que puedan evitar establecer los controles necesarios en protección de esta gran masa de ahorrantes que tiene sus pequeños intereses colocados precisamente en la actividad de estas empresas.

Digo entonces, que debería establecerse en su oportunidad en Costa Rica una legislación que obligue, *en primer lugar*, a esos grupos dominantes de la sociedad a identificarse, a aparecer como lo que son: como grupos dominantes; a asumir la responsabilidad y la paternidad de todas las políticas económicas y de todas las directrices económicas que se toman en la empresa. Y no sólo eso sino a hacer visibles sus relaciones con otros grupos económicos o con otras empresas. Al final de estas líneas señalaré por qué es tan importante, en mi criterio, el establecer cuáles son las relaciones entre un grupo dominante de una sociedad anónima —y otros grupos dominantes de otras sociedades anónimas—. En Costa Rica tales nexos son una realidad y los resultados han sido desastrosos, en perjuicio del pequeño ahorrante y en perjuicio de la empresa en sí misma. *En segundo lugar* creo que con miras a este tipo de sociedad que se empieza a vislumbrar en el panorama costarricense y con el deseo de que las cosas se regulen oportunamente, es necesario reforzar lo que se llama la tutela patrimonial del pequeño ahorrante, del pequeño accionista, controlar la forma en que el grupo dominante gestiona la empresa de modo que no gestione en perjuicio de la mayoría de accionistas, los cuales tienen una cantidad tan pequeña invertida que individualmente no se interesan en la gestión. Es muy común en otros países que los grupos dominantes gestionen la empresa en modo tal que el pequeño accionista, el ahorrante que quería unas utilidades de su pequeña inversión, prácticamente no recoge nada, porque el grupo dominante se encarga de que los dineros de una manera u otra vayan a parar a otro lado, y que no paren en el pago de dividendos a los pequeños accionistas. Los anteriores son los dos puntos esenciales que en una regulación futura de las sociedades anónimas en Costa Rica deberían considerarse.

Hoy en día me ha tocado intervenir en algunos problemas de quiebra y de convenios preventivos de quiebra, en que precisamente la causa de la situación desastrosa básicamente financiera de la empresa, ha sido el que la empresa misma se ha puesto en relación con otras empresas, ha hecho inversiones sin control, desorbitadas, y ha puesto a la sociedad en una condición deficitaria respecto a sus obligaciones financieras. Luego voy a explicar con más amplitud estos fenómenos.

Por otra parte, sería necesario en Costa Rica establecer los controles entre las empresas que se llaman coaligadas (o sea aquellas en que una sociedad no tiene el dominio total sobre la otra, pero tiene una participación muy grande), porque esto se presta a manejos entre los grupos gerenciales de una empresa y de la otra, que de nuevo perjudican y lesionan los intereses del pequeño ahorrante. Además, y

esto es un problema actual en Costa Rica, no es Ciencia Ficción, sería imprescindible obligar a los administradores, a los fiscales de las sociedades, a los gerentes, a los directivos de las sociedades a declarar públicamente cuál es el monto de acciones que tienen en las sociedades en las cuales participan, e inclusive prohibirles como se ha hecho en otras latitudes, que puedan aparecer representando a otros socios en las asambleas, porque esto ha permitido de nuevo que pequeños grupos, a través de cartas-poder, siendo minoría, dominen las asambleas y hagan de los nombramientos de los puestos y de las políticas económicas, decisiones personales en beneficio personal y en perjuicio de los socios minoritarios-mayoritarios. Y en su oportunidad, en el futuro, lo harán en perjuicio de esas grandes masas de socios ahorrantes que no pueden participar y que no participan, o que no tienen interés en participar en las asambleas generales. Sería necesario, creo, en Costa Rica y a tiempo, antes de que el problema se agrave, crear un nuevo tipo de acciones, las acciones llamadas de ahorro, como las acciones privilegiadas, sin voto. ¿Qué se haría al crear un tipo de acciones llamadas de ahorro? Se reconocería la realidad, porque la realidad de las sociedades anónimas hoy en día es un pequeño grupo organizador, invensor que tiene las ideas, que sabe administrar y gestionar la sociedad que la maneja, que la domina, que decide sobre sus políticas; y una gran masa, (y esto repito, será un futuro muy próximo en Costa Rica) una gran masa de ahorrantes, de gente que no sabe de administración de empresas, que no tiene ningún interés en la gestión de la empresa, que no tiene ninguna posibilidad material, efectiva de participar en las decisiones de la empresa, pero que en relación con su inversión depende fuertemente de ella una gran masa de ahorrantes con pequeñas sumas invertidas en las empresas, y que no van a las asambleas, que no ejercen un derecho de voto. Lo que debería hacerse entonces es establecer dos tipos de acciones distintas; las acciones normales que le dan al accionista el derecho a participar en las asambleas, a formar parte de los cuadros directivos de la empresa, a gestionar, a intervenir en las políticas, pero que, como dije antes, lo obligarían a revelarse como el administrador, como el gestor o como el director de políticas y a responsabilizarse por esta actividad; y otro tipo de acciones las de ahorro, que no le darían un derecho de voto al participante, pero como contrapartida le darían algunos beneficios que voy a pasar muy rápidamente.

El tenedor de estas acciones de ahorro, que no va a tener el derecho de voto ni el derecho de participar en la gestión de la empresa, debería tener un privilegio en el reparto de los dividendos; es decir, a él, que no es el responsable de la gestión, que invirtió únicamente para recibir dividendos con cuya inversión se están beneficiando los gestores, los gerentes de la sociedad, los cuadros directivos de la sociedad, a este socio ahorrante se le daría un privilegio en el pago de las utilidades; es decir, se le garantizaría que, existiendo las utilidades, primero se paga los dividendos de las acciones de ahorro y luego se pagan los dividendos de las acciones corrientes, de modo que los gestores de la sociedad asuman la responsabilidad de su gestión; si su gestión ha sido

buena se pagará a los socios ahorrantes y también se pagará a ellos, pero si su gestión no ha sido buena, si sus manejos no han sido correctos, si la sociedad no produce lo que debería producir, que ellos, que son los responsables de la gestión, asuman esta responsabilidad, no recibiendo los dividendos o recibéndolos en menor suma. Respecto a las pérdidas, debería producirse lo mismo; el socio ahorrante que no es el responsable de la gestión de la empresa, es el último en participar en las pérdidas; quien primero debe participar en las pérdidas es quien es responsable de la gestión de la empresa, quien ha intervenido en las políticas económicas y financieras, ese es quien primero paga con su aporte de capital las pérdidas respectivas o quien las sufre en primer lugar y en segundo lugar, el socio ahorrante que no tiene responsabilidad en la gestión, porque él no ha intervenido en ella, porque no tiene siquiera posibilidad de intervenir. Así mismo en el momento de reembolsarse el capital, de pagarse por liquidación de la empresa el capital, debe pagarse primero a los socios ahorrantes por las mismas razones, porque ellos no son los responsables de la gestión, ellos simplemente facilitaron que los gestores organizaran su empresa, obtuvieron sus dividendos indirectos que obtienen como gestores de la empresa. Al mismo tiempo debería crearse un sistema legislativo que organice esta gran masa de socios ahorrantes, esa masa anónima que no es posible aglutinar si no se crea un instrumento legal; debería crearse pues, un sistema de asamblea especial de socios ahorrantes, y éstos deberían tener un representante común para que puedan defender sus intereses y hacer oír su voz en las decisiones de la sociedad. Debo decir que esto de que estoy hablando, que yo he llamado la Ciencia Ficción de la sociedad anónima en Costa Rica no es Ciencia Ficción en otras partes: existe en mayor o menor medida en los Estados Unidos, en Francia, en Italia, en España, en Chile y en muchos otros países. Nosotros por culpa del Código de Comercio que repito, no nació viejo sino que nació anciano, en 1964, nos hemos quedado atrás. Cumpló con mi deber desde hace muchos años, de hacer campaña y de insistir sobre cómo hay que regular las sociedades anónimas en Costa Rica, aprovechando oportunamente la experiencia que se ha tenido en otras latitudes.

Espero con este esquema a grandes rasgos, interesar a algunos pocos en el tema y hacerles comprender mi preocupación, acerca de cómo es necesario en Costa Rica introducir en este sector y en otros de los que no he hablado, grandes reformas fundamentales en protección de las minorías ahorrantes y en protección básicamente de la economía nacional.

Finalmente agregó que no tocó otros puntos relacionados con el tema porque ya lo he hecho reiteradamente en otras ocasiones.

**LOS RECURSOS ORDINARIOS
SU ESTUDIO EN EL
PROCESO PENAL VIGENTE
A LA LUZ DE LA DOCTRINA.**

Henry Issa El Khoury J.
Profesor Facultad de Derecho U.C.R.

RESUMEN:

- I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS RECURSOS. A. CONCEPTO. 1. Su definición. 2. Contenido Conceptual. 3. Su Fundamento Jurídico. B. REGLAS GENERALES. 1. Taxatividad. 2. Condiciones de Interposición. 3. Adhesión. 4. Efectos Suspensivo y Extensivo. 5. Desistimiento. 6. Rechazo. 7. Jurisdicción del Tribunal de Alzada. 8. Recursos durante el Juicio. C. ¿QUIENES PUEDEN RECURRIR? 1. Aspectos Generales. 2. El Imputado. 3. El Ministerio Público. 4. La Parte Civil: a. Actor Civil b. Demandado Civil.
- II. EL RECURSO DE REVOCATORIA. A. CONCEPTO Y CARACTERES. B. TRAMITE Y CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD. C. EFECTOS.
- III. EL RECURSO DE APELACION. A. ASPECTOS GENERALES. 1. Concepto y Caracteres. 2. Resoluciones Apelables. B. ASPECTOS LEGALES. 1. Procedencia. 2. Forma y Términos. 3. Emplazamiento. 4. Elevación de Actuaciones. 5. Deserción. 6. Audiencias. 7. Resolución.

INTRODUCCION

Cuando se promulga una nueva legislación se impone la tarea de la exégesis, máxime cuando la variación de algún instituto resulta total. En el caso de nuestro tema, si bien es cierto que la estructura fundamental del recurso permanece, lo es también que varía su manera de enfocarlos dentro del proceso. Creemos que esa es precisamente la motivación de nuestro estudio.

Con lo dicho resulta obvio que no nos estamos proponiendo ninguna investigación exhaustiva sobre el tema. En otras palabras, no nos planteamos ningún problema fundamental que debamos resolver a lo largo del estudio; no pretendemos un análisis doctrinario exhaustivo sino dar una visión clara y general de lo que son los recursos en la nueva legislación procesal penal y acotar su análisis con los datos doctrinarios que consideramos pueden servir de pista, al estudioso, para resolver posibles problemas que lleguen a plantearse.

Es por esta razón que el enfoque que hacemos se inicia con la exposición de los recursos ordinarios en general y luego, muy brevemente, analizamos la revocatoria y la apelación, como variantes particulares.

Creemos que un conocimiento de los aspectos generales sobre el tema, nos permitirán resolver mejor cualquier problema que, sobre los puntos particulares, pueda existir.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS RECURSOS

A. *Concepto*

En todo proceso penal, sea éste de citación directa o de instrucción formal, existen dos partes con intereses que, en algunos casos, pueden llegar a ser opuestos. Con la anterior afirmación no pretendemos decir que en el proceso penal se plantee una dicotomía fundamental de parte y contraparte o actor y demandado, como ocurre en las fases procesales contenciosas de otras ramas del Derecho, como por ejemplo en el proceso civil o en el laboral; lo que queremos decir, más bien, es que en el proceso penal hay dos pretensiones que se mueven en direcciones particulares y que pueden llegar a ser concurrentes o divergen-

tes. En los primeros de los casos podríamos recordar, como ejemplo, el hecho de que el Fiscal de juicio o el agente fiscal pueda estar de acuerdo con la inocencia del imputado y pedir la absolutoria; en el segundo caso tenemos la hipótesis de que tanto el fiscal como el defensor sostienen tesis divergentes, con respecto a la responsabilidad del imputado. Lo dicho hasta aquí es una primera premisa para nuestro tema; tal premisa no es fundamental, pero sí digna de tomarse en cuenta.

Una segunda premisa —más pertinente para nuestro estudio— resulta del hecho de que el proceso penal se compone de una serie de actuaciones tanto del juez como de las partes. Esto, en otras palabras, quiere decir que el procedimiento penal es un camino técnico que deben recorrer tanto el juez como las partes, para llegar a una meta predeterminada: la fijación de la responsabilidad penal del individuo a quien se procesa o, al decir de la doctrina, el arribo a lo que es la verdad.

Si este camino técnico, que hemos denominado proceso penal, se compone tanto de actuaciones del juez como de actuaciones de las partes, debemos, para nuestro estudio, ver cuáles de esas actuaciones nos van a ser útiles como instrumentos para definir los recursos.

En cuanto a las actuaciones de las partes, hemos de decir que su utilidad en la definición de los recursos es simple y a la vez obvia: es la parte la que debe interponer el recurso. Esto no nos presenta ningún problema teórico, desde el punto de vista definitorio. Luego veremos los diferentes aspectos, propios del tema, que definen su mecánica.

Respecto a las actuaciones del juez el asunto es diferente, ya que nos presenta modalidades importantes para la definición de los recursos. En el juez se pueden detectar dos tipos de actuaciones; un primer tipo se refiere a lo que vamos a llamar la actividad oficiosa del juez y que consistirá en el hecho de que éste debe llevar todos los actos del proceso de la manera que taxativamente lo expresa el Código de Procedimientos Penales; la otra modalidad que observamos en la actuación del juzgador es su actividad decisoria. Al llegar a determinadas etapas del proceso, el juez debe decidir sobre una serie de puntos en discusión los cuales van a determinar la marcha siguiente del proceso.

Habiendo aclarado las premisas anteriores, estamos en disposición de intentar una primera aproximación a lo que es la impugnación o recurso.

1. Su definición

Líneas atrás hemos tratado de explicar que el proceso consiste en un camino lleno de actuaciones técnicas; como a su vez estas actuaciones pueden no ser aceptadas por las partes, ya que, en un momento dado, pueden llegar a considerar que no se ajustan a las prescripciones jurídicas vigentes y, asimismo, a sus pretensiones, debe de existir un medio por el que se les dé la oportunidad de impugnar esas actuaciones.

Si nosotros intentáramos, basados en lo dicho, una definición de recurso, deberíamos decir, entonces, que es el remedio que la ley da a las partes para atacar las actuaciones del juez. Sin embargo, si recordamos la segunda premisa y la distinción que hicimos entre las actuaciones meramente oficiosas del juez y las resolutivas, nos daremos cuenta de que la definición que intentamos no es, de manera alguna, consistente, pues carece de técnica procesal, al introducir en ella elementos ajenos al concepto. Para poder dar una definición más técnica tendremos que dejar por fuera esta actividad oficiosa del juez, pues de lo contrario estaremos en otro campo de la actividad procesal: las nulidades.

Así las cosas, para poder hablar de recurso, tenemos que hablar de objeto impugnabile. Entonces, la pregunta fundamental va a ser, ¿Cuál es el objeto impugnabile en la actividad procesal que llamamos recurso?

Ya dijimos que no es objeto impugnabile la actividad meramente oficiosa del juez que produzca defectos formales, pues éstos se subsanarán en el mismo momento procesal mediante lo prescrito sobre nulidades. Por lo tanto, debemos buscar el objeto impugnabile sólo en aquellas otras resoluciones judiciales que pueden producir daño a cualquiera de las partes. Dice Clariá¹ que: "...el recurso puede concebirse como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable". Y continúa: "...queda fuera la actividad oficiosa del juez. El objeto impugnabile se limita a las resoluciones que puedan producir gravamen a cualquiera de las partes, excluyéndose los casos en que los defectos de forma deben corregirse en la misma instancia o momento procesal (incidente de nulidad)".

Con lo dicho y las citas de Clariá nos damos cuenta que la noción de recurso se nos reduce: no son susceptibles de recurso los actos de las partes; tampoco el resto de la actividad judicial, como lo indicamos antes. De esta manera, podremos intentar con Beling la siguiente definición: "...los recursos son remedios legales mediante los cuales la persona afectada por una decisión judicial puede impugnarla como equivocada"². Asimismo, Leone los define como "remedios jurídicos atribuidos a las partes a fin de remover una desventaja proveniente de una decisión del juez"³.

Como podemos observar, la doctrina es coincidente en adjetivar los recursos al llamarlos remedios legales. Fijémonos en la connotación que ello tiene. Un remedio es un implemento o proceso que nos permite

¹ CLARIA OLMEDO. Tratado de Derecho Procesal Penal. (EDIAR, Buenos Aires, 1966) t. V, p. 422.

² BELING. Derecho Procesal Penal, p. 111 cit. por LEVENE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 2da. Edición, 1967) p. 379.

³ LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. (E.J.E.A., Buenos Aires, 1963) t. III, p. 3.

sanar o volver a una situación que anteriormente se consideraba normal. Esto, aplicado a los recursos, nos indica: a) que hubo un acto no normal; b) que existe un procedimiento establecido de antemano para subsanar un acto que se considera como no normal. Por otra parte, el remedio no se dará solo, es decir, no vendrá oficiosamente, ya que, como veremos luego, generalmente el posible error o perjuicio se da porque el juez —sin quererlo— interpretó mal ciertos datos, hechos o leyes. De ahí que, un tercer elemento de la definición es, c) que el recurso determina una nueva fase de ese mismo proceso, en la que se revisa el acto recurrido.

2. Contenido conceptual

Hemos dado una noción esquemática de lo que es un recurso. Para poder llegar a un concepto más completo, es importante adentrarnos en el contenido del concepto. Así, el problema básico va a ser ¿Qué elementos jurídico-procesales pueden ser destacados en el concepto de recurso?

Ya hemos dicho que el recurso lo que busca es un nuevo examen de una determinada resolución del juez. Por lo tanto tenemos que volver a los dos elementos que citáramos al principio: a) Que las partes son las que interponen los recursos; b) Que no es toda resolución la que se impugna. Estos dos elementos nos dan el esquema básico del recurso, ya que implican que todo recurso va a depender, fundamentalmente, de un acto de voluntad de personas previamente determinadas, tanto en la ley —de manera mediata— como en el proceso —de manera inmediata— pues de acuerdo con nuestra ley procesal (Artículo 447, párrafo 2º C.P.P.) es la parte quien tiene el poder de recurrir. La importancia del recurrente es fundamental, ya que tiene en sus manos un poder: el poder de disposición sobre el contenido formal del proceso; es decir, tiene en sus manos la facultad de promover una nueva fase de ese mismo proceso. Al respecto, debemos decir con Leone⁴ que los medios de impugnación no tienen autonomía, ya que el recurso interviene en el proceso ya iniciado y del que se ha terminado una fase; por eso es que el procedimiento de impugnación o recurso sólo constituye otra fase, otra etapa de la relación procesal.

Por otra parte, la afirmación que hemos hecho de que no es toda la resolución la que se impugna, es importante; nos indica algo sobre el contenido conceptual de los recursos. No se impugna toda la resolución; se impugna la parte dispositiva de la misma.

No se impugna la motivación ya que el perjuicio proviene o deriva fundamentalmente de la parte dispositiva y no de los funda-

mentos. Por eso creemos, con Vázquez Iruzubieta⁵ que la cosa juzgada se sustenta en la parte resolutive.

Con lo dicho tenemos un concepto más claro de lo que es recurso y podemos intentar una definición o aceptar la de cualquiera de los tratadistas que enfocan el tema. Sin embargo, conocido el concepto, nos queda una tarea aún más importante que definir; necesitamos ahora conocer cuál es la base teórico-legal en que se apoyan los recursos, es decir, cuál es su fundamento jurídico.

3. Fundamento Jurídico

A pesar de que, modernamente, existe una tendencia a reducir la vía impugnativa, hasta el momento no se puede encontrar un motivo razonable para eliminar los recursos. No obstante, sí es notorio que en nuestra nueva legislación procesal penal, esa tendencia ha hecho mella, toda vez que el sistema de recursos ordinarios se ha reducido sensiblemente.

¿Por qué decimos que no existe una base sólida que nos permita eliminar el sistema de impugnaciones? ¿Por qué tradicionalmente se ha considerado que con el sistema de recursos se trata de evitar la incidencia en él? Este razonamiento se sustenta en la creencia de que el juez, como ser humano, no es infalible; es decir, el juez puede cometer errores. Para Levene⁶ es éste el razonamiento que debe de imperar: "... si se tiene en cuenta que un juez no puede tener deliberadamente el propósito de fallar en contra y cometer así una injusticia". Caso contrario —agregamos nosotros— se estará ante una acción prevista y sancionada por el ordenamiento penal vigente (Artículo 348, Código Penal).

Así pues, este criterio de la habilidad del juez debe predominar como sustrato para no aceptar incuestionablemente que todas las resoluciones emanadas de los jueces deban ser definitivas, lo que, al decir de Torres Bas⁷, debería hacerse en homenaje a la seguridad jurídica.

Sin embargo, creemos, es importante crear la posibilidad de un nuevo examen para así salvar la comisión de posibles errores u omisiones, ya que, como lo indica Clariá Olmedo: "Por diversas razones los jueces pueden dictar pronunciamientos injustos, equivocados o de manera defectuosa, lo que no se alcanza a evitar con perfeccionados criterios de organización judicial, con el sistema de recusaciones u otras formas de apartamiento de los funcionarios sospechosos"⁸.

⁵ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Procedimiento Penal Mixto. (Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1969) T. III, p. 209.

⁶ LEVENE, Ricardo. Op. Cit. p. 397.

⁷ TORRES BAS. Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales para la Provincia de Entre Ríos. (p. 77-78) cit. por VAZQUEZ IRUZUBIETA, Op. Cit. T. III, p. 211.

⁸ CLARIÁ OLMEDO. Op. Cit. T. V. p. 444.

⁴ LEONE, Giovanni. Op. Cit. pp. 3 y sgts.

En resumen, tenemos que la impugnación se asienta en el criterio de la no infabilidad del juzgador; por lo tanto, el fundamento genérico de base, que da apoyo a la existencia del recurso, es el criterio de que deben salvaguardarse la Legalidad y la Justicia. Dice Clariá: "La legalidad y la justicia determinan los recursos cuando se estima que la resolución no se ajusta a ella, vale decir, cuando las niega. El recurso implica la afirmación de un vicio que puede consistir en la incorrección en el juicio contenido en el pronunciamiento, o en la irregularidad del procedimiento a través del cual se produjo. A su vez, los errores en el juicio del juez pueden radicarse en la apreciación de los hechos o en la consideración del derecho, y la alteración del procedimiento puede atribuirse a la construcción de la resolución misma o del trámite por el cual se llegó a ella"⁹.

Si observamos todo lo dicho en este aparte, nos daremos cuenta de la existencia de una relación de oposición entre el binomio legalidad y justicia, empleados, y los términos celeridad y certeza jurídica. Si damos el máximo de importancia al logro de la celeridad y de la certeza jurídica, tendremos necesariamente que, si no eliminar, por lo menos limitar el sistema de recursos, toda vez que el recurso, por propia definición, exige un retardo del proceso porque obliga a un nuevo examen de la resolución recurrida. Por otra parte si eliminamos o limitamos sensiblemente el sistema de recursos, estamos haciendo que se tambalee el andamiaje de legalidad y justicia que necesariamente en un estado de derecho debe poseer todo proceso, sobre todo el proceso penal. Por lo tanto, lo que se debe buscar, mediante una sana política legislativa al respecto, es la conciliación, el equilibrio entre estos binomios que en este caso resultan opuestos.

Decíamos al principio de este aparte que en nuestra legislación procesal penal la tendencia reductora del sistema de recursos ha hecho mella; no obstante lo dicho, consideramos que se ha tratado y logrado conciliar muy bien la coexistencia de justicia y legalidad con celeridad y certeza jurídica. Esto se ha logrado con los siguientes elementos —que sólo mencionamos por no ser pertinentes a nuestro estudio—: a) el sistema de términos utilizados para los recursos existentes y, b) la creación de tribunales colegiados (que, por su naturaleza propia, no admiten la existencia de recursos de tipo ordinario, sólo en casos de excepción).

Como resumen general podríamos observar cómo enfoca la doctrina el fundamento jurídico de los recursos:

Manzini encuentra ese fundamento en el hecho de que "... existe verdaderamente una pretendida discrepancia entre una resolución emanada de un juez penal y de la voluntad de la ley. Vale decir, que el sustento fáctico mencionado, puede ser un vicio, un error o un defecto que tiene la consecuencia de producir una injusticia"¹⁰.

⁹ Ibidem. p. 445.

¹⁰ Cit. por VAZQUEZ IRUZUBIETA. Op. Cit. T. III. p. 208.

Como podemos notar el enfoque que se le da al fundamento jurídico de los recursos se asienta sobre una base que toma en cuenta, sobre todo, al hombre como aplicador de leyes. No obstante podríamos buscar un punto de vista, llamémoslo más jurídico, que no dé pie para sentar el fundamento de derecho que tienen los recursos. Recordemos que el juez va agotando su jurisdicción a medida que ejerce; esto implica que no puede —a menos que exista un mecanismo procesal que así lo permita— volver sobre sus pasos y modificar la resolución dictada. Por otra parte, recordemos también que existe un principio de firmeza de las resoluciones judiciales, derivado directo del principio mencionado anteriormente. Todo ello implica que, de no existir mecanismos procesales adecuados, la resolución judicial es intransformable, inmutable, desde el momento en que termine de correr el término que al respecto indique la ley procesal.

Sin embargo, hemos hablado de que pueden existir mecanismos que atenúen este principio de firmeza. Encontramos de esta manera, en nuestro Código Procesal Penal, por un lado, la facultad que tiene el juez de corregir los errores puramente materiales que tuvieran las resoluciones (Artículo 109) y de aclarar o adicionar la sentencia —antes de su notificación— (Artículo 110), así como la facultad que tiene las partes de pedir que examine de nuevo la resolución (Artículos 460 y sigts); además encontramos en nuestra ley procesal la facultad legal para que el pronunciamiento del juez pueda ser revisto por su superior jerárquico (Artículo 463 y sigts.). En estas dos últimas hipótesis, sea petición expresa de las partes para que el propio juez vuelva a examinar la resolución que dictó, sea petición expresa para que sea examinada por el superior, es donde encontramos el fundamento legal de los recursos.

B. Reglas Generales

Iniciamos ahora un nuevo punto dentro del tema general del Concepto de Recursos, de que hemos venido hablando. No se tratará ahora de dilucidar qué son los recursos y cuál es su contenido y fundamento; lo que haremos, más bien, será estudiar un aspecto más apegado a la sistemática del Código de Procedimientos Penales: las reglas generales aplicables a todos los recursos ordinarios; para ello debemos seguir el mencionado cuerpo de leyes.

1. La taxatividad

El primer principio que vamos a estudiar se refiere al tipo de regulación que se puede imponer en los recursos. Nuestro Código de Procedimientos Penales inicia el articulado referente a los recursos con una mención somera al principio de taxatividad. Dice en el artículo 447: "Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios

y en los casos expresamente establecidos". Esta disposición se repite, de manera muy similar, en la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales (V. g. Artículo 475, Córdova; art. 405, La Pampa, etc.).

Podría decirse que, en materia de recursos, la taxatividad es un elemento indispensable y es la regla general; no se concibe, actualmente, un sistema de procedimiento penal que no posea alguna regulación como la que comentamos del 447. Esta disposición, en definitiva, lo que quiere significar es que no se puede recurrir una resolución judicial sino sólo de la manera que expresamente lo indique el código respectivo y en las oportunidades que, también expresamente, se indiquen en el mismo.

Este principio de taxatividad abarcará no sólo lo dicho, esto es, la forma y las oportunidades en que se puede recurrir, sino también la titularidad del derecho de impugnación, ya que el mismo artículo (447) expresa que la titularidad del derecho de recurrir corresponderá solamente a aquellos sujetos que el Código Procesal Penal les acuerde ese derecho de manera expresa.

En este aspecto debe de tomarse en cuenta el hecho de que, cuando la ley, al declarar recurrible una resolución, no distingue entre las partes que pueden y las que no pueden recurrir, tal derecho corresponderá a todos. Esta es la interpretación doctrinariamente aceptada para la segunda parte del párrafo final del artículo 447: "Cuando la ley no distinga entre las diversas partes litigantes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas".

Sin embargo, sobre este tema volveremos, más a fondo, en el capítulo correspondiente a las personas que pueden recurrir.

En términos generales, las anteriores son las más importantes implicaciones acerca del tema de la taxatividad en las regulaciones de nuestra ley procesal penal. Lo dicho nos permitirá concluir, basados en la idea de Levene¹¹, que para impugnar, la ley debe autorizar expresamente no sólo la manera y el momento de hacerlo, sino también a la persona que lo realice. No se puede, entonces, impugnar la resolución que la ley no permita, aunque esto vaya en desmedro de la justicia misma.

2. Condiciones de interposición.

En realidad, en este aparte lo que trataremos es, simplemente, un tema consecuencia del anterior. Dice el artículo 452 del Código de Procedimientos Penales: "Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinen, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueron impugnados".

¹¹ LEVENE. Op. cit. Pág. 380.

Observemos que, desde el principio, existe una sanción: la inadmisibilidad; esto para el caso en que el recurso no sea interpuesto en la forma y términos que la ley procesal determina; esta norma lo que hace es dar efectividad a la regulación sobre el principio de taxatividad que comentamos atrás. El artículo 447 mencionado sólo se dedicó a puntualizar sobre aspectos necesarios para que en los recursos existieran reglas limitativas; este otro artículo (452) señala ya la sanción procesal para cuando esas reglas de limitación impuestas son saltadas.

La disposición del 452 implica dos cosas: por una parte, exige a las partes un conocimiento de las formalidades y un comportamiento puntual en su cumplimiento; por otra, y esto es lo importante, implica que, de previo a decidir sobre la procedencia del recurso, el juzgador debe resolver acerca de su admisibilidad. Por supuesto que, en este aspecto, las condiciones de admisibilidad dependerán del tipo de recurso que se trate.

La parte más importante del artículo en comentario es la exigencia de indicar de manera específica los puntos de la decisión que fueron impugnados. Si no se indican, igual sanción habrá, esto es, pena de inadmisibilidad. Sobre este aspecto es importante comentar que los Código de Procedimientos Penales de Entre Ríos, y la Pampa (Argentina), hablan más bien de que lo que se debe indicar son los motivos en que se basa el recurso. La diferencia es sutil, pero existe, pues podría darse el caso en que el recurrente refiera muy bien los motivos pero no indique exactamente los puntos de la resolución que le causan el agravio, lo cual vendrá a confundir a quien conozca del recurso. Esto ha llevado a Vázquez¹² al comentar el artículo 459 del C.P.P. de Entre Ríos a decir: "Aunque se advierte que la norma no exige expresamente que el libelo impugnatorio indique concretamente los puntos de la resolución que causa agravio, pero va de suyo que ésta, más que una exigencia legal es una cuestión de orden práctico que los letrados se avienen a observar puntiliosamente sin necesidad de exigencia expresa". Creemos, no obstante lo dicho por Vázquez que es conveniente que el código lo exija expresamente como lo hace el artículo 452 del C.P.P. de Costa Rica, para evitar cualquier tipo de confusión.

3. Adhesión

La adhesión, en materia de recursos, es el mecanismo procesal por medio del cual se permite a una parte que no ha establecido el recurso, aprovechar cierta oportunidad para hacer oír sus alegaciones.

¿Cómo funciona este mecanismo? De acuerdo con lo prescrito por el artículo 453 del Código de Procedimientos Penales, simplemente la parte hace su manifestación de adherirse al recurso. Los requisitos que debe cumplir la parte al hacer tal manifestación son: a) de tiempo; b) de fundamentación.

¹² VAZQUEZ IRUZUBIETA. Op. cit. T. IV p. 443.

- Tiempo*
- a. De acuerdo con el artículo mencionado, la parte que así lo considere podrá hacer uso de este mecanismo procesal, siempre y cuando se esté dentro del término del emplazamiento del recurso concedido a otro; vencido ese término la adhesión resulta inadmisibile.
 - b. Por otra parte, el adherente debe mencionar expresamente los motivos en que se basa, es decir, los motivos en que se funda la adhesión, que al decir de Vázquez¹³: "...no es otra cosa que expresar los motivos por los que se recurre".

Con lo anterior podemos observar que la adhesión presenta la misma estructura que el recurso. Su diferencia con este último radica en que la adhesión es un recurso tardío que, para ser admitido, debe valerse de las alegaciones de la otra parte.

Debido a lo dicho, "la adhesión al recurso no permite al adherente que por ese medio se introduzca una impugnación totalmente distinta al del que se adhiere, porque de ese modo se desvirtúa el dispositivo legal creado en su provecho"¹⁴. Sin embargo, la cita que se menciona representa sólo la posición de la doctrina, no así la previsión de la legislación positiva, que no menciona dato al respecto. Para salvar tal omisión, Torres Bas¹⁵ ha dicho que es importante, en materia de adhesión, introducir un agregado a la norma general con el fin de evitar que se formulen peticiones o planteen agravios sobre materias diferentes a las que han fundamentado el recurso y a cuyo respecto, para Torres, ya existiría una caducidad procesal. El agregado que propone Torres sería más o menos el siguiente: los que pretendan adherirse a un recurso concedido con anterioridad a otro, deberán expresar los motivos en que se funda, los que no podrán ser ajenos o contradictorios con los fundamentos expresados por el tiempo¹⁶.

Con respecto a la adhesión del ministerio público, se ha criticado el hecho de que nuestro actual Código de Procedimientos Penales no posea expresamente disposición al respecto. La crítica proviene, sobre todo, de la comparación que se hace entre el citado cuerpo de leyes y el Código respectivo de la Pampa. El C.P.P. de la Pampa habla de que el fiscal puede adherirse al recurso interpuesto en favor del imputado.

Con respecto a la crítica, creemos que no es correcta, toda vez que el artículo 453 del código de procedimientos penales costarricense es claro al decir que todo el que tenga el derecho de recurrir puede usar del instituto procesal de la adhesión; por lo tanto esta norma estará cobijando también al fiscal, máxime si se piensa, por parte, en la disposición del 448 ibidem que permite al ministerio público recurrir incluso en favor del propio imputado.

¹³ VAZQUEZ, op. cit. T. III, p. 218.

¹⁴ VAZQUEZ, op. cit. T. IV, p. 144.

¹⁵ TORRES BAS. Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales para la provincia de Entre Ríos. pp. 78-79, cit., por VAZQUEZ, op. cit. T. III, pp. 238, 239.

4. Efecto suspensivo

Con la disposición del artículo 456 del Código Procesal Penal de Costa Rica, lo que persigue es que ninguna resolución sea puesta en ejecución si ha sido atacada por medio de un recurso. Esto, claro, sin contar que para casos particulares haya ciertas disposiciones que, no obstante la regla general de la suspensión, ordenen que la resolución se ejecute a pesar del recurso.

El fundamento de esta disposición procesal, en materia de recursos, consiste en que, como el recurso es una defensa interpuesta en el proceso contra una resolución que afecta intereses de la parte, debe de suspenderse la ejecución de esa resolución hasta que se dilucide el recurso. Lo anterior se explica si se toma en cuenta el hecho de que una característica del proceso es, precisamente, el ser una serie continua e ininterrumpida de actos procesales que conducen todos hacia un mismo fin: la sentencia. Por lo tanto mal podría ponerse en ejecución una resolución atacada si existe la posibilidad de que pueda transformarse.

5. Efecto extensivo

El artículo 455 del Código de Procedimientos Penales nos presenta un principio muy importante: la extensión. Consiste este principio, fundamentalmente, en el hecho de extender los efectos favorables de un recurso a otros coimputados, cuando fuere interpuesto por solo uno de ellos.

Doctrinariamente, los supuestos de existencia de este artículo son: a) que haya habido comisión de un solo hecho punible; b) que el delito lo hayan realizado varios imputados; c) que el recurso interpuesto por uno de los coimputados no se base en motivos exclusivamente personales.

Es importante hacer mención aquí —que a veces se lo ha querido ver de otra manera— que este beneficio de la extensión de los recursos no equivale al instituto de la adhesión, que recién analizamos, sino que lo que se pretende es que todo el beneficio que pueda conseguir alguno de los coimputados —dentro de los supuestos ya dichos— resulte extensivo a los demás.

En cuanto a nuestro código procesal penal, existen tres situaciones diferentes: Por una parte, la comentada líneas atrás y que constituye el párrafo primero del artículo en comentario: "Cuando el delito que se juzgue apareciera cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales".

La segunda situación que se presenta en el artículo en comentario, se refiere al recurso del demandado civil. Dice el párrafo tercero del citado artículo: "También favorecerá al imputado el recurso del de-

¹⁶ Ibidem.

mandado civil cuando éste alegue la inexistencia del hecho o niegue que constituya delito o que aquél lo cometió, o sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva, o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir". Los supuestos, en este caso, se basan en el tipo de alegaciones que haga el demandado civil; si el demandado civil simplemente recurre sobre puntos atinentes a su causa, no se producirá ninguna extensión del recurso; si por el contrario, para lograr los mismos fines, esto es para favorecer su causa, el demandado civil alegare aspectos propios del hecho, autor o acción penal, su recurso sí favorecerá al imputado.

El artículo, en este caso, es taxativo; así, las alegaciones del demandado civil que favorecen al imputado, de acuerdo con nuestra legislación vigente son las que se refieren a: a) inexistencia del hecho; b) que el hecho no constituye delito; c) que el imputado no lo cometió; d) que se extinguió la pretensión represiva; e) que la acción penal no pudo iniciarse; f) que la acción penal no pudo proseguirse.

Doctrinariamente el párrafo en comentario ha sido muy bien acogido pues se ha considerado que, de hecho, existe vinculación entre el civilmente responsable y el imputado, ya que los dos persiguen una misma solución jurídica para la causa. Dice Vázquez: "... todo recurso interpuesto y favorablemente acogido debido a la actividad del civilmente responsable, favorecerá al o a los imputados, toda vez que medie la real vinculación que existe entre el civilmente demandado e imputado, o sea, cuando en el recurso se haya alegado exitosamente la inexistencia del hecho, la falta de autoría, la falta de encuadramiento, la extinción de la acción o causas que afecta la procedibilidad o poseibilidad de la acción penal. En todos estos supuestos, cuya declaración beneficia al civilmente responsable tornándolo exento de responsabilidad civil por faltar al hecho delictuoso que motiva la reparación resarcitoria por la que se lo demanda el imputado debe igualmente beneficiarse tal como si él mismo hubiera recurrido"¹⁷.

Nos presenta el artículo 455 citado una tercera posibilidad de extensión de los efectos del recurso; lo hace en el párrafo segundo cuando dice que en los casos de acumulación de causas por diversos delitos, un recurso, deducido por uno de los imputados, podrá favorecer a los demás siempre y cuando se base en la inobservancia de normas procesales que les pueda afectar; al contrario, no habrá extensión, de acuerdo con el párrafo dicho si el recurso de uno de los imputados, en esas circunstancias, se basa en motivos exclusivamente personales. Vemos como aquí se cambian los supuestos del párrafo primero ya que, por un lado, existen no un delito sino diversos hechos punibles, que con base en otras disposiciones del C.P.P. fueron acumulados (Arts. 21, 22, 23); por otro lado, la extensión es muy limitada ya que sólo se dará cuando se trate de atacar la inobservancia de las normas procesales (vicio in procedendo).

¹⁷ VAZQUEZ, Op. cit. T. III, p. 221.

Sobre lo dicho en este párrafo segundo del artículo 445 en estudio, queremos someter a la consideración del lector la opinión del Vázquez Iruzubieta y R. A. Castro cuando comentan el artículo 447 del C.P.P. de San Juan, que presenta un párrafo similar al de nuestro código. Dice: "A nuestro juicio esta norma resulta procesalmente impracticable porque está basada en un error. Cuando el código habla de 'competencia por conexión' (libro I, título III, capítulo II, sección tercera, artículos 39 a 41), se refiere exactamente al caso de esta norma comentada. Pero una cosa es el efecto jurídico de la conexión y otra muy distinta el modo en que debe ser practicada desde un punto de vista material".

"La competencia por conexión que determina la acumulación de causas por delitos diversos y con imputaciones varias, no significa otra cosa que alterar el régimen ordinario de la distribución de trabajo, atrayendo una causa u otras que debieran tramitarse ante otros jueces por razón del turno y no de la competencia".

Como la conexión determina la acumulación de causas, se ha entendido, generalmente que el hecho de la acumulación se debe materializar mediante la unión de un solo expediente que contenga todas las actuaciones o expediente venidos de otros juzgados.

De acuerdo con los autores que estamos exponiendo nada hay más equivocado que esto. Al respecto afirman los autores citados: "Cada una de las causas deberá conservar su total fisonomía autónoma, puesto que la ley lo único que exige a propósito de la acumulación es una tramitación conjunta y simultánea de todas ellas, lo que en lenguaje forense se conoce como 'cuerda separada'. Esta es la manera más apropiada de proceder, porque puede darse el caso de que una de las causas se encuentre en demora por motivos muy singulares... mientras las otras lleguen a estado de elevación a juicio con anterioridad. Solamente habiéndose procedido de esta manera, o sea, conservando la individualidad de cada causa mediante la individualización de cada expediente podrá practicarse la desacumulación que autoriza el código cuando una de las causas acumuladas importe un grave retardo respecto de las demás. Si la acumulación de causas se sigue entendiendo como confusión o unión de expedientes cuando quepa practicarse la desacumulación, ésta no será practicable, sino mediante el 'descuartizamiento del expediente cuando ello sea posible...'. Refiriéndose expresamente a nuestro tema, continúan: "No hay posibilidad de que se presente el supuesto que esta norma comentada pretende solucionar. El único hecho ciertamente posible es el de una causa con varios imputados por un solo hecho; de manera que toda resolución habida, incide directamente sobre un mismo hecho, que sirve de imputación a varias personas a causa de la co-participación delictual. Entonces, sí, un recurso favorablemente acogido respecto de uno de los imputados, favorecerá a los demás no recurrentes, si la decisión jurisdiccional ha

versado acerca de la existencia misma del hecho o de su inmaterialidad delictiva”¹⁸.

6. Desistimiento

Se nos plantea con este principio señalado en el artículo 457 C.P.P., la posibilidad de que, quien plantea un recurso, pueda desistir de él, ya que su interposición es siempre eventual. La regla general que podríamos ver es la de que sólo puede desistir de un recurso quien tenga facultad expresa para ello.

En términos generales, cualquiera de las partes puede desistir de un recurso interpuesto por ella misma; esto, de acuerdo con la doctrina, debe hacerse después de proveída la resolución.

Tanto recurrir como desistir son actos de disposición personal por lo que, el desistimiento de un recurrente no puede perjudicar ni la interposición del recurso de los demás, ni la adhesión que se haya hecho al recurso que ahora se desiste.

Por otra parte, en el caso del imputado, éste puede desistir del recurso interpuesto por su defensor; al contrario, el defensor sólo podrá desistir del recurso si tiene mandato expreso de su representado.

En todo caso, cualquiera que sea la parte que realice el desistimiento, deberá cargar con las costas, medida lógica si se piensa que quien desiste ha causado un desgaste jurisdiccional.

De acuerdo con el artículo en comentario, el desistimiento se puede ver desde tres puntos: a) Desistimiento de las partes; b) Desistimiento del defensor; c) Desistimiento del ministerio público.

En cuanto a los puntos a) y b), consideramos que, con lo dicho líneas atrás quedan analizados; en cuanto al punto c), el párrafo primero del artículo 457 autoriza al Ministerio Público a desistir de sus recursos. Sin embargo, se le impone una condición: que funde el desistimiento. De acuerdo con Vázquez¹⁹ la razón por la cual se le pide esto es la de considerar que el Ministerio Público está representado formalmente a la sociedad. Tal fundamentación viene a sustituir una especie de mandato expreso que no podría lógicamente, conseguirse del conglomerado social.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina, el desistimiento del fiscal no alcanza al actor civil que se hubiere adherido a la apelación de aquel, ya que una vez que se abrió la vía impugnativa (por la interposición del recurso formulado por el fiscal y al que se adhirió el actor civil), al actor civil le caben todos los derechos que de su ejercicio se derivan.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem p. 225.

7. Admisibilidad y rechazo

De acuerdo con el artículo 458 del C.P.P., no puede ser admitido un recurso cuando ocurran las siguientes situaciones: a) cuando la resolución sea irrecurrible; b) cuando el recurso no haya sido interpuesto en tiempo o forma; c) cuando no haya sido interpuesto por los motivos que la ley prevé; d) cuando lo interponga quien no tenga derecho de hacerlo. La enumeración del artículo citado debe ser considerada de carácter taxativo.

Es obligación del tribunal velar porque no se admita un recurso con alguno de los efectos que enumera el artículo. Cada uno de ellos se vienen a constituir en facultades-deberes del tribunal; no sólo tiene el poder legal de rechazar el recurso debido a la circunstancia o circunstancias que enumera el 458, sino que, además, tiene el deber de rechazarlo. El tribunal debe de hacerlo obligatoriamente para evitar que la instancia superior se abra inútilmente.

A pesar de ello por diversas razones, el recurso puede haber sido erróneamente concedido. Si esto sucediere, el tribunal que conoce de la apelación debe declararlo así, sin pronunciarse sobre el fondo. En realidad, lo que se exige es un estudio previo de la admisibilidad, con el fin de evitar juicios inútiles sobre el fondo del asunto. Esto es importante y lógico.

Con respecto a la admisibilidad, debe de observarse si depende de una causa originaria o de una sobrevenida. En este primer supuesto —esto es, causa originaria— el procedimiento continúa hasta tanto no se declara la inadmisibilidad (véase sobre el punto a Manzini)²⁰.

De acuerdo con Manzini, las causas por las que el juez ^a ^{en} debe ordenar la ejecución de la providencia impugnada son:

- a) impugnación propuesta por quien no tenía derecho a ello;
- b) impugnación contra una providencia absoluta o relativamente inimpugnable.
- c) impugnación irregularmente propuesta.
- d) no presentación de la declaración o de los motivos.
- e) irregularidades formales de la declaración o de los motivos.
- f) inobservancia del plazo para la presentación de la declaración o los motivos.
- g) presentación en lugar diferente del prescrito.
- h) inejecución de las notificaciones prescritas.”

Para el autor que citamos, en estos casos se debe ordenar la ejecución de la providencia, pese a la existencia de la impugnación, precisamente por tratarse de causas sobrevenidas.

²⁰ MANZINI. Derecho procesal Penal. (Bibliografía Omeba Buenos Aires, 1968).

8. Competencia del tribunal de alzada

La regla general, al respecto, es la de que los recursos ante el tribunal de alzada se concedan en relación; esto quiere decir que el tribunal a que sólo podrá conocer de los puntos de la resolución a que se refieren los agravios.

La excepción se da en el caso del recurso interpuesto por el Ministerio Público, pues en este caso, la resolución del tribunal de alzada puede exceder los límites de la apelación.

Al contrario sucede cuando recurre sólo el imputado. Aquí se da una prohibición expresa —llamada prohibición de reformatio in peius— de modificar la resolución recurrida en perjuicio del imputado. Al respecto dice el párrafo tercero del artículo 459, C.P.P.: “Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios otorgados”.

9. Recursos durante el juicio

El artículo 454 de nuestra ley procesal penal es de gran importancia, ya que indica qué tipo de recursos pueden ser interpuestos en juicio.

De acuerdo con dicha disposición, sólo se puede interponer en juicio el recurso de revocatoria. Este deberá ser resuelto, cuando se interponga en el debate, sin suspender la audiencia.

En cuanto a los demás recursos sólo se podrán deducir con la impugnación de la sentencia; en este caso debe hacerse reserva expresa, inmediatamente después de dictada la providencia que se pretende recurrir. Sin embargo, cuando la sentencia sea irrecurrible, la resolución impugnada también lo será.

C. Quiénes pueden recurrir

Siempre dentro del tema “aspectos generales sobre los recursos”, vamos a especializar un poco más un aspecto importante: Las partes que pueden establecer impugnaciones en el proceso penal.

Creemos que este es el paso siguiente, luego de haber analizado, artículo por artículo, lo que llamamos “reglas generales”, que no era otra cosa que todas las disposiciones de rango general que contempla el C.P.P. sobre la impugnación.

1. Aspectos Generales

De lo contemplado en el Título I del Libro Cuarto de nuestra ley procesal penal, podemos extraer algunas ideas generales sobre las

partes que pueden entrar a mover los mecanismos de impugnación. Así, es importante que analicemos sobre todo el significado del párrafo segundo del artículo 447. Luego, en los subtítulos siguientes, analizaremos el resto del articulado atinente al punto (arts. 448 a 451).

De acuerdo con el párrafo en mención del artículo 447, el derecho de recurrir va a corresponder solamente a quien le sea expresamente acordado. Al respecto, doctrinariamente se ha considerado que, ya sea en forma expresa o tácita (como lo hace el 447) la parte recurrente debe estar perfectamente individualizada. “Y más aún, —agrega Vázquez Iruzubieta— debe tener un interés directo que no puede ser otro que el de intentar el abatimiento de la decisión judicial porque ella le causa gravamen”²¹.

Con lo dicho hasta el momento, podríamos decir que la primera regla general que puede extraerse es la de que sólo las partes intervinientes en el proceso pueden ser titulares del derecho de impugnación. Esta titularidad, por supuesto, debe verse en abstracto, toda vez que —lo habíamos dicho— el Código podría indicar, en determinadas circunstancias que sólo alguna de las partes tienen derecho de recurrir.

La excepción al principio dicho se puede dar y ocurrirá cuando la ley procesal le atribuya el derecho de recurrir a sujetos que no han sido partes en el proceso. Este sería el caso que expone el párrafo segundo del 449: “... y si fuere menor de edad, también (serán deducidos los recursos) por sus padres o tutor, aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución”. En este caso se posibilita la facultad de recurrir a personas que no han legitimado su intervención en el proceso, esto es, a personas que no son parte. Se les dá esa facultad de presentarse y recurrir en vista de una vinculación personal con el imputado menor de edad.

Habíamos mencionado que, de acuerdo con el párrafo segundo del 447 debería haber una individualización concreta del recurrente. Sin embargo sucede que, la mayoría de las veces, no encontramos —en apariencia— esa individualización. Lo vemos, por ejemplo, cuando el artículo en mención dice: “Cuando la ley no distinga entre las diversas partes litigantes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”.

Al respecto Vázquez ha interpretado que esa falta de individualización concreta es ya un modo de individualizar, “... ya que la ley entiende que se acuerda el derecho de recurrir a todos”²². Sin embargo, en estos casos, es decir, cuando no existe una designación concreta del recurrente, es importante advertir que, para que el recurso pueda ser admitido debe darse una condición necesaria en la persona que impugna: el interés directo sobre la resolución que se recurre. En otras palabras, la resolución que la parte quiere recurrir debe causarle perjuicio.

²¹ VAZQUEZ, Op. cit. T. III, p. 397.

²² VAZQUEZ, Op. Cit. T. III, p. 207, 208.

Sobre el interés del recurrente, Manzini²³ realiza una distinción entre el derecho establecido en favor de determinado sujeto, para que éste pueda impugnar, y el interés que la parte tenga (interés de impugnar). Dice el autor que el interés será una condición necesaria para la adquisición del derecho subjetivo de recurrir. Lo ve como una condición o adquisición del derecho, no de ejercicio del mismo, porque el derecho no va a surgir sino sólo con la existencia del interés.

2. El imputado

Acercas del imputado como recurrente, el artículo 449 es amplio. Sin embargo no menciona —creemos— todos los casos en que éste puede recurrir, sino sólo las excepciones ya que habla de la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria (cuando en ésta se le impone una medida de seguridad) como resoluciones que puede recurrir, pero no habla de la sentencia condenatoria, por ejemplo. ¿Por qué? En este caso entra a jugar la idea de Manzini expuesta antes: es claro el interés que tiene el imputado en cuanto a la sentencia condenatoria. Lo es menos en cuanto a los casos citados por el 449 y es por eso que se mencionan expresamente, igual que se mencionan la restitución y el resarcimiento de los daños.

En relación con la restitución y el resarcimiento de los daños, el imputado podrá apelar si está obligado a ello; pero, de acuerdo con la doctrina, este derecho sólo existe si no hay intervención del responsable civil, ya que de haberla sólo a éste corresponderá el derecho de impugnar. Al contrario, cuando se trata de una decisión que solamente se refiere a la responsabilidad del imputado —no de la parte civil— a la parte civil no le es permitido impugnar; sólo lo podrán hacer el propio imputado y el ministerio público.

En cuanto a la mecánica de la impugnación, el recurso puede ser deducido por el imputado o por su defensor, si se trata de un imputado mayor de edad; en caso de que el imputado sea menor, ya lo habíamos visto, puede deducir el recurso quien ejerza la patria potestad (aunque de acuerdo con el artículo 449 no tenga derecho a que se le notifique la resolución).

3. Ministerio Público

El caso del recurso del Ministerio Público ha sido muy discutido en doctrina. El artículo 448 dice que puede recurrir aun a favor del imputado, en los casos establecidos por la ley. Esto nos indica, si recordamos lo dicho en el punto 1, que, al dársele tal posibilidad al Ministerio Público, es porque existe un interés de su parte. Ahora

²³ MANZINI. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 4 y ss. T. V.

bien, si decimos que existe interés del Ministerio Público en este caso, consideramos que es importante indagar sobre el fundamento y los alcances de este interés.

El alcance —de acuerdo con Manzini—²⁴ es amplio, ya que el Ministerio Público está facultado para apelar cualquier resolución excepto que ésta, por sí misma, sea impugnabile. El límite lo estará en la naturaleza de los intereses que se tratan de proteger con la función de esta entidad; de esta manera no podrá dicho organismo impugnar una providencia penal que se refiera a intereses civiles.

Como digresión, debemos decir al respecto que el Ministerio Público puede impugnar en lo referente al objeto de la relación procesal civil y cuando haya ejercido la acción civil en interés de un incapaz y no haya quien represente a ese menor²⁵.

Con respecto al fundamento, el interés para impugnar debe ser visto en cuanto al Ministerio Público, con mayor amplitud que en relación con las otras partes, ya que —por la naturaleza propia de su función— el Ministerio Público se debe preocupar porque se aplique correctamente la ley. ✓

La doctrina ha sido clara en establecer que el Ministerio Público no busca la condena del imputado sino la correcta aplicación de la ley, de lo cual se derivará, consecuentemente, una justa decisión jurisdiccional, ya que el fiscal colabora con el juez en la obtención de la declaración de la verdad, único objeto del proceso penal.

De lo anterior se deriva el hecho de que, la contradicción que podría verse al recurrir el fiscal una resolución que, en cierta forma él ayudó a conformar, sea solo aparente.

Sobre lo anterior han dicho Vázquez y Castro: "Si el fiscal en el proceso no es una parte propiamente dicha en cuanto tiene solamente el derecho y el deber de litigar y alegar exclusivamente a favor de uno de los intereses en conflicto, sino que su condición es la de promotor de justicia y vigilante de la correcta aplicación de la ley sustantiva por medio de la procesal, resulta explicable que pueda recurrir a favor del imputado, si a su juicio resulta evidente una injusticia que puede haber sido cometida involuntariamente por el organismo jurisdiccional, sin que haya sido oportunamente advertida por el imputado o por su asistente técnico, el defensor"²⁶.

4. La parte civil

Las personas que se integran al proceso como partes civiles tienen un derecho de recurrir mucho menos amplio que el demandado y el fiscal. El asunto resulta lógico si se piensa en el interés que cada una de esas partes persigue. Así, el interés del actor civil y del demandado

²⁴ MANZINI, Op. Cit. T. V. p. 208.

²⁵ VAZQUEZ, Op. Cit., T. III. p. 213.

²⁶ Ibidem p. 212.

civil es muy especializada y está únicamente en relación —sobre todo— a su interés económico.

Para poseer la titularidad del derecho de impugnación, la parte civil no sólo debe haberse constituido como tal, sino que, en todo caso, debe haber conservado ese carácter hasta el final del debate.

a. Actor civil

De acuerdo con el artículo 450, el actor civil sólo puede recurrir las resoluciones impugnables en lo concerniente a la acción por él interpuesta, es decir que el actor civil sólo puede recurrir de las resoluciones patrimoniales que le caucen perjuicio.

El artículo en comentario le dá la facultad al actor civil de recurrir las sentencias de sobreseimiento y absolutoria sólo si recurriere el Ministerio Público. La excepción se encuentra, en el mismo artículo, en el caso de la imposición de costas; en este caso se permite el recurso del actor civil ya que se puede ver un interés directo de su aparte.

También puede recurrir el actor civil en caso de sentencia absolutoria, cuando ésta se funde en motivos de orden exclusivamente penal.

En doctrina la posición es clara en el sentido de que, tratándose de una decisión que se refiere a la responsabilidad del imputado, a la parte civil no le es permitido impugnar. Sólo lo puede hacer el imputado y el ministerio fiscal. Al respecto dice Vázquez: "Conviene recordar que el actor civil no tiene recurso alguno contra la sentencia absolutoria en aquello que se refiera a la cuestión penal, sea de fondo o incidental, salvo por la vía de la adhesión lo que evidentemente contiene un resabio de los derechos que el escriturismo acuerda al querellante particular"²⁷.

Cuando el actor civil se hubiere adherido a la apelación del fiscal y éste desiste, tal desistimiento no alcanza al actor civil; en este caso, la vía impugnativa se abrió a la parte civil y de ahí en adelante le caben todos los derechos de recurrente.

b. Demandado civil

El 451 nos presentó sólo una posibilidad de recurso para el demandado civil y es cuando la sentencia declare su responsabilidad. Sin embargo existe otra condición sin la cual no se puede admitir el recurso: si el recurso del imputado fuese admisible.

Esto significa que, para que el demandado civil pueda impugnar, la resolución debe —en abstracto— ser susceptible de recurso por el imputado, aunque éste no lo haga.

Sobre la terminología empleada de demandado civil, nos parece interesante transcribir en este punto la opinión de Vázquez: "Bien entendido que la ley habla de demandado civil, lo que consideramos una redundancia originada por una deficiente interpretación del Código Italiano que es la fuente directa del sistema procesal comentado, porque en nuestro derecho procesal penal no está admitida la *demanda penal*, y sólo se puede dar este nombre al que en causa civil por su sede o en penal cuando hubiere sido deducida en ese proceso, se constituyera en parte a los efectos de la devolución de los objetos o de la indemnización del daño causado por el delito. Vale decir, que en este caso el demandado se entiende que lo es en la cuestión civil, sin necesidad de redundar como lo hace la norma"²⁸.

II. EL RECURSO DE REVOCATORIA

A. Concepto y caracteres

Dentro de los recursos ordinarios encontramos la revocatoria, llamado también recurso de reposición y que tiene como finalidad un nuevo examen de algún punto del proceso que las partes consideren conveniente. La particularidad de este recurso consiste en que el nuevo examen del incidente o del punto del proceso impugnado será examinado por el mismo tribunal que los dictó. Esta particularidad hace a Levene²⁹ advertir una semejanza entre la revocatoria y la aclaración. La vía impugnativa, en el caso de estos recursos, se abre solo cuando se dan resoluciones dictadas sin sustanciación; de ahí que la parte que no hubo sido oída antes de dictarse un pronunciamiento que le causa perjuicio, tiene la oportunidad de lograr que se rectifique lo resuelto, si lo solicita mediante el trámite de la revocatoria.

La finalidad, entonces, de la revocatoria o reposición es la de que el juez que dictó una resolución de las que se revuelven sin sustanciación, lo examine y lo revoque por contrario imperio.

En Costa Rica el recurso de revocatoria, se inicia en el C.P.P. con el artículo 460 que nos habla cuándo procede y en qué consiste: "El recurso de revocatoria procederá tan sólo contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que el mismo tribunal que los dictó los revoque o modifique por contrario imperio".

De acuerdo con el artículo citado, la procedencia del recurso dicho es claro y se dará en los casos en que los autos resuelvan sin sustanciación incidentes o artículos del proceso.

²⁷ VAZQUEZ, Op. Cit. T. IV p. 442.

²⁸ LEVENE, Ricardo. Op. Cit. p. 379.

²⁷ VAZQUEZ, Op. Cit. T. IV, p. 442.

B. Trámite y Condiciones de Admisibilidad

Las condiciones de admisibilidad son simples; únicamente debe interponerse dentro de los tres días siguientes al de dictada la resolución. La interposición se hará por medio de un escrito que lo fundamente. Es decir, en este caso la parte deberá especificar el por qué de su impugnación y decir cuáles son las razones por las que considera que la resolución debe ser revocada o modificada.

El artículo 461 que es el que señala esta condición tiene su base en el 452 que es general para todos los recursos.

El incumplimiento del término o de la exigencia de la fundamentación invalida el derecho de impugnación y torna inadmisibile el recurso.

Al respecto, de acuerdo con el comentario que hacen Vázquez y Castro al artículo 419 de La Pampa (que concuerda con el 461 nuestro), si se incumple la condición de fundamentación, el que se considere con derecho de recurrir puede volver a intentar ser admitido si salva este error formal en el término de tres días³⁰.

En cuanto al trámite, se establece, por el artículo 461, una audiencia a los interesados, de previo a dictar la resolución. Sin embargo aquí debemos de tomar en cuenta lo que dispone el artículo 454. De la combinación de ambos artículos podemos concluir que el 461 sólo resulta aplicable durante la instrucción ya que en la etapa de juicio se seguirá el procedimiento indicado por el 454.

C. Efectos

Dice la primera parte del artículo 462: "La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido interpuesto con el de apelación subsidiaria y éste fuere procedente".

Tenemos entonces que, si se deduce sólo la revocatoria, la cuestión se cierra definitivamente y queda precluida. La segunda posibilidad es cuando se plantea la revocatoria con apelación subsidiaria. En este caso a la parte le quedará la posibilidad de volver a discutir el punto ante el tribunal de alzada; en este caso hay una condición necesaria: que la apelación, como recurso autónomo, resulte admisible.

Puede suceder que un recurso de revocatoria con apelación en subsidio, se declare inadmisibile la revocatoria por defecto formal. En este caso, si el auto recurrido es apelable en forma autónoma, la declaración de inadmisibilidad del primero de los recursos no impide el de la apelación.

El efecto procesal del recurso de revocatoria, de acuerdo con el artículo en comentario, es suspensivo si la resolución recurrida fuese

³⁰ VAZQUEZ. Op. Cit. T. III, p. 230.

apelable en ese efecto. Caso contrario se deberá continuar con el trámite del proceso mientras se sustancie la revocatoria.

III. EL RECURSO DE APELACION

A. Aspectos Generales

1. Concepto y caracteres

El título III del Libro cuarto del C.P.P. de Costa Rica es el que dispone todo lo referente al recurso de apelación y dispone que tal medio de impugnación procede contra las resoluciones de los jueces de instrucción.

La apelación puede definirse como aquel medio de impugnación por medio del cual una de las partes pide a un juez de segundo grado (tribunal o juez ad quem) que sustituya una decisión tomada por el juez de primer grado (juez a quo) y con lo cual no se encuentra conforme.

De acuerdo con la orientación de nuestro actual C.P.P. que implanta el juicio oral que entre otros, tiene como característica la única instancia, nos damos cuenta que el 463 es acertado ya que la única razón de existencia de la apelación es para los casos que conoce el juez de instrucción, cuando, por supuesto, las resoluciones del juez sean expresamente declaradas apelables o caucen gravamen irreparable.

La justificación del recurso de apelación, se encuentra en el deseo —que habíamos comentado al principio— de evitar hasta donde sea posible el error y la injusticia; y, lograr de la mejor manera que el fin del proceso sea el que la ley propone: conocer verdaderamente cómo ocurrieron realmente los hechos que se cuestionan y saber a ciencia cierta que el imputado es verosíblemente el autor del hecho. De ahí que se emplee en el caso de este recurso la diversidad de jueces, ya que esto garantiza a las partes que su inquietud —manifestada al recurrir la resolución— va a ser revisada por otra persona (juez ad quem) que no está involucrada en la resolución que se dictó. Contrario es lo que sucede con el recurso de revocatoria, en que la resolución volvía a ser examinada por la misma persona que lo había dictado.

De acuerdo con Carnelutti³¹ la diversidad de jueces constituye una mayor garantía de justicia con respecto al nuevo acto que se le dicte, pero no por ello podemos creer que se va a eliminar el error. Tampoco por el hecho de que el segundo juez conoce la resolución sea superior al primero; siempre existirá un margen considerable de error.

³¹ CARNELUTTI. Lecciones. T. III. p. 213 y sqts. Cit. por VAZQUEZ. Op. cit. T. III p. 237.

Sin embargo, creemos nosotros, que el hecho de que la resolución lo vuelva a examinar un sujeto que hasta ese momento ha sido ajeno al proceso, es ya suficiente garantía de que el resultado puede ser bastante ajustado a la justicia, aunque por supuesto no creemos que el margen de error pueda ser eliminado ni con éste ni con ningún sistema impugnativo pues estamos ante hechos del hombre que, por su propia naturaleza, es falible.

2. Resoluciones apelables

Hemos mencionado el artículo 463 para dar un concepto de apelación. El mismo artículo nos va a servir para saber qué tipo de resoluciones son susceptibles de ser apeladas.

Ante todo, son apelables, como ya vimos, las resoluciones dictadas por los jueces de instrucción; pero no todas esas resoluciones, sino sólo aquellas que sean declaradas apelables expresamente; también lo serán aquellas que caucen gravamen irreparable.

Entre las resoluciones apelables expresamente tenemos: el auto que rechaza el requerimiento fiscal de instrucción o que ordene el archivo del sumario de prevención; en este caso, de acuerdo con el 188, puede apelar el Ministerio Público; de acuerdo con el 290, se pueden apelar los autos del procesamiento y de la falta de mérito, el primero por el imputado, y el Ministerio Público; el segundo por el Ministerio Público. También es apelable por el Ministerio Público el auto por el que se determina la cesación del encarcelamiento (artículo 294); otros casos de apelación los encontramos en los artículos 322 y 390.

B. Aspectos Legales

1. Procedencia

Siempre con base en el artículo 463, debemos examinar ahora en qué casos procede el recurso de apelación. El artículo no dice nada al respecto y la única clave que nos da es la mención a las resoluciones que expresamente sean declaradas apelables. Estamos de acuerdo con Vázquez, al respecto, que las reglas de admisibilidad en este recurso son formuladas de manera muy general; de ello deriva el hecho de que se posibilite la existencia de interpretaciones contradictorias acerca de cuáles decisiones judiciales son susceptibles de apelación. Sin embargo, el trabajo en este caso se facilita un poco ya que va a ser el mismo C.P.P. el que nos indique en qué casos una resolución dictada por el juez de instrucción es apelable. El problema se plantea más serio cuando se trate de determinar cuáles pueden ser las resoluciones que causan gravamen irreparable, que es la otra posibilidad que nos brinda el artículo en comentario. Aquí creemos, es donde radica el problema de la

falta de determinación del artículo. Deberá dejarse en manos del tribunal la decisión de cuál resolución causa gravamen irreparable y cuál no, ya que la irreparabilidad del gravamen es una cuestión de hecho que debe estudiarse en cada caso particular; no podría existir una norma procedimental que diga —generalizando— qué es gravamen irreparable. De este modo, deberemos atenernos al criterio de cada tribunal para saber qué consideran como gravamen irreparable.

2. Forma y términos

De acuerdo con el 464 el recurso debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución, por escrito y dentro del término de tres días. 3 días

De acuerdo, entonces, con nuestro C.P.P. sólo puede interponerse por escrito. Los C.P.P. argentinos permiten también que se interponga por medio de diligencia, cuando la parte, al notificársele la resolución, la apela, o si no, luego, en el plazo de los tres días, lo hace por escrito. Al imputado no se le exige que fundamente el recurso de apelación. Manzini³² se pronuncia por la tesis contraria. Manifiesta que la apelación como cualquier otro medio de impugnación debe contener la expresión de los motivos por los cuales la parte recurre; es decir, que no basta sólo la declaración de voluntad de apelante. Agrega Manzini que si los motivos que se formulan en la apelación resultan inconsistentes o insuficientes, no por ello debe declararse la inadmisibilidad de la apelación; en este caso el juez de alzada debe pronunciar siempre la sentencia.

Nuestra legislación la única fundamentación que exige es la del Ministerio Público.

La doctrina ha dicho al respecto que la exigencia de fundamentación del recurso que se le hace al Ministerio Público es por razones prácticas, ya que si la apelación la realiza el agente fiscal, el fiscal de juicio deberá conocer exactamente cuáles son los motivos de la apelación. Es entonces por una necesidad práctica, para así facilitar la comprensión del asunto al fiscal de juicio.

Es opinión de Vázquez³³ que si el agente fiscal ya había dictaminado —con anterioridad a la interposición del recurso— sobre la misma cuestión apelada, puede en su libelo impugnatorio dar por reproducidos los fundamentos expuestos en el anterior dictamen.

3. Emplazamiento art 465 -

El artículo 465 señala los plazos para que las partes acudan ante el tribunal de alzada; estos plazos son de tres días si el tribunal ad quem

³² MANZINI, Istituzione di diritto Processuale Penale (CEDAM. Padova, 1960. P. 276).

³³ VAZQUEZ, Op. Cit. T. IV. p. 452.

se encuentra en la misma ciudad del tribunal a quo y de ocho días en caso contrario.

El emplazamiento entonces consiste en un término que se da a las partes para que, en forma definitiva den a conocer su deseo de mantener el recurso; al suceder esto se abrirá la instancia correspondiente.

De acuerdo con lo dicho, podemos ver una finalidad clara en el emplazamiento y es la de dar a las partes un lapso prudencial de tiempo para que mediten sobre la legitimidad del derecho que ejercitan y de sus pretensiones.

Este término acordado en el emplazamiento es totalmente autónomo; no se vincula con el de los tres días que se dan para interponer la apelación.

4. Elevación de actuaciones

Una vez interpuesto el recurso, se elevarán las actuaciones al tribunal de alzada. De acuerdo con el artículo 466, no siempre se eleva todo el expediente, sino solo las necesarias para resolver el recurso de la apelación planteada.

Así, sólo en caso de que se impugne la sentencia de sobreseimiento se elevará todo el expediente; en los demás casos sólo se remitirán los testimonios de los actos correspondientes necesarios para conocer el recurso; en caso de que la apelación sea interpuesta en un incidente si se elevarán todas las actuaciones sobre ese incidente. Esto es así porque el recurso del proceso debe proseguir pues la apelación ha sido interpuesta tan solo sobre una cuestión incidental. De acuerdo con Vázquez, si el incidente hiciera referencia a un derecho sustancial de defensa y fuere apelado, deberá aplicarse la regla de no proseguibilidad que se materializa mediante el efecto suspensivo del recurso³⁴. En todo caso, el artículo 466 prevé la posibilidad de poder elevar todo el expediente cuando el tribunal de apelaciones así lo requiere y por un plazo de cinco días. Este artículo (466) difiere un poco del 424 del C.P.P. de La Pampa que habla también sobre la elevación de actuaciones ya que en éste la regla general es la de que las actuaciones serán remitidas de oficio al superior y la excepción será remitir sólo las piezas relativas al asunto en los casos en que la remisión entorpezca el curso del proceso.

5. Deserción

En realidad este aspecto es muy simple, y la regulación de 468 no deja duda alguna.

La deserción se produce si en el término del emplazamiento la persona que recurre no se presenta a mantener la apelación interpuesta; en este caso la ley presume que el apelante ha cambiado de criterio.

Cuando ha sido interpuesta alguna adhesión al recurso, la situación cambia pues en este caso no podrá declararse desierto y la instancia deberá abrirse para el adherente.

6. Audiencia

Una vez que el recurso sea admitido por el tribunal, se fijará una audiencia.

Este requisito de admisión previa nos indica que la primera actividad del tribunal de alzada es la de examinar la admisibilidad del recurso por si el inferior incurrió en error y lo admitió siendo inadmisibile.

Inmediatamente después se fija una audiencia dentro de un plazo que de acuerdo con nuestra legislación (Art. 469) no será mayor de 5 días. En esa audiencia las partes hacen valer sus derechos y expresan los agravios que les causó la resolución apelada. Este informe puede ser hecho por escrito; se hará oral cuando se haya pedido expresamente al notificarse la providencia respectiva.

De acuerdo con la opinión de la mayoría de los autores, el hecho de no exigir imperativamente el procedimiento oral para el trámite del recurso, se funda en que los recursos constituyen únicamente defensas circunstanciales del proceso; sólo el juicio propiamente dicho debe ser celebrado obligatoriamente mediante la forma oral.

7. Resolución

Una vez celebrada la audiencia, el tribunal de alzada tiene un plazo de tres días para pronunciarse. Es importante decir que, de acuerdo con Vázquez, el plazo acordado al tribunal para resolver es meramente ordenatorio; por tanto una resolución producida fuera de ese término no puede ser atacada de nulidad³⁵.

Es importante que en este punto hagamos una digresión con respecto a los poderes del juez de apelación.

De acuerdo con Leone³⁶ el juez, en el recurso de apelación está ligado o vinculado a la demanda de las partes, es decir, que sus indagaciones no pueden ir más allá de ese ámbito. De acuerdo con esto, Leone, transcribe una serie de casaciones italianas al respecto. (Véase apéndice N° I).

³⁴ VAZQUEZ, Op. Cit. T. III, p. 242.

³⁵ VAZQUEZ, Op. Cit. T. III, p. 246.

³⁶ LEONE, Op. Cit. T. III, p. 164 y ss.

CONCLUSION

Como lo advertimos en la introducción, no pretendíamos con el trabajo presentado cuestionarnos una serie de puntos que, a pesar de ser interesantes y sugestivos vendrían a resultar impertinentes a nuestro propósito: dar a conocer la sistemática que, con respecto a los recursos ordinarios, sigue el Código de Procedimientos Penales vigente.

En un sistema procesal penal como el nuestro, la idea del recurso es no sólo importante sino también necesaria, si queremos salvaguardar principios de justicia y legalidad del proceso penal. Con el estudio hecho podemos concluir lo que ya habíamos enunciado hipotéticamente en las primeras páginas: el sistema de recursos del C.P.P. vigente realiza un buen equilibrio entre la certeza y la seguridad; y, entre celeridad y la justicia.

Por otra parte, se ha observado que el sistema resulta claro y simple; generalmente el Código no deja lugares a interpretación, excepto en dos o tres casos en lo que, como el caso del Art. 463 no quedaba al legislador otra posibilidad que dejar el punto a interpretación jurisprudencial, pues es no sólo difícil, sino peligroso por lo limitante, dejar que el propio Código defina qué va a entenderse por gravamen irremediable.

Creemos con el trabajo presentado haber logrado ese propósito y haber podido enhebrar la mera descripción de elementos que extrajimos del cuerpo de leyes citado, con las obras más importantes que sobre el tema tenemos a disposición en Costa Rica. Aquí cabe hacer notar que no nos fueron muy útiles en el análisis sino sólo aquellas que se han elaborado con base en Códigos Procesales que tienen el mismo lineamiento que el nuestro, de ahí la repetición de citas de autores que como Vázquez Iruzubieta, Leone y Levene, captan perfectamente el sentido de los Códigos que presentan una orientación semejante a la del nuestro.

APENDICE I

JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE LOS PODERES DEL JUEZ DE APELACION

1. Sobre la apelación del Ministerio Público concerniente sólo a la imputabilidad, el juez de apelación no puede reexaminar todo el proceso, a fin de llegar a la absolución por insuficiencia de pruebas (Cas., 13-5-1949).
2. La apelación concerniente a la definición jurídica del hecho, no consiente el examen de cuestiones concernientes a circunstancias agravantes o atenuantes (Cas., 21-6-1947).
3. La apelación propuesta sobre la base de motivos: no haber cometido el hecho o que el hecho no constituye delito, no consiente la indagación acerca de la existencia de circunstancias atenuantes (cas., Secciones Unidas, 26-2-1955).
4. La apelación que deduce la ilegalidad a tenor del artículo 69, Código Penal (italiano), del juicio de equivalencia o prevalencia entre agravante y atenuante, no consiste en el examen de la existencia o no de la agravante que ha sido afirmada ya por el primer juez como presupuesto de dicho juicio y respecto de la cual no existe impugnación alguna (Cas., 2-12-1949).
5. La apelación del Ministerio Público por errónea concesión de la suspensión condicional de la pena, no consiente la concesión de las atenuantes genéricas (Cas., 7-3-1951).
6. La apelación del imputado en tema de edad del sujeto pasivo en el delito de corrupción de menores, no consiente el nuevo examen de todas las circunstancias del delito, y en particular la de la condición de la persona ofendida, ya moralmente corrupta (Cas., 16-11-1954).

7. La apelación del imputado que deduzca la petición de absolución por insuficiencia de pruebas y por exceso de la pena, no consiente la concesión de una atenuante (Cas., 11-5-1954).
8. La concesión de atenuantes genéricas no está consentida en defecto de una específica petición del imputado (Cas., 7-6-1954).
9. La petición de los motivos de apelación de absolución porque el hecho no constituye delito, o por insuficiencia de pruebas, no consiente, ni aún siquiera bajo el aspecto de una petición implícita, la concesión de la suspensión condicional de la pena (Cas., 4-7-1953).
10. La apelación propuesta solamente mediante petición de absolución por insuficiencia de pruebas, no consiente el nuevo examen de la configuración jurídica del hecho (la degradación de delito consumado a delito intentado). (Cas., 22-12-1949).
11. En el caso de imputación de delitos concurrentes (estafa y juego de azar) y de condena sólo por uno de ellos (juego de azar), la impugnación que haya sido propuesta por el imputado contra el pronunciamiento de condena, no autoriza al juez de apelación que considera inexistente el delito relativo sobre la condena (juego de azar), a examinar si el hecho integra o no los extremos del otro delito (estafa), ya que éste queda en adelante excluido mediante el pronunciamiento hecho irrevocable. (Cas., 23-8-1949).
12. La apelación propuesta sólo porque el delito, en vez de receptación, sea definido como encubrimiento, no consiente la concesión de la atenuante de la participación mínima en el delito (Cas., 20-11-1947).
13. La apelación propuesta sólo acerca de la definición jurídica del hecho, no consiente el examen de la cuestión de la equivalencia de las circunstancias (Cas., 19-6-1947).
14. La apelación propuesta por el Ministerio Público limitadamente a la medida de la pena, no consiente declarar inexistente la continuación de los delitos reconocida por el juez de primer grado (Cas., 19-2-1946).
15. La apelación del Ministerio Público propuesta exclusivamente en cuanto a la levedad de la pena, no consiente tomar en examen los resultados procesales a los fines de la declaración de certeza de los extremos del delito (en particular: proveniencia delictuosa de la mercancía, o dolo en caso de receptación) (Cas., 22-1-1946).

16. La apelación propuesta sólo en cuanto a lo excesivo de la pena, no consiente volver a proponer la cuestión sobre si el hecho constituye o no delito (Cas., 11-7-1945).
17. La apelación que no deduce explícitamente la petición de suspensión condicional de la pena o de otros beneficios, no consiente la concesión de ellos (Cas., 26-6-1945).

Fuente: Leone, *op. cit.*

BIBLIOGRAFIA BASICA

- CLARIA, Olmedo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. V. EDIAR, Buenos Aires 1966.
- LAJE ANAYA, Justo y Luis A. Peralta. Código de Procedimientos Penales de Córdoba, concordado, anotado y comentado. Marcos Lerner. Buenos Aires, 1971.
- LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. III. Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
- LEVENE H., Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 2da. Ed. 1967.
- MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968.
- MANZINI, Vicenzo. Istituzioni di diritto processuale penale. C. E. D. A. M., Padova, 1960.
- TORRES GUDIÑO, Secundino. Derecho Procesal Penal. Editorial Universitaria, Panamá, 1973.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA y R. A. Castro. Procedimiento Penal Mixto. Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.

EL NUEVO DERECHO
AGRARIO EN CUBA

Dr. Arturo Fournier F.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ORDENAMIENTO JURIDICO AGRARIO
A) Leyes sobre la propiedad de la tierra. B) Ley preliminar de Reforma Agraria. C) Promulgación de una nueva Ley e inicio de la Primera Reforma Agraria. 1) Necesidad de una nueva Ley. 2) El latifundio. 3) Sociedades por acciones (monopolios). 4) Nacionales y extranjeros. 5) El minifundio y otros tipos de tenencia de la tierra. 6) Medida de los nuevos predios. 7) Mínimo vital. 8) Expropiación, indemnización, financiamiento y adjudicación. 9) Zonas de Desarrollo Agrario. 10) Las cooperativas agrícolas. 11) Registro de Propiedad. 12) Tribunales Agrarios. 13) El I.N.R.A., creación y funciones. Planificación y centralización. D) Promulgación de otra Ley, e inicio de la Segunda Reforma Agraria. III. NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL. IV. CONCLUSIONES.

I. Antes de empezar * a estudiar directamente el actual estado del ordenamiento jurídico agrario, tenemos que referirnos a la época pre-revolucionaria, y a las leyes que al respecto existían en ese entonces.

Daremos inicio a partir del orden constitucional imperante en Cuba, después de 1940, que es el que tiene una incidencia superior sobre la situación normativa actual (década de los setentas).

La Constitución que nos interesa fue promulgada el 5 de julio de 1940, y entró en vigor el 10 de octubre de 1940, publicada en la Gaceta Oficial N° 464 del 8 de julio de ese mismo año².

Estaba dividida en diez y nueve Títulos, y cada uno de ellos en artículos, con un total de doscientos ochenta y seis, y, además disposiciones transitorias a los Títulos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 14º, 15º, 16º y 17º.

A continuación pasaremos a analizar algunos de los artículos de mayor interés.

En el título primero, denominado "La Nación, su territorio y forma de Gobierno", se establecía la denominación de Cuba como una Nación Soberana e independiente, organizada como una unidad y república democrática, para el goce de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana (artículo 1º).

* El presente trabajo constituye un pequeño resumen de una obra de mayor amplitud y profundidad, en donde se tocan los diferentes aspectos que están relacionados con la actividad agraria en Cuba, dentro del contexto general del agro latinoamericano, y de los sistemas que imperan sobre éste, ya que el análisis meramente jurídico de la legislación, no es —a nuestro criterio— suficiente para ilustrar sus esencias y contenidos fundamentales, salvo que se sitúen en un contexto histórico de tiempo y lugar, en medio de las circunstancias económicas, laborales, sociales, políticas e ideológicas que le dieron vida¹.

En razón de la comodidad para el público italiano que desconoce una serie de detalles que se dan por descontados en la obra; y de las exigencias técnicas que una Revista de este tipo tiene, hemos decidido, en esta ocasión, tratar única y exclusivamente el aspecto jurídico-institucional del tema.

Aprovecho la oportunidad para agradecer especialmente al profesor Antonio Carrozza, por su guía y colaboración en la investigación, y al Profesor Emilio Romagnoli, así como a los demás integrantes del I.D.A.I.C. en Florencia.

¹ A. FOURNIER F. La Reforma Agraria en América Latina, con especial referencia al caso de Cuba, Firenze, 1975.

² A. J. PEASLEE. Constitutions of Nations. The Hague, 1956.

El poder soberano descansaba en el pueblo, del cual emanaban todos los poderes públicos (artículo 2°).

El artículo 24 decía literalmente:

“La confiscación de la propiedad está prohibida. Ninguno puede ser privado de la suya a menos que sea por autoridad judicial competente y por causa justificada de utilidad pública o social, y siempre previo pago de la indemnización correspondiente en efectivo, fijada judicialmente. El no cumplimiento de estos requisitos no determinará el derecho de la persona cuya propiedad ha sido expropiada, a ser protegido por las cortes, y, si el caso así lo demandare, a tener restituida su propiedad.

“La realidad de la causa de utilidad pública o interés social, y la necesidad de expropiación, serán decididos por las cortes en caso de impugnación.”

El Título Sexto se refiere al trabajo y a la propiedad, dividido en dos secciones respectivamente.

La sección segunda de este apartado era la referente a la propiedad, pero será analizada en el próximo punto, ya que el mismo se refiere únicamente a la parte de la legislación concerniente a lo específicamente agrario.

Como conclusión de estas disposiciones citadas, y de las otras contenidas en la Norma Fundamental (podemos ver que esta Constitución es de tipo liberal de avanzada, tal vez, demasiado adelantada para su tiempo, por lo que en su mayor parte sus disposiciones quedaron únicamente plasmadas en el papel, sin pasar a surtir efectos reales y positivos en la vida diaria de la Cuba de esa época. Y era tal su carácter progresista que, el Gobierno Revolucionario, a la toma del poder, la adoptó como su Carta Fundamental, salvo leves reformas que le fueron introducidas, para satisfacer las cambiantes necesidades de la nueva sociedad que se estaba pretendiendo crear.

II. A. Del título sexto, en su sección segunda, contenía diez artículos con relación a la propiedad, del 87 al 96, que pasamos a analizar seguidamente.

La Nación Cubana reconocía la existencia del “legítimo y privado” derecho de propiedad, dentro de su amplia concepción de la función social y sin otras limitaciones que aquellas por medio de las cuales, por razones de necesidad pública o interés social, se establecían en las leyes. (artículo 87).

El subsuelo se consideraba perteneciente al Estado, que era el único que podía garantizar o conceder terrenos para su explotación. Derechos mineros concedidos y no explotados dentro del período fijado por la ley, serían declarados nulos y restituidos a la Nación.

La tierra, los bosques y las concesiones para la explotación del subsuelo, la utilización de aguas, medios de transporte y todo otro servicio público empresarial, debían de ser explotados de una manera que tendiera hacia el bienestar social. (Artículo 89).

Pero la disposición más importante de todas, es la contenida en el artículo 90, por medio de la cual se prohíbe el latifundio, dejando la fijación de la máxima cantidad de tierra que cada persona o entidad pudiera tener, a las leyes especiales sobre la materia, de acuerdo con cada tipo de explotación a que la tierra fuera dedicada y con sus peculiaridades específicas.

Al mismo tiempo establecía el artículo que debería de limitarse la adquisición y posesión de tierra por personas o compañías extranjeras, con una buena reglamentación legal que previera y comenzara a tomar medidas para restituir la tierra a los cubanos.

Estos dos puntos son sumamente importantes en el desarrollo de la Revolución Agraria que se lleva a cabo, una vez avenido al poder el Gobierno Socialista³.

Al lado de este precepto de prohibición del latifundio, dotado de tanta visión histórica y económica, se colocaba una seria deficiencia, en el artículo inmediatamente siguiente, en el 91, el cual contenía medidas en favor de la protección del minifundio.

Por otra parte, se prohibía la imposición perpetua de gravámenes sobre la propiedad, en la forma de hipotecas y otros tipos jurídicos de naturaleza análoga, para lo cual, se obligó al Congreso, en el término perentorio de tres sesiones —a partir de la entrada en vigor de la Constitución— a aprobar una ley que regulara la liquidación de los gravámenes ya existentes. Sin embargo aquellos establecidos para el beneficio de la Nación, la provincia o la municipalidad, así como de instituciones públicas de cualquier tipo, o instituciones privadas de beneficencia, se exceptuaban de esa disposición restrictiva. (Artículo 93).

Para finalizar, haremos referencia a las disposiciones transitorias dictadas para este título sexto, en su parte correspondiente a la propiedad.

Para cumplir con las disposiciones relativas a la garantía por parte del Estado, de dotar a sus ciudadanos con fuentes de ingreso y redistribución por medio de sistemas cooperativos, propicios para el desarrollo; en cada distrito municipal deberían de fundarse, por parte de los gobiernos municipales, cooperativas para la distribución de tierras y casas, y que recibirían el nombre de “José Martí”. Su propósito sería la adquisición de tierras fértiles para cultivar y la construcción de casas baratas para los campesinos pobres, los trabajadores, y empleados que no dispusieran de ellas.

³ Conocida con este nombre toda la transformación en el agro cubano, y el proceso llevado a cabo por las dos Reformas Agrarias de que luego hablaremos. Para mayor información ver: S. ARANDA. La Revolución Agraria en Cuba, Méjico, 1974.

Se colocaban las cooperativas bajo la supervisión del Gobierno de la República, y serían gobernadas y administradas por los miembros, con representación de la municipalidad, la provincia y la Nación.

El tamaño de los lotes no debía de exceder de tres caballerías⁴ o sea un promedio de unas treinta y tres hectáreas y media por cada uno, en las provincias de Las Villas, Camagüey y Oriente; dos en Pinar del Río y Matanzas; y una en la Habana.

En las disposiciones transitorias referentes a la Segunda Sección, encontramos que el Estado debería de encargarse de la distribución de las tierras nacionales que no necesitara para sus propios objetivos. Suspensión de los juicios de restitución y de desalojo contra poseedores en estado precario; disposiciones que veremos luego repetidas en las leyes de Reforma Agraria del nuevo Estado.

A pesar de todas estas normas y de otra cantidad de leyes muy favorables al desarrollo de la agricultura, ésta no progresaba, y cada vez debían de importarse más productos agrícolas del exterior, pudiéndolos producir en el país⁵.

La distribución de la tierra tampoco varió, continuando la injusta acaparación de la propiedad en muy pocas manos, como podemos observar de las informaciones censales dadas a continuación:

El 84,6% de las fincas tenían menos de 50 hectáreas y constituían apenas el 19,9% del total de tierra cultivable repartida en fincas. Las fincas de más de 1.000 hectáreas constituían el 0,56% del total de fincas y tenían el 36,1% del total del área cultivable.

En lo que respecta a la caña, el principal producto agrícola de la isla, los propietarios de las empresas azucareras extendían sus dominios por 2,48 millones de hectáreas, de las cuales cultivaban apenas si acaso la mitad, con todo y lo cual producían el 70 u 80% del total de las exportaciones y el 90% de la entrada total de divisas del país!

Mientras se tenía tanta tierra acaparada sin ningún objeto, y dejándola improductiva, desperdiciando el alto potencial agrícola del país, se producía un déficit crónico en la balanza de pagos, provocado por la fuga de divisas en las importaciones de alimentos primarios agrícolas, que constituían parte de la dieta fundamental del cubano, en una cantidad del 75% del total de productos agrícolas consumidos en la isla, y por una cantidad de más de 100 millones de dólares estadounidenses anuales.

22 compañías azucareras, 13 de ellas norteamericanas y 9 cubanas controlaban cerca de 1,8 millones de hectáreas, o sea el 70% del área cultivada con caña, y cerca de un 80% del total del área agrícola del país. De entre ellas, las más poderosas eran las extranjeras, sin lugar a

⁴ Una caballería equivale a 13,42 hectáreas.

⁵ Cfr.: M. RODRIGUEZ C. Land Tenure and Land distribution in Cuba, Wisconsin, 1956. Y: NATIONS UNIES. Progrès de la Réforme Agricole - Analyse des réponses de gouvernements à une questionnaire de l'Organisation des Nations Unies - Département des questions économiques, New York, 1954.

dudas, con 1,17 millones de hectáreas (6 de ellas tenían en su poder 854.000 millones de hectáreas, o sea un promedio de 142,370 hectáreas cada una).

Del total de los terrenos agrícolas del país, sólo el 23,6% estaba siendo usado, y de cuyo porcentaje, el 56% estaba cubierto de caña.

El ausentismo de la propiedad era tan alarmante como la mala distribución; los terrenos cultivados por sus dueños llegaban no más que al 32,4% de la superficie total.

Los aparceros representaban un 20% de los cultivadores, pero poseían sólo un 6% de la tierra cultivada. Casi el 10% de los cultivadores directos no tenían título legal para hacerlo.

Para terminar de agravar la situación, estaba el grueso proletariado agrícola, viviendo en condiciones infra-humanas y deambulando en la miseria y en la desocupación estacional.

El total de tierras irrigadas era de un 3% del total de área cultivada, y un 0,7% del total del área comprendida en fincas.

El total de área fertilizada se alzaba apenas al 7,4% del área total cultivada.

La situación que se vivía en Cuba era verdaderamente desastrosa, y cada vez se perfilaba más su descomposición, en aras de la explotación cada vez más brutal, la corrupción, la depravación y el vicio que se habían extendido por todos los rincones del país, y alcanzado a todos los estratos de la población⁶.

B. Encontrándose aún en plena lucha armada, las Fuerzas Rebeldes promulgan su primera ley, con respecto a la Reforma Agraria, que fue la Ley Número 3 de la Sierra Maestra (uno de los tres grandes sistemas montañosos de la Isla, en donde comenzó la actividad guerrillera), promulgada el 10 de octubre de 1958, a más de un año de distancia de la obtención del poder⁷.

La enunciación esencial y primordial de esta ley era la de que la tierra debería de ser asignada a aquel que la cultivara.

La mayoría de los pronunciamientos de la Ley N° 3 de la Sierra, quedaron posteriormente comprendidos en el próximo cuerpo legal sobre Reforma Agraria (17 de mayo de 1959), por lo que, dada la limitación de espacio, no haremos más que mencionar los objetivos y declaraciones principales de esta Ley, cuales serían los siguientes:

1) La diversificación agrícola. 2) El desarrollo económico, agrícola e industrial. 3) El aumento progresivo del nivel de vida del campesino.

⁶ Cfr.: F. CASTRO. La historia me absolverá, La Habana, 1961. A. GARCIA. Dinámica de las Reformas Agrarias en América Latina, Santiago de Chile, 1969. Y: M. GUTELMAN. La política agraria de la Revolución Cubana - 1959 - 1968, Torino, 1969.

⁷ Cfr.: Departamento Legal, Sección Asesoría de las Delegaciones de las zonas de Reforma Agraria, La Habana. O, en: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria especial, 3 de junio de 1959.

4) Eliminación del latifundio y del minifundio. 5) Declaración de la inoperancia del arrendamiento forzoso y del derecho de permanencia. 6) Reafirmación de la función social de la propiedad privada. 7) *Hacer propietarios de la tierra a quienes la cultivan*. 8) Propender a la expansión del crédito paraestatal en el sector agrícola. 9) Garantía de un precio justo para los productos. Y 10) *Premiar la participación del campesino en la lucha por la liberación de Cuba*.

Esta concepción de la Reforma Agraria era sumamente limitada, como limitadas eran las posibilidades de llevarla a la práctica, sin tener las riendas del poder político y económico desde dónde ejecutarla. Implicaba una transformación a nivel únicamente de las clases para las cuales la tierra era el único y decisivo instrumento de creación y captación de la plusvalía; por lo que convenía a vastos sectores de la población incluidos aun ciertos latifundistas, y no sólo los campesinos que carecían de un título sobre la tierra que se encontraban cultivando⁸.

C. I. Los principios rectores de la política económica en los primeros años de la Revolución fueron la diversificación agrícola, industrialización y establecimiento de nuevos vínculos comerciales, con el objeto de salir del estancamiento económico en que se encontraba el país por causa de la monoproducción de la caña de azúcar.

Con el objeto de lograr estos fines, se inició una profunda transformación de las estructuras en sentido socialista, teniendo como premisa fundamental un equilibrio y racional uso del sistema productivo⁹.

Sin embargo estos objetivos no podían ser logrados únicamente con una Reforma Agraria, sino que había que reorganizar toda la estructura y la organización estatal. De tal manera que, al lado de la Constitución de 1940 —adoptada y adaptada— se promulgaron una serie de Leyes que por su importancia se integraron a la Ley Fundamental de la República, con carácter de constitucionales, ellas son: la Ley de Reforma Agraria del 17 de mayo de 1959¹⁰, la Ley de Reforma Urbana del 14 de octubre de 1960, la Ley de Nacionalización de la Educación del 6 de agosto de 1961 y la Segunda Ley de Reforma Agraria del 3 de octubre de 1963¹¹.

En este marco de desarrollo económico, había entonces necesidad de: utilizar el latifundio improductivo para alzar el nivel de producción del Estado; entregar las tierras a los campesinos que las estuviesen cul-

⁸ Cfr.: E. "Ché" GUEVARA. Una Revolución que comienza. "Obra Revolucionaria, México, 1959.

⁹ Confrontar con los principios expuestos por B. C. HORNE. Causas fundamentales que impiden una Reforma Agraria - Derecho Agrario y Legislación Agraria - Urgencia de una solución en América, Sao Paulo, 1963.

¹⁰ Vemos así cómo en las disposiciones finales de la ley se dice: "En uso del Poder Constituyente que compete al Consejo de Ministros, se declara la presente Ley parte integrante de la Ley Fundamental de la República, la que así queda adicionada."

¹¹ AMBASCIATA DI CUBA. CUBA (Síntesis informativa), Roma, 1975.

tivando sin título de propiedad; disponer de la tierra en manos extranjeras para entregarla a nacionales, con el objeto de hacer permanecer en el país las ganancias provenientes de la agricultura; y un mayor control y planificación del Estado, de acuerdo a sus necesidades y no a las de las compañías o de los mercados foráneos.

Por otra parte, las tendencias socializantes hacían necesaria una colectivización de los medios de producción; un ataque frontal al sistema neo-colonial de los complejos azucareros, desde los cultivos, hasta el proceso del azúcar en los ingenios; y, conseguir un amplio y decidido apoyo entre la gran masa de campesinos que había seguido y participado en el movimiento revolucionario¹².

Todo ello hacía aparecer, cada vez más, la necesidad de una Ley que regulara y encauzara todo el proceso hacia una Reforma Agraria, ampliamente necesaria para la República, que se encontraba dentro de los cauces normales de la jurisdicción y que permitiera al Gobierno hacer las modificaciones sustanciales en las estructuras económicas y de tenencia de la tierra, para lograr el rejuvenecimiento de su sector agrícola.

Es de esta manera que viene promulgada la Ley de Reforma Agraria, el día 17 de mayo de 1959, por el Consejo de Ministros de la República, quienes eran los encargados, en ese momento, de las tareas legislativas del Estado.

Junto a esta ley que daba la tierra a cien mil campesinos y abolía el latifundio (ya no sólo formalmente sino que también de hecho), se promulgan otras leyes con las cuales se rebajan los alquileres de las tarifas eléctricas, declaran de uso público todas las playas y ponen en vigor otra gran cantidad de medidas de justicia social.

2. También podemos ver, de la misma época, otras dos leyes que afectan el patrón de la propiedad existente en Cuba.

La primera fue la ley del 6 de julio de 1960, que nacionalizó todas las grandes empresas privadas y que fue aprobada como represalia por la supresión de la cuota azucarera de parte de los Estados Unidos. Mediante ella el Estado se apoderó de todas las propiedades norteamericanas, tanto en la agricultura como en otros sectores de la economía.

Y la segunda fue la ley del 13 de octubre del mismo año, que nacionalizó todas las grandes empresas privadas, incluyendo las centrales azucareras propiedad de cubanos, junto con las tierras cañeras que pertenecieran simultáneamente a los mismos propietarios (ya fueran individuos o compañías).

Estas dos leyes están íntimamente relacionadas con los siguientes puntos de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Agraria:

¹² L. HUBERMAN y P. SWEESY. El Socialismo en Cuba, México, 1974.

“Por cuanto: La Constitución de 1940 y la Ley Fundamental del Gobierno Revolucionario proscriben el latifundio y establecen que la Ley adoptará medidas para su extinción definitiva.

Por cuanto: Las disposiciones constitucionales vigentes establecen que los bienes privados pueden ser expropiados por el Estado, siempre que medie una causa justificada de utilidad pública e interés social.

Por cuanto: La producción latifundiaria, extensiva y anti económica, debe ser sustituida, preferentemente, por la producción cooperativa, técnica e intensiva, que lleve consigo las ventajas de la producción en gran escala.

Por cuanto: Resulta conveniente establecer medidas para impedir la enajenación futura de las tierras cubanas a extranjeros, a la vez que se deja testimonio de recurso y admiración a la figura patricia de don Manuel Sanguily, el primero de los cubanos que en fecha tan temprana como 1903 previó las nefastas consecuencias del latifundismo y presentó un proyecto de Ley ante el Congreso de la República tendiente a impedir el control por foráneos de la riqueza cubana.”

Vemos de esta manera que el objetivo primordial de la Ley es la eliminación de latifundio, como premisa para poder llevar adelante los planes de desarrollo agrícola y nacional, con que pensaban sacar del subdesarrollo a la nación cubana.

En la Exposición de Motivos de la Ley, encontramos tres párrafos dignos de mencionar literalmente:

“Por cuanto: En el propio Censo Agrícola se evidencia también la extrema e inconveniente concentración de la propiedad de la tierra en unas pocas manos, existiendo una situación a tal respecto que 2.336 fincas representan el dominio sobre un área de 317 mil caballerías de tierra, lo que quiere decir que el 1,5% de los propietarios poseen más del 46% del área nacional en fincas, situación aún más grave si se tiene en cuenta que hay propietarios que poseen varias fincas de gran extensión.”

Por cuanto: En las fincas mayores es evidente un lesivo desaprovechamiento del recurso natural tierra, manteniéndose las áreas cultivadas en una producción de bajos rendimientos, utilizándose áreas excesivas en una explotación extensiva de la ganadería, y aún manteniéndose totalmente ociosas, y a veces cubiertas de marabú otras áreas que pudieran rescatarse para las actividades productivas.”

“Por cuanto: Es criterio que el fenómeno latifundiario que revelan los datos anteriores no sólo contradice el concepto moderno de la justicia social, sino que constituye uno de los factores que conforman la estructura subdesarrollada y dependiente de la economía cubana, comprobable por distintas características, entre ellas: la dependencia del Ingreso Nacional, para su formación, de la producción para la exportación, considerada como la ‘variable estratégica’, de la economía cubana, que resulta así altamente vulnerable a las representaciones cíclicas de la economía mundial; la alta propensión a importar mercancías que en otras condiciones pudieran producirse en el país; la consecuente reducción del efecto multiplicador de las inversiones y de las propias exportaciones; el atraso técnico en los métodos de cultivo y de explotación de la ganadería; en general el bajo nivel de vida de la población cubana, y, en especial, la rural, con la consiguiente estrechez del mercado interior, incapaz en tales condiciones, de alentar el desarrollo nacional de la industria.”

En base a las anteriores consideraciones, y a otras de carácter más general que no se consignaron en la Ley, pues sería de nunca acabar, en el artículo 1º, capítulo I, encabezando todas las disposiciones relativas a la Reforma Agraria, se establece de una manera decisiva y tajante la proscripción del latifundio, junto con la prohibición de poseer propiedades cuya extensión sobrepase las treinta caballerías (402,6 hectáreas), con el objetivo no tanto de mejorar la producción agrícola, como de cambiar la estructura de posesión sobre la tierra.

Esto en el caso de que fuera su producción sumamente deficiente, porque, en caso contrario, se estableciera cuatro excepciones, con base en el rendimiento promedio nacional, que liberara a ciertas propiedades de la expropiación, pero las ligaba de manera inmediata y directa con el Estado y su plan productivo, ya fuera por intervención directa, o por incautación total para convertirla en propiedad estatal, con gestión directa y en primera persona del mismo.

Sin embargo, tampoco es que se dejara la puerta abierta para que continuara el latifundismo, sino que, en caso de que ciertas propiedades entraran en la categoría “excepcional”, de ninguna manera, ni las personas físicas, ni jurídicas podrían conservar propiedades que se extendieran por más de cien caballerías (134,20 hectáreas), expropiándose el resto, de acuerdo con los límites de la unidad económica de producción (artículos 1 y 2)¹⁴.

3. Fue establecida, también la prohibición de explotar colonias de cañas a aquellas sociedades anónimas que tuvieran acciones al por-

¹⁴ BARKIN, MANITZAS y otros. Cuba, camino abierto, Méjico, Madrid, Buenos Aires, 1974. J. PETRAS y M. ZEITLIN. América Latina. ¿Reforma o Revolución? Buenos Aires, 1970.

tador, y que sus socios no fueran ciudadanos cubanos. Como sanción a la falta de cumplimiento de esta disposición, se aplicaría la expropiación forzosa.

Además, se establece la disposición de que las tierras que se adjudiquen como resultado de los beneficios previstos por la Ley, de ninguna manera podrán ser recibidas por ningún tipo de sociedades civiles o mercantiles, a menos que sea la sociedad matrimonial, o las cooperativas. (Artículos 13, 14 y 33).

4. En vista de que las normas emanadas con anterioridad (artículo 90 de la Constitución del 40 —prohibición del latifundio y de la concentración de la propiedad en manos de extranjeros) no habían surtido el efecto deseado, y la tierra seguía altamente concentrada en manos extrañas, se optó por la vía más drástica y categórica: evitar la propiedad de la tierra en manos de cualquier extranjero, fuera estau-nidense o no. Inclusive, es interesante notar que en el cumplimiento de las normas pertinentes a las demasías, sujetas a la expropiación por la Reforma Agraria, fueron expropiadas tierras pertenecientes no sólo a las grandes compañías azucareras o ganaderas norteamericanas, sino hasta predios pertenecientes a ciudadanos latinoamericanos, entre ellos, la familia Betancourt de Venezuela y otras mejicanas. (Artículo 15).

5. Tan peligroso puede ser para la economía agrícola de un país, el latifundio como el minifundio, ya que este último es, por definición, aquel tipo de tenencia en el que la disponibilidad de tierra es absolutamente insuficiente para el logro de estos tres objetivos: el empleo productivo del potencial familiar de trabajo, el suministro de una cantidad de recursos capaz de fundamentar un aceptable nivel de vida y la posibilidad de que funcione un verdadero sistema de empresa agrícola.

De ahí que la ley se abocara también con gran ahínco a la resolución de este problema, sin caer de nuevo en la parcelación o atomización excesiva de la propiedad productiva.

En la Exposición de Motivos encontramos varios apartes dedicados a este tema, a saber:

“Por cuanto: Según criterio reiterado por los técnicos, en el caso cubano concurren los presupuestos enunciados (por las Naciones Unidas). Por cuanto y, como estímulo adicional a esas necesarias modificaciones de la actual estructura agraria de nuestro país, resulta urgente arrancar, de la situación de miseria en que tradicionalmente se ha debatido, a la inmensa mayoría de la población rural de Cuba.”

“Por cuanto: En la agricultura cubana es de uso frecuente el contrato de aparcería y el sistema de censos, que desalientan al cultivador, creándole obligaciones inequitativas, anti-económicas

y, en muchos casos, extorsionadoras, e impidiendo así el mejor aprovechamiento de las tierras.”

“Por cuanto: El Censo Agrícola Nacional de 1946 evidenció que la inmensa mayoría de las fincas sometidas a trabajos de cultivo están siendo atendidas por personas que carecen de la propiedad de la tierra y que la trabajan a título de aparceros, arrendatarios, colonos y precaristas, mientras esos derechos dominicos están en manos absentistas, lo que representa en muchos casos una situación de injusticia social y en la totalidad de los mismos un factor de desaliento a la eficacia productiva.”

“Por cuanto: En contraste con la situación descrita en el Por cuanto anterior” (aquel que se refería al latifundismo) “se produce el fenómeno de 111 mil fincas de menos de 2 caballerías, que sólo comprenden una extensión de 76 mil caballerías, lo que a su vez quiere decir que el 70% de las fincas, sólo disponen de menos de 12% del área nacional en fincas existiendo además un gran número de fincas —alrededor de 62 mil— que tienen menos de $\frac{1}{4}$ % de caballería por extensión.”

Si le damos un estudio detenido al texto de la ley, podemos darnos cuenta cómo esta preocupación se encuentra presente a todo lo largo del articulado, encontrándose entre algunas de las disposiciones más importantes, las siguientes:

La contenida en el artículo 11 que reza de la siguiente manera:

“Se prohíbe a partir de la promulgación de esta Ley la concentración en contratos de aparcería o cualesquiera otros en los que se estipule el pago de la renta de las fincas rústicas en forma de participación proporcional en sus productos. No se considerarán incluidos en este concepto los contratos de molienda de cañas.”

Luego, en la parte que se refiere a las tierras sujetas a expropiación, se decía que no serían explotadas las tierras de dominio privado, a menos de que se encontraran afectadas por contratos con colonos, sub-colonos, arrendatarios, subarrendatarios, aparceros u ocupadas por precaristas, siempre y cuando estas personas ocupasen parcelas de una extensión mayor a las cinco caballerías, las cuales les serán entregadas gratuitamente. (Artículos 6 y 18).

Igual medida se aplicaría para las tierras públicas que se encontrasen en manos de personas en posesión indirecta de la propiedad. (Artículo 56).

Peró, con el objeto de prevenir la formación de predios minifundistas y autosuficientes, se creó el aliciente de permitirle a estas personas la adquisición de más tierras hasta complementar el máximo de

treinta caballerías (450 hectáreas aprox.). De igual manera, si lo que sucedía era lo contrario, que los aparceros, colonos, etc., estaban en posesión de cantidades de terrenos superiores a las treinta caballerías, se les adjudicaría una parte, y la otra quedaría sujeta a la expropiación. (artículo 67).

6. De acuerdo con la nueva estructuración de la tenencia de la tierra, la propiedad agrícola cultivable y cultivada de la isla, se dividió en una serie de unidades económicas, que por lo general eran de un promedio de 30 caballerías de extensión; sin embargo, cabía la posibilidad de entrega de parcelas a individuos o familias, con un mínimo de dos caballerías.

Dentro de estos dos límites, habían toda una serie de modalidades, de acuerdo a la situación, la productividad, el cultivo a que estuviera dedicada, la cantidad de gente que viviera en ella, etc.

Comenzando con un mínimo de dos caballerías (veintiocho hectáreas) una familia campesina promedio, de unos cinco integrantes, podía irse ampliando la cantidad de terreno a medida que aumentare el número de la familia o que se dedicara por ejemplo a la ganadería o a algún tipo de cultivo extensivo.

Luego estaba la propiedad promedio de unas treinta caballerías, que era la entregada a las cooperativas en una manera pro indivisa, siempre y cuando no entraran en juego los factores mencionados con anterioridad que hicieran necesaria una mayor extensión.

Por último, encontramos las excepciones hechas al límite de las treinta caballerías, dictadas en favor de los particulares (personas físicas o jurídicas) que tuvieran un rendimiento en las áreas sembradas de caña, de un cincuenta por ciento más alto del fijado como promedio nacional; las áreas dedicadas al ganado, de acuerdo con el mínimo de sustentación fijado por el Instituto Nacional de Reforma Agraria; las tierras sembradas de arroz, con un rendimiento igual al exigido para la caña; las tierras dedicadas a algún tipo de cultivo que, por su fragmentación pudiese romperse la unidad económica de producción.

Estas excepciones se llevarían a cabo, siempre y cuando los beneficios se sujetasen al control establecido por el Instituto (INRA), y le presentasen toda la documentación e inventario, previa declaración jurada ante Notario Público o Juez Municipal del domicilio del declarante. (Artículo 25).

7. Con el objeto no sólo de prevenir la formación de minifundios, sino con la mira de garantizar una existencia digna y una fuente de producción que permitiera a la familia campesina lograr un nivel de vida más decoroso que le diera la oportunidad de participar más plenamente en la vida socio-económica del país, se establece el principio del "mínimo vital", como aquella extensión de tierra con un mínimo de dos caballerías de tierra fértil, sin regadío, distante de los centros urbanos y dedicadas a cultivos de rendimiento económico medio, sujeta al tra-

bajo directo de una familia campesina promedio, de cinco integrantes. Este mínimo podía además ser variado, según las consideraciones del INRA, luego de un estudio del caso. (Artículo 16).

Además se establecía el goce de beneficios sociales, en el ejercicio del derecho de propiedad sobre este terreno, cuales eran los de inembargabilidad e inalienabilidad, estipulados en el artículo 91 de la Ley Fundamental de la República.

8. En el segundo "Por cuanto" de la Exposición de Motivos de la Ley, se establecía el principio del intervencionismo estatal a todos los niveles de la economía cubana, "mediante los necesarios incentivos, la protección arancelaria, la política fiscal y la acertada manipulación del crédito público, el privado y todas las otras formas de fomento industrial, a la vez que encaminan el agro cubano por los ritmos del indispensable desarrollo."

Además, la Ley, con el previo reconocimiento de las disposiciones constitucionales vigentes, establecía la validez de la expropiación, por parte del Estado, de los bienes privados, siempre que mediare causa justificada de utilidad pública e interés social.

En este sentido, no sólo las demasías provenientes de los terrenos pertenecientes a los particulares iban a ser objeto de expropiación y adjudicación por parte del Estado, ya que, en orden a las nuevas disposiciones del Gobierno Revolucionario, también las tierras pertenecientes al Estado, a las provincias y a los Municipios serían objeto de adjudicación (artículo 3); ya que el interés primordial era la productividad.

Para estos efectos, venían consideradas tierras del Estado, todas aquellas que aparecieran inscritas a su nombre, o registradas en los inventarios del Patrimonio de la Nación; o bien aquellas que hubiesen sido adquiridas por el "derecho de tanteo", otorgado por la Constitución (artículo 89), y por la Ley (artículo 57) en favor del Estado; o por cualquier otro título, aun cuando no se encontrase inscrito en los Registros de la Propiedad. Además, todas aquellas tierras, que, hasta la fecha límite del 10 de octubre de 1958, no aparecieran inscritas en el citado Registro. (Artículos 8 y 9).

Dijimos con anterioridad que las tierras privadas sujetas a expropiación serían aquellas que sobrepasaran la medida límite de las treinta caballerías, sin embargo, aun cuando se diese el caso de un predio que se encontrase bajo esta extensión, ya fuera público o privado, si se encontrare afectado por contratos con colonos, sub-colonos, arrendatarios, subarrendatarios, aparceros u ocupados por precaristas, que poseyesen parcelas no mayores de cinco caballerías, en cuyo caso también serían objeto de expropiación, dentro de los límites de la ley. (Artículos 6, 56 y 57).

A pesar de todas estas disposiciones y regulaciones normativas en favor de la expropiación, éstas empezaron con relativa lentitud, en el tiempo inmediato posterior a la promulgación de la ley, pero, a partir

del año sesenta se aceleró el ritmo de la confiscación y redistribución de las tierras, debido ya sea a causas políticas internas que externas.

El orden en que se debía de proceder a la adjudicación de las tierras expropiadas, incautadas, donadas o administradas por el Estado, en cada una de las zonas de Desarrollo Agrario en que se había dividido el país, era siguiente este orden de prelación: 1º) Las tierras del Estado o de los particulares que se encontraran afectadas por el establecimiento en ellas de arrendatarios, subarrendatarios, colonos, subcolonos, aparceros o partidarios y precaristas. 2º) Las áreas de terreno cultivable contenidas en las disposiciones del artículo primero de la ley, que estipulaba el límite máximo de las treinta caballerías. Y 3º) Las demás tierras afectables por el nuevo orden en la regulación de la tenencia de la tierra. (Artículo 5).

El orden a que nos referimos anteriormente era con relación a la proveniencia de la tierra; ahora analizaremos el orden de adjudicación, o sea de destinación: 1º) Los campesinos que hubieran sido desalojados de las tierras que cultivaban. 2º) Los campesinos residentes en la región donde estaban ubicadas las tierras objeto de adjudicación y que carecieran de ellas, o que sólo cultivaran un área inferior al mínimo vital. 3º) Los obreros agrícolas que trabajaban y residían habitualmente en las tierras objeto de adjudicación. 4º) Los campesinos de otras regiones, prefiriéndose los de las vecinas, que carecieran de tierras o que dispusieran de un área inferior al mínimo vital. 5º) Los obreros agrícolas de otras regiones, prefiriéndose las vecinas. 6º) Cualquier otra persona que formulara la correspondiente solicitud, prefiriéndose aquellas que demostraran poseer experiencias o conocimientos en materia agrícola. (Artículo 22).

Y, dentro de estas categorías, se preferirá a las personas que hubieran colaborado a batir la Dictadura, los familiares de los muertos, o los miembros auxiliares del Ejército Rebelde. (Artículo 230).

Con toda esta serie de medidas, se conseguía una cantidad enorme de tierra para dedicarla a la producción de la agricultura, dentro del sector estatal.

Además hay que tener en cuenta las tierras obtenidas a raíz de la Ley de Recuperación de Bienes Malversados, dictada el 22 de diciembre de 1959, las donaciones de las Municipalidades y de algunos entusiastas campesinos revolucionarios, y por último las ventas llevadas a cabo voluntariamente por algunos campesinos, los cuales preferían trabajar directamente para el Estado, ya fuera por motivación política, o por conveniencia de no estar sujetos a los vaivenes del cultivo privado. De tal manera que, en mayo del año 1961, dos años después de dictada la Ley, el Estado disponía de un total de 4.438.695 hectáreas para ser cultivadas por el sector público.

De acuerdo con lo establecido por la Constitución en su Artículo 224, la Ley reconoció a los propietarios afectados el derecho a recibir una indemnización por la expropiación de sus bienes. Y el monto se fijó de acuerdo con las declaraciones hechas por los mismos propietarios

para cumplir con el amillaramiento municipal llevado a cabo con anterioridad al 10 de octubre de 1958. Además de ello se tasaron por aparte las instalaciones permanentes y las cepas de los cultivos; pero, éstos con base en el informe de los peritos del INRA, el cual se encargaba también de hacer la tasación del terreno, en caso de que no se pudiera precisar o no estuviera declarada en el mencionado amillaramiento. (Artículos 29 y 30).

Con el objeto de financiar la indemnización, se hicieron emisiones de "Bonos de la Reforma Agraria", redimibles y considerados valores públicos. La emisión se hizo por veinte años, con un interés que no pasó del cuarto y medio por ciento anual. Con el objeto de abonar el pago de intereses, a la amortización y a los gastos de la emisión, se incluía cada año en el Presupuesto de la República, una suma correspondiente. (Artículos 31 y 32).

Sin embargo, al cabo de un par de años, algunas de estas medidas hubo que variarlas en parte, con lo referido por el artículo 24 de la Constitución, para la confiscación sin indemnización de los bienes de las personas que abandonaban el país; y, con la Ley N° 890 del 13 de octubre de 1960, en lo que se refería a la nacionalidad de todas las grandes empresas privadas del país que estuvieran financiando la contra-revolución armada. A pesar de ello, debemos de notar que se trataba de una medida de represalia contra los sediciosos y los que abandonaban el país, únicamente, y no contra todo el sector privado del país¹⁵.

Por último, hemos de referirnos a las modificaciones, derivantes de este movimiento expropiatorio, en relación con el Derecho Sucesorio y Contractual, en lo que respecta al traspaso de la propiedad sobre la tierra.

Las tierras que hubieran sido recibidas gratuitamente por los campesinos, en virtud de los preceptos de esta ley, no podían ser transmitidas por otro título que no fuera el hereditario, venta al Estado o permuta autorizada por las autoridades encargadas en su aplicación; ni ser objeto de contratos de arrendamiento, aparcería, usufructo o hipoteca. Todo ello por la razón de que éstos eran métodos considerados como de uso subterfugio, cubierto por la ley, de la explotación económica que se estaba tratando de erradicar del país. (Artículo 34).

¹⁵ Es conveniente, además, aclarar que no sólo no era conveniente desde un punto de vista político-táctico, la expropiación de todo el sector privado, puesto que se perdía el fuerte soporte que daban los campesinos, y los pequeños productores, sino que, por otra parte el Estado no estaba en capacidad, ni parcial y mucho menos absoluto, de hacerse cargo personalmente de todas las tierras y los cultivos que pertenecieran a los particulares; y en caso de haberlo hecho, el resultado hubiera sido un caos total y un rotundo fracaso de su política económica.

Para mayor información acerca de los sediciosos y de la comisión de los que abandonaban el país, consultar: E. GALEANO. *Las venas abiertas de América Latina*, México, 1973.

En cuanto al traslado de dominio, por medio de la herencia, se establecía que deberían de mantenerse como unidades inmobiliarias indivisibles y en caso de existir varios adjudicatarios, debería de hacerse con uno sólo de ellos. De esta manera, se prevenía la fragmentación parcelaria que conduce trágicamente al minifundismo. (Artículo 35).

Para el establecimiento del derecho a la herencia, se considerarían incluidos los hijos, de unión extramarital de carácter estable, que hubieran vivido en la tierra junto con sus padres durante un período no menor de un año (artículo 36). Con esta importante disposición se alzaba una bandera en pro de la defensa de los derechos de la mujer no casada, así como de sus hijos; y en general de la mujer en sí. (Artículo 61).

En caso de que algún presunto beneficiario de los derechos derivados de esta regulación muriera antes de obtenerlos, sus hijos se considerarían en su lugar, en lo que se refiere a la posesión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 440 del Código Civil, y podrían ser amparados en esa posesión por los trámites del Recurso de Amparo previstos por la Orden 362 del año de 1900.

Además, aun en el caso de que el supuesto beneficiario no hubiera muerto, se protegía a sus hijos que se hubieran encontrado trabajando la tierra con él, en la supuesta eventualidad de un caso de remate como consecuencia del incumplimiento de los contratos de préstamo refaccionarios o hipotecarios; con el establecimiento a su favor del derecho de retracto. (Artículo 60).

Para proteger a los supuestos beneficiarios de las cargas jurídicas injustas derivadas del anterior sistema, se prohibió el desalojo, durante el período en que se encontraran en distribución las tierras afectables por la Reforma Agraria. (Artículo 62).

De esta manera se cubría vastamente al campesino, desde todos los ángulos de la actividad jurídica que se vieran íntimamente ligados con la posesión y cultivo de las tierras rústicas, de manera que los beneficiarios otorgados por la Ley eran sólidos y seguros.

9. Con el objeto de aligerar y hacer más efectiva la puesta en práctica de la Reforma Agraria, el país fue subdividido en veintiocho zonas de Desarrollo Agrario.

Cada una de estas zonas venía considerada como una unidad administrativa de la Reforma Agraria, que en la práctica vino a formar una unidad administrativa intermedia, entre la Municipalidad y la Provincia. (Artículo 42).

Sin embargo, la independencia de que gozaban, en la práctica se tradujo en una cierta anarquía en la organización, en los sistemas salariales, etc., ya que cada una de ellas solucionaba los asuntos según el criterio del jefe de zona. Por lo que a partir de 1963 fueron fundidas en un aparato administrativo más eficaz y complejo, que cumpliera más a cabalidad con el ordenamiento a nivel nacional de la planificación estatal a largo plazo.

Si seguimos haciendo un análisis detallado del conglomerado de artículos que conforman esta Ley, podemos encontrar, a todo lo largo de ella, la misma preocupación por la diversificación agrícola y el aumento de la productividad de la tierra. Así vemos que esa es la principal motivación de la creación de las Zonas de Desarrollo Agrario, en el artículo 58; de las disposiciones relativas a la ley penal agraria, en el artículo 55; de la distribución de tierras destinadas a recreo o residencias, en el artículo 58; de la mantención en vigor de los antiguos contratos de molienda de caña, en el artículo 59; etc.

Por otra parte, se establecía un término perentorio, para los productores privados, de dos años contados a partir de la puesta en vigencia de la ley, dentro del cual tenían que entrar en producción, promoviendo la explotación de los recursos agrícolas disponibles, so pena de ser afectados por las disposiciones de la expropiación. (Disposiciones Transitorias, Séptima).

10. Inicialmente se pensó en el sistema cooperativo con producción técnica e intensiva, como contraposición al latifundismo extensivo y antieconómico (Exposición de Motivos, Por cuanto N° 13), como medio adecuado para elevar el nivel de productividad de la tierra; por lo que en la Ley, se dictaron una serie de disposiciones favorables a la formación de las mismas.

Así, se estableció que las propiedades recibidas gratuitamente en virtud de los preceptos de la Ley podrían ingresar únicamente en la sociedad matrimonial y las cooperativas, y no en el patrimonio de las sociedades civiles o mercantiles. (Artículo 33).

También, en cada Zona de Desarrollo Agrario se puso a disposición de los campesinos, centros de ayuda estatal dotados de maquinaria agrícola, aperos, graneros, etc., que en el fondo lo que perseguían era el fomento de la cooperación y solidaridad campesina. (Artículo 41).

Con posterioridad, en mayo de 1960, se dictó un reglamento común, valedero para todos los tipos de cooperativas, denominado "Reglamento general de cooperativas cañeras", encaminado específicamente a las cooperativas formadas dentro del sector cañero, pero con reglas generales, aplicables a los demás tipos aun cuando no fueran en el sector de la caña.

La formación de las cooperativas vino como consecuencia de la no división de las tierras expropiadas, y de la alta centralización llevada a cabo por el INRA; y tenía como objetivo destruir las relaciones capitalistas de producción, fomentar el trabajo común y solidario, como un preludio para las relaciones de producción que deberían de existir en la sociedad socialista, se consideraba que eran escuelas políticas para los trabajadores del campo.

Por ciertas deficiencias en su funcionamiento, y por el poco arraigo institucional que tuvieron en los sectores campesinos, se pasa a un sistema más acorde con la realidad económica del agro cubano, en el año de 1961, llamado "Granjas del Pueblo", que eran fincas pertene-

cientes al Estado, y dentro de las cuales se encontraban como trabajadores dependientes los ex-integrantes de las cooperativas.

Su aparición fue el resultado de la fusión jurídica, geográfica, organizativa y administrativa de las cooperativas y de las fincas en administración directa.

Luego, fue creada también la "ANAP" (Asociación Nacional de Pequeños Agricultores), que es un organismo de masa, al cual pertenecen la casi totalidad de los pequeños campesinos privados, con el objeto de participar como grupo en la confección de los planes anuales de producción y acopios.

11. Se creó en esta Ley la Sección de Propiedad Rústica de los Registros Públicos de la Propiedad, con el objeto de inscribir en ella las resoluciones firmes de las adjudicaciones de las parcelas distribuidas. (Artículo 28).

Estas inscripciones se hacían en forma gratuita. (Disposiciones transitorias, Primera).

12. Se preveía también, la creación de los "Tribunales de Tierra", para el conocimiento y resolución de los procesos judiciales que generase la aplicación de la Reforma Agraria y su ordenamiento normativo; así como todos los demás relacionados con la contratación agrícola y la propiedad rústica en general. (Capítulo VII, artículo 54).

Un aspecto importante de la creación de este nuevo tipo de Tribunales, es aquel relacionado con los juicios de desahucio u otros procedimientos que versaren sobre el desalojo de fincas rústicas, los cuales se considerarían suspendidos en el estado en que se encontraran, aun cuando se hubiera dictado sentencia, previa comunicación al INRA, de parte de las autoridades judiciales competentes que estuvieran conociendo del asunto, en tanto que se decidieran los derechos con que se vieron beneficiados gran cantidad de pequeños agricultores.

Una vez justificados en los procedimientos los derechos reconocidos a favor de los demandados u ocupantes, la autoridad que conociera del procedimiento, debería de mandarlos a archivar, sin más trámite. En caso contrario, se procedía con los trámites suspendidos, conforme a la Ley. (Disposiciones Transitorias Segunda).

Por otra parte, se establecían otros principios fundamentales, que contribuyen a la solidificación del Derecho Agrario, fundado en el Derecho Común y en la Equidad; como con el principio de contenido mínimo de garantías, el de la norma más favorable, y, sobre todo el de la irrenunciabilidad de derechos; contenidos además, en los artículos 65 y 66 de esta Ley¹⁶.

¹⁶ Es importante aclarar que, a pesar de haber sido programados por la Ley, nunca funcionaron en la práctica, sino que sus funciones siguieron siendo llevadas a cabo por los Tribunales normales.

13. Con el objeto de llevar a cabo todo lo dispuesto por la Reforma Agraria, resultaba indispensable la creación de un organismo técnico capaz de aplicar y llevar hasta sus últimas consecuencias los fines de desarrollo económico y elevación consiguiente del nivel de vida del pueblo cubano.

De esta manera se creó el "Instituto Nacional de Reforma Agraria", que correspondía a las siglas de "INRA", como una entidad autónoma y con personalidad jurídica propia. (Artículo 48).

Al principio de su existencia, en los años 59 y 60, estuvo organizado en tres departamentos capilares, aparte de la serie de servicios y de oficinas secundarias, que no es del caso tomar en consideración en este trabajo; ellas eran: el Departamento Legal, el Departamento de la tierra; y por último, cargado con los objetivos y trabajos más fuertes y calamidosos, el Departamento de la Producción y del Comercio Exterior.

Al poco tiempo, el INRA se convirtió en el principal órgano de nuevo Gobierno, pues que no sólo expropiaba y redistribuía las tierras, sino que formaba cooperativas, organizaba la construcción de las calles, la sanidad, la instrucción rural, la construcción y además tenía un Departamento de Crédito para financiar proyectos agropecuarios de los pequeños productores, y absorbió las funciones de los viejos institutos del azúcar, del arroz y de la estabilización del café.

Tenía un grado de centralización tan alto, que se hallaba bajo su control toda la economía del país, salvo los asuntos financieros, o sea que sus funciones ampliamente sobrepasaban la circunscripción del sector agrícola, para el que se había creado.

Además, sus funciones se encontraban ampliamente coordinadas con las del Ejército Rebelde. (Disposiciones Finales, Cuarta).

Una consecuencia lógica de esta centralización fue, el desarrollo de un sistema general de planificación, que cumpliera con los principios básicos de la economía socialista. Para lograrlo hubo que pasar por inmensas penalidades debido a la falta de técnicos, falta de disponibilidad de los instrumentos necesarios para elaborarla (la planificación) cuando se encontraban en la lucha guerrillera, y por último, la rapidez con que se sucedieron los hechos de ampliación del sector estatal; todo ello sin contar con la inexperiencia política y económica de la mayoría de los dirigentes, quienes eran muy buenos revolucionarios, con mucho espíritu y abnegación, pero, en muchos casos, con gran incapacidad técnica.

D) A partir del año 1961, las cosas cambiaron radicalmente en Cuba, puesto que fue definido claramente el carácter socialista de la Revolución, de ahí que el cambio haya tomado un ritmo más marcado¹⁷.

¹⁷ Cfr.: Informe de la Delegación Cubana al Consejo de la F.A.O., el 23 de octubre de 1962.

A pesar de los esfuerzos realizados en la Reforma anterior por terminar con la desigual distribución de la tierra, aún continuaba siendo bastante injusto, ya que el 7% de los propietarios, con fincas de unas sesenta y siete hectáreas (cada uno), constituían el 47% de los propietarios privados de la tierra. Se calcula que como el sector privado representaba cerca del 56% del total de tierra agrícola, entonces, cerca de un 25% de estos terrenos cultivables totales de la isla, todavía pertenecían a los grandes propietarios, con el agravante de que eran, junto con sus familias, escasamente un 1% de la población.

Esta situación se prestaba para que se limitara grandemente la elasticidad de acción del estado, así como su disponibilidad de terrenos en los cuales colocar familias campesinas, para crear fuentes de trabajo, por medio de los cuales ir erradicando la injusta distribución del ingreso.

Además de lo anterior, la posición de la burguesía rural era de enfrentamiento directo y con una actitud de boicot en contra del régimen, debido a haber entrado en una fuerte contradicción con la voluntad de la mayoría del pueblo, el cual había escogido la estrategia del socialismo.

A raíz de todas estas circunstancias, se procedió a dictar la Segunda Ley de Reforma Agraria, el día 3 de octubre de 1963.

Es interesante notar cómo el carácter de esta Ley, así como sus motivaciones, son esencialmente políticas, y ya no tanto de orden técnico o económico, como la primera ley.

Citaremos textualmente, toda la exposición de motivos, porque creemos reviste particular interés en su estudio:

“Osvaldo Dorticos Torrado, Presidente de la República de Cuba. Hago saber: Que el Consejo de Ministros ha acordado y yo he sancionado lo siguiente:

“Por cuanto: Existen fincas mayores de sesenta y siete hectáreas y diez áreas (cinco caballerías) que propietarios o poseedores burgueses retienen en sus manos en detrimento de los intereses del pueblo trabajador, bien obstruccionando la producción de alimentos para la población, especulando con los productos o utilizando con fines anti-sociales y contrarrevolucionarios los elevados ingresos que obtienen de la explotación del trabajo.

“Por cuanto: La existencia de esa burguesía rural es incompatible con los intereses y los fines de la Revolución Socialista.

“Por cuanto: Es necesario establecer las bases definitivas sobre las cuales se desarrollará nuestra agricultura, con el esfuerzo coordinado de las empresas agropecuarias estatales y los pequeños agricultores que constituyen la gran mayoría de los campesinos liberados por la Revolución de la explotación que sobre ellos ejercían los terratenientes, prestamistas e intermediarios.

“Por cuanto: El imperialismo yanqui recrudece en actividad contra la Revolución y la Patria, apoyándose en las clases que son enemigas de los obreros y campesinos, y muy fundamentalmente en los burgueses rurales, siendo por tanto imprescindible privar de influencia económica y social a los mismos.

Por cuanto: El Gobierno Revolucionario se propone impulsar al máximo la agricultura para satisfacer plenamente las necesidades de la población e incrementar el desarrollo económico del país.

“Por cuanto: En uso de las facultades que le confiere la Ley fundamental de la República, el Consejo de Ministros resuelve dictar la siguiente LEY.

“Artículo 1.—Se dispone la nacionalización, y por consiguiente la adjudicación al Estado Cubano de todas las fincas rústicas con una extensión superior a sesenta y siete hectáreas y diez áreas (cinco caballerías de tierra).”

Al igual que en la anterior Ley, se establecían excepciones al principio universal de la nacionalización, en favor de aquellas fincas que hubieren sido explotadas, desde antes de la promulgación de la Ley de Reforma Agraria (se refiere a aquella de 59), en común por varios hermanos, siempre y cuando la proporción de cada uno de ellos no fuera mayor a las cinco caballerías. (Artículo 2).

La segunda y última excepción era la establecida en favor de aquellos predios que llevaran a cabo la producción en condiciones óptimas y excepcionales de productividad, a partir de la Ley del 59, siempre y cuando sus propietarios hubieran demostrado “una plena disposición a cooperar a la realización de los planes de producción y acopio agropecuarios del Estado.” (Artículo 3).

Además, se concedía el derecho a la indemnización, estipulado por la Constitución, pero, en una proporción reducida, o sea, sólo a las personas que estuvieren explotándolas en el momento de promulgación de la Ley (artículo 6); de tal manera que el que hubiere dejado su predio improductivo, se vería sancionado por la nacionalización sin la más mínima retribución económica.

Por otra parte, se declaraba la invalidez de todos los Derechos Reales que eran considerados como de explotación capitalista, (Artículo 7) sobre todo en lo que respecta a garantías reales e hipotecarias.

Por último, es de notar, que al igual que la anterior Ley, y otras leyes de importancia vital para el Estado, fue declarada de jerarquía constitucional.

Como resultado de esta segunda Reforma Agraria, se transfirió directamente al sector estatal, el setenta por ciento de la tierra que se encontraba en manos privadas; quedando, de esta manera, el sector

privado reducido básicamente a los pequeños empresarios con fincas de cinco caballerías, organizados en cooperativas de servicios en que resuelven comunitariamente los problemas de mecanización agrícola, o la integración a las estructuras estatales de acopio, provisión de insumos, comercialización y financiamiento.

La cantidad de tierra nacionalizada, cerca de 120.000 caballerías, 1.800.000 hectáreas, sobrepasaba por una gigantesca suma aquellas llevadas a cabo durante la Primera Reforma.

Con esta medida, no se eliminó directamente a los propietarios de la tierra, a pesar de sus grandes dimensiones y de sus intenciones claras y precisas en este sentido, pero sí se logró un éxito muy importante, cual fue el de la eliminación de una vez para siempre de la propiedad terrenal como instrumento de dominación y de presión económica y política.

Con la puesta a disposición del Estado de cantidades tan enormes de terreno, se pudo dar un gran empuje a la ganadería, algo comparado solamente con el esfuerzo que se estaba haciendo para elevar la productividad de la caña de azúcar e inferior en cantidad sólo con respecto a ésta última. Como consecuencia de ello, la calidad de la carne y de la leche aumentó notablemente, y el número de cabezas de ganado pasó de 5.776.000 en el año 61, a 7.146.800 en el 67, o sea un aumento del 24%.

III. En el mes de diciembre del año de 1975, luego de un referéndum en el que estuvo de acuerdo el 97,5% de la población, se promulgó la nueva Constitución que rige actualmente a Cuba.

Entre sus artículos más importantes encontramos:

“Artículo 1º.—La República de Cuba es un Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales.”

El Poder ya no “descansa en el pueblo”, como en la anterior Constitución, sino que “el pueblo lo ejerce a través de las Asambleas del Poder Popular (artículo 4), o sea que cambia el papel pasivo de las masas, para convertirse en activo y directo.

Toda una serie de principios que anteriormente funcionaban en la práctica, o que se daban por entendidos dado el orientamiento económico, político, social y cultural que llevaba adelante el Gobierno; hoy en día se ven plasmados en la Constitución, la máxima expresión jurídica del ordenamiento legal cubano.

De esta manera el artículo 14 nos estipula que en Cuba rige el sistema de economía socialista basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

El Estado reconoce el derecho de propiedad y de asociacionismo de los pequeños productores (artículo 20); pero, sobre todas las demás tierras, sobre el subsuelo, las minas, los bosques, las aguas, las vías de comunicación, los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes que fueron nacionalizados o expropiados a las compañías imperialistas, a los latifundistas o a los burgueses contra-revolucionarios; las granjas del pueblo, etc.; sobre todas estas cosas rige el principio de la propiedad estatal socialista, que es considerada como la propiedad de todo el pueblo. (Artículo 15).

También es elevado a rango constitucional, la función de la planificación económica y la ingerencia del Estado en ella, con el objeto de fortalecer el sistema socialista. (Artículo 16).

Por último, es conveniente citar textualmente los artículos fundamentales que regulan el derecho de propiedad, aparte, claro está de las garantías que para su ejercicio se dictan en el Título VI, referente a “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales”.

“Artículo 21.—El pequeño agricultor tiene el derecho de vender la tierra previa autorización de los organismos establecidos por la ley. En todo caso, el Estado tiene el derecho de prelación en la adquisición mediante el pago de su justo valor.

“Se prohíben el arrendamiento, la aparcería, los préstamos hipotecarios y cualquier otra forma que comporte gravámenes o cesiones parciales de los derechos o acciones derivadas de la propiedad de los pequeños agricultores sobre sus terrenos agrícolas.

“Se autoriza la organización de cooperativas agropastorales en los casos y en las formas establecidas por la ley.

“La propiedad de las cooperativas es una forma de propiedad colectiva de los campesinos asociados en las mismas.”

“Artículo 22.—Se garantiza la propiedad personal de los ciudadanos sobre sus ingresos y los ahorros derivantes de su propio trabajo, sobre la casa adquirida con justo título de propiedad y sobre los otros bienes que satisfacen sus necesidades materiales y culturales.

“Del mismo modo, se garantiza la propiedad sobre los medios y los instrumentos de trabajo personales o familiares que no sean usados para explotar el trabajo ajeno.”

“Artículo 23.—El Estado reconoce la propiedad de las organizaciones políticas, sociales y de masa sobre los bienes destinados al logro de sus objetivos.”

“Artículo 24.—La ley regula el derecho de herencia sobre la casa de habitación y sobre los otros bienes de propiedad personal.

“La tierra de los pequeños agricultores es hereditaria sólo por aquellos herederos que la trabajen personalmente, excluidas aquellas excepciones establecidas por la ley.

“Para los bienes que forman el patrimonio de las cooperativas, la ley fija las normas hereditarias.”

“Artículo 25.—Está autorizada la expropiación de los bienes por razones de utilidad pública o de interés social, con la debida indemnización.

La ley establece el procedimiento para la expropiación y las bases para determinar su utilidad y necesidad, así como la forma de la indemnización, teniendo en cuenta los intereses y las necesidades económicas y sociales del expropiado.”

IV. La enseñanza mayor que se puede extraer del estudio de la legislación agraria cubana, así como de los dos procesos de Reforma Agraria, sobre todo para los latinoamericanos, es aquella de la importancia intrínseca de la relación que debe existir entre el ordenamiento jurídico y lo que se ha dado por llamar “el derecho viviente”.

Esto es, el hecho del cual tenemos necesidad en nuestros países no es aquel de la promulgación de bellísimas leyes de reforma agraria, con anunciaciones de principios muy justos y humanitarios; sino que, al contrario, debemos ver principalmente el trabajo práctico que se puede llevar a cabo al respecto.

Las leyes cubanas que hemos estudiado, a excepción de la Constitución actual, no son de ninguna manera las leyes de reforma agraria más progresista de América Latina (como enunciación de principios, claro está). Hemos visto tantísimas más bellas, más articuladas, pero al mismo tiempo, más románticas, más utópicas, ya que a final de cuentas, no han servido prácticamente para nada, ya que no existen los instrumentos de trabajo para hacerlas avanzar y progresar.

La ley debe de adaptarse a la realidad, y debe servir para impulsar un cambio de las atrasadas estructuras de nuestras sociedades; y, jamás deben de ser copiadas de ordenamientos extranjeros que no tienen nada que ver con nuestro medio socio-económico, político y cultural.

LA MUJER EN LA PEQUEÑA HISTORIA COSTARRICENSE

(Introducción a un estudio de historia legal).

Dr. Jorge Enrique Guier



Hablar de la función, para usar este término, de la mujer en la historia de Costa Rica, es problema bastante difícil. No es porque no hubiera mujeres en la historia de este país: siempre la mujer anda entre las redes de la historia, con casi la misma importancia que el hombre, aunque a veces no se recuerde en las páginas que los historiadores elaboran. Es más, los hombres famosos en la historia, de cualquier país, siempre tienen, por regla muy general, a la par suya, una mujer que los ha impulsado a actuar. Se les puede haber impulsado por amor, lo que yo creo, o, como dice ahora una mujer importante, Esther Vilar por propio interés, lo que a mí, personalmente, no me convence, por lo sórdido del planteamiento.

Comencemos, ahora, pues, a indagar en rasgos muy generales, cuál ha sido la intervención de la mujer en nuestra historia. Creo que un caso espeluznante, de los albores de la Conquista, ayudará a contrastar la suerte futura de la compañera del hombre en la historia de nuestro país.

Cuenta el Padre Gumilla (cit. por Alfaro, Anastasio, en "*Arqueología Criminal Americana*", Primera edición, Imprenta Alsina, San José, 1900, págs. 166 y sigs.), refiriéndose a la Venezuela precolombina o a la Venezuela de los albores de la colonia, un caso, que dada la situación general de la América en esa época, sin dudarle, se dió muchas veces en Costa Rica. Reprende el estupefacto sacerdote a una india por la costumbre bárbara de matar a las hijas apenas nacidas, mientras que a los varoncitos se les cuidaba con esmero.

La india Betoya contestó: "Si mi madre me hubiese enterrado luego que nací, hubiera muerto; pero no hubiera sentido la muerte y me habría escapado de tantos trabajos, tan amargos como la muerte misma. Padre, piensa bien los trabajos que sufre una pobre india entre estos indios; ello van con nosotras a la labranza, con su arco y flecha en la mano, y nada más; nosotras vamos con un canasto de trastos en la espalda, un muchacho al pecho y otro sobre el canasto; ellos se van a flechar un pájaro o un pez, y nosotras cavamos y reventamos en las sementeras; ellos a la tarde vuelven a casa sin carga alguna, y nosotras fuera de la carga de nuestros hijos, llevamos las raíces para comer y el maíz para comer y el maíz para hacer su bebida; ellos en llegando a casa se van a hablar con sus amigos y nosotras a buscar leña, traer agua y hacerles la cena; en cenando, ellos se echan a dormir; más nosotras casi toda la noche estamos moliendo el maíz para hacerles su chicha. Y en qué para este nuestro desvelo? Beben la chicha, se em-

borrachan y, ya sin juicio, nos dan de palos, nos cogen de los cabellos y patean... Sabes, Padre, que la pobre india sirve al marido como esclava, en el campo sudando y en casa sin dormir, y al cabo de veinte años toma otra mujer, muchacha, sin juicio? A ella la quiere; y aunque les pegue y castigue a nuestros hijos, no podemos hablar porque ya no nos hace caso, ni nos quiere; la muchacha nos ha de mandar y tratar como á sus criadas, y si hablamos, con el palo nos hace callar. Ojalá, Padre mío, que mi madre me hubiera hecho el cariño de su amor, enterrándome luego que nací, con eso no tuviera mi corazón tanto que sentir, ni mis ojos tanto que llorar”.

La queja dolorosa de nuestra desconocida india podría servir de estandarte al más belicoso de los movimientos feministas de la actualidad. Supongamos que todo el horror relatado fuera cierto, pero de las civilizaciones precolombinas a la civilización cristiana hispánica hubo una gran diferencia. La mujer en nuestra época colonial nunca tuvo que sufrir tanto del hombre, y me atrevería a decir, fue más bien su amigable colaboradora que no la irreconciliable enemiga de la queja indígena.

Es cierto que en la época colonial en nuestro país, nadie vivía en una situación de boyante prosperidad. Apabullaba a hombres y mujeres una gran pobreza, que tanto unos como otras compartían, y hacían esfuerzos comunes para sobrellevar y tratar de aminorar en algo sus crueles rigores.

Si nosotros nos fuéramos con ayuda de la imaginación al San José, al Cartago de la época colonial, nos topáramos con unas ciudades a las cuales ese nombre quedaría bien grande. Por ejemplo, una descripción de San José, ya bien entrada la época republicana, nos dice el viajero, era una ciudad pequeña y compacta, con calles estrechas, dispuestas en cruz y techos de teja colorada. Sobresalían algunos campanarios, pero aquí y allá, entre los tejados rojos, brotaban penachos de verde reluciente, y, a lo largo, las montañas azules que circundan la meseta.

Según Stephens, viajero en 1840 por estos lados, dice que “viniendo de San José, el aspecto que representa (la ciudad de Cartago) es el de una población antigua (recordemos que fue destruída por terremotos en 1841 y en 1910). Las iglesias eran grandes e imponentes, las casas tenían corrales con tapias altas como las mismas casas, y su quietud era extraordinaria. Caminamos por una calle muy larga sin ver a una sola persona, y las calles transversales que se extendían por uno y otro lado hasta muy lejos, estaban desiertas. Un jinete solitario, cruzando a alguna distancia, bastó para llamarnos la atención”.

Tranquilas, más bien pueblones, eran así las ciudades más importantes de Costa Rica en los albores del siglo XIX. Sin embargo, a la mitad de este siglo, un avispa francés llegó de paseo por Costa Rica y él nos dejó, con malicioso encanto parisién, descripción de las modas que usaban las mujeres por tales épocas. “El traje de las mujeres se compone uniformemente de una falda y una camisa escotada y muy abierta, exactamente como lo primero que se pone una europea al le-

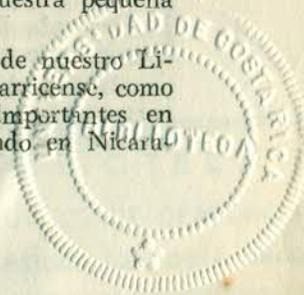
vantarse de la cama. Las costarricenses dentro de sus casas, tienen siempre desnudos los brazos y la mayor parte del pecho. Desconocen el uso del corsé. Tan sólo lo llevan algunas señoras pero éstas visten a la europea, excepto el sombrero que reemplaza con un chal en vez del rebozo. Además, como todas las mujeres, y algunas veces las señoras también, se sientan por la tarde, después de las horas de gran calor, en el umbral de la puerta de sus casas, en la grada más alta, y todas las riquezas del corpiño las ven fácilmente los que pasan, y las costarricenses no se enfadan de ningún modo por que las miren con una atención que es testimonio de su belleza”.

Así nos lo dice el experimentado francés Felix Belly y, es más, se fijó también en la eterna arma de la mujer, la coquetería y nos recalca con gracia inigualable: “Tienen una coquetería particular que hasta resulta del traje. Como sólo salen envueltas en un rebozo, que les sirve de tocado, de corpiño y de mantilla a la vez, si se encuentran con un hombre que les gusta, entreabren el rebozo, con pretexto de arreglarlo, y de este modo dejan entrever todo el esplendor de su pecho”.

No todo era así de libre en la sociedad costarricense de esta época. Las mujeres y los niños, cuando llegaban visitas a la casa, sobre todo si éstas eran de extranjeros, debían permanecer en los interiores patios y no asomarse a recibir la visita. Pero, esto no obsta, para que ciertas clases sociales ya conocieran, dentro de las mujeres, lo que ahora mal se llama liberación femenina y, si no se me cree, veamos también lo que dice otro visitante a Costa Rica: “Todos son tan acomodados que no se encuentran criadas. Todas las familias pudientes se quejan de no poder encontrar cocineras ni obreras a ningún precio. A la menor observación, hecha del modo más cortés, una cocinera contestá siempre: —Me voy. Y se va. Por otra parte, existe entre ellas la regla de que no deben permanecer más de tres meses en una casa. De suerte que cuando el ama la tiene casi formada, se va para otra parte con lo que ha aprendido. Nada demuestra tanto el bienestar general como esta falta casi absoluta de sirvientes, a pesar del alto precio de todos los jornales. Para hablar en lenguaje económico, hay mucha demanda y poca oferta”. Cuando leo estos párrafos de hace más de un siglo, es grande la tentación de aceptar la teoría de aquel gran sabio rey oriental que exclamaba, tal vez en su amargura de viejo, que no había nada nuevo bajo el sol.

Durante la época de la República, paulatinamente, la mujer va saliendo de su anonimato y empieza a aparecer en la historia de Costa Rica, una pléyade de damas, que rodeadas del halo romántico del siglo XIX, van determinando, más de acuerdo con la leyenda que con la historia, muchos de los hitos más importantes de nuestra pequeña historia.

Por ejemplo, doña María de Jesús Colina, madre de nuestro Licenciado don Braulio Carrillo, arquitecto del estado costarricense, como con justicia se le llama, procreó varios hijos muy importantes en nuestra historia. Sobresalen tres: Don Basilio, trabajando en Nicara-



gua antes de la Independencia, el Padre don Joaquín, arremolinando gente en Heredia para levantarlas contra la independencia y organizando, con un chapetón atarantado de Alajuela, una revuelta contra don Juan Mora Fernández, que éste acabó con un rápido y efectivo fusilamiento. El Padre Carrillo, expulsado del país, puso en apuros económicos a su madre, a la cual se ve, por los rastros que los papeles dejan en las oficinas, apurada en las finanzas del locuaz sacerdote y, finalmente, don Braulio, al que nos referimos.

Pero hoy no nos detendremos en Don Braulio, sino en su esposa, Doña Froilana Carranza. Mientras Don Braulio trabajaba en mangas de camisa, en horas de la noche, concibiendo los fundamentos de toda nuestra legislación civil, doña Froilana, aunque primera dama de la futura y naciente república, en el cuarto más exterior de la casona de adobes, vendía chayotes, jocotes, flores de itabo y liaba cigarrillos de tabaco con las sobras que la producción autorizaba a vender públicamente. A pesar de su trabajo en la modesta tienda, luego que don Braulio fue traicionado, el General Morazán, por arteras mañas llegó al poder en Costa Rica, pide con humildad a la Junta Calculadora, una especie de Tributación Directa de aquel tiempo, que se le exonere de la contribución que debía pagar en vista de la precaria situación económica, en que la había dejado la suerte aciaga de su marido.

Parece que la historia nos ofrece ejemplos casi siempre de mujeres que han sufrido mucho, pero que por ese sufrimiento, se endurecen como el buen acero, y se lanzan a las empresas que habían iniciado los hombres. Así tenemos también, por ejemplo, a Doña Dolores Jiménez de Sancho, hermana del Licenciado Don Jesús Jiménez, quien al haber quedado viuda por motivos de la Guerra de 1856 y llena de deudas, con un peoncillo de la casa solariega y sus cuatro "niñas", poniendo sus enseres de la casa antañona de Cartago, antes llena de buenos recuerdos, en una carreta pesada y lenta, se fue a su cerco de Tres Ríos, cogió café, plantó almácigos, salvó la finca de la grave hipoteca y levantó, con su esfuerzo, uno de los más sólidos capitales de Cartago. Pero, tal vez en recuerdo de sus pasadas penurias, cuando había salvado y acrecentado su patrimonio, fundó el Hospicio de Huérfanos y el Hospital de Cartago y ayudó a estudiantes pobres.

Doña Lolita también tuvo una hermana a la que la suerte, en un comienzo, también menospreció; se trata ahora de Doña Ramona Jiménez de Peralta, quien viuda también, llena de hijos y pobre de solemnidad, imitó a su hermana, tomó sus cosas y fue bajando hacia las márgenes del Reventazón. Con unos cuantos peones, machete en mano y sin miedo a lo terrible de la zona, legendaria productora de enfermedades tropicales, fue levantando, donde todos antes habían fracasado, la Hacienda Pejivalle, que acrecentó la riqueza agrícola de la vieja Cartago y permitió a la dulce pero valiente viuda, criar a toda su familia.

Doña Lolita, como buena cafetalera de Tres Ríos, necesitaba exportar sus productos a Chile o a Inglaterra. Cuando alrededor de la primera mitad del siglo XIX comenzaba la exportación del café por

Puntarenas, el largo viaje se hacía desde el interior hasta el puerto en lentas filas de carretas cubiertas con toldos de cuero, pero se tropezaba con un río caudaloso antaño, el temible río Jesús María. En sus márgenes las carretas se hundían en el lodo suave, muchas se volcaban al quebrarse las ruedas que chocaban contra las piedras, otras al vadear el río, se perdían irremisiblemente en las crecidas. Era necesario construir un puente para salvar las cosechas. Los dineros de que disponía el Estado costarricense no alcanzaban para hacer tal obra de mampostería. Entonces, doña Lolita organizó una cruzada de damas cafetaleras. Se recogieron muchos fondos, de ahorros, de venta de cosas atractivas que se guardaban en las casas, y todo ese dinero reunido se invirtió en la construcción del puente sobre el Río Jesús María. En 1844 se inauguró la obra, una primera, una segunda y una tercera carretas llenas de café pasaron airosas sobre el bello arco de mampostería. Las mujeres costarricenses habían salvado la economía nacional de esos años de pobreza, y el puente, elegante y sobrio, con la elegancia y la sobriedad que lucen las cosas útiles que se hacen con el esfuerzo colectivo, llevó y llevará siempre el bello nombre que ostenta: Puente de las Damas.

Pero no todo ha sido paz y producción de riqueza en el país tranquilo y amodorradamente tropical. A veces, las sociedades, para despertarse y cuenta de sí mismas, necesitan un fuerte sacudimiento. Ese sacudimiento primigenio de nuestra sociedad no se dio con la independencia ni con los problemas posteriores a ella, sino que se perfiló claro con la invasión que sufrió Centroamérica por el filibustero en 1856. Caída la República de Nicaragua, la mente clara, decidida y sagaz de William Walker, fría, como sus ojos verde claro, vio que Costa Rica era un buen punto siguiente para la consolidación de sus esperanzas centroamericanas. No en vano su escudo decía "Five or non" (Cinco o ninguna). Pero, levantado el pueblo costarricense en defensa de su libertad, y confirmando verdaderamente su propia personalidad como pueblo, se fue a la guerra, a la defensa del territorio nacional. En esta guerra de verdadera liberación, algunas mujeres se destacaron: por un lado, la esposa del Presidente de la República, Doña Inés Aguilar de Mora, ayudó a su marido a la recolecta de fondos. Mucho sufrió después doña Inesita con el fusilamiento de su marido, en el cual intervino, por razones políticas y comerciales oscuras, su hermano, don Vicente Aguilar y su concuño don José María Montealegre, pero de estos actos bochornosos de la historia costarricense, es mejor lanzar un velo oscuro que los cubra.

Por la época había una extraña mujer que vio unido su nombre a varios hechos convulsivos en Costa Rica. La enigmática Doña Anacleto Arnesto de Mayorga. Mujer de temple varonil, intrigante y metida en política. Ayudó a recolectar fondos para el 56 pero también, antes, cuando la caída de Morazán en Costa Rica, primero había ofrecido apoyo en su casa, junto con toda la ciudad de Cartago, al vencido general, pero, finalmente le traicionó o le quitó el apoyo, no está claro el asunto, y de su casa, fue conducido Morazán prisionero para ser

fusilado en San José; su compañero, el general José Miguel Saravia, con miedo, se había envenenado en la sala de la casa de doña Anacleto, donde poco antes, con gran aparato se habían velado los restos del General Lamar, exhumado para ser enviado a Perú. De Doña Anacleto, personaje de leyenda, se dice que tenía conectada su casa con una lejana finca en los alrededores de Paraíso, por medio de un túnel. Ruinas de su casa campestre todavía se ven por allí, llenas de murciélagos y pudriéndose en su descuido. Al frente de esas ruinas, doña Anacleto había mandado construir un laguito artificial; al medio de él, se levantaba una glorieta que la leyenda hacía desembocadura de su túnel, pero la gracia y la exquisitez de la aristocrática dama, sufría con su laguito sin flores. Lo fue cubriendo de lirios, grandes campanas de hojas verdes jugosas daban flores de pálidos rosados, atractivos celestes, relumbrantes blancos y fúnebres lilas. El desagüe del laguito desembocaba en el Reventazón y, por esos milagros de la naturaleza, las semillas, los bulbos se fueron escurriendo perezosamente desde allí hasta encontrar reposo en el Atlántico, en las pacíficas lagunas del Tortuguero. Doña Anacleto Arnesto de Mayorga, a pesar de sus misteriosas alianzas políticas, fue la bella jardinera del Tortuguero. Sus flores, sus amados lirios, desaparecieron de la lagunilla de Paraíso, casi seca y enlodada ahora, pero reflorecieron con esplendor inigualable en la lejana playa atlántica.

En la Guerra del 56 una mujer de la llamada clase baja, no permitió que los hombres se fueran solos a la lucha, ella, arremangándose la enagua, afianzándose el chal alrededor de la cintura, siguió fatigosamente por los caminos polvorientos de Costa Rica, a pie, desde la Meseta Central hasta el Guanacaste, al ejército costarricense. Lavaba platos de lata, aporreaba camisas y pantalones de soldado en las aguas de los ríos. También cocinaba el miserable rancho del ejército hambreado y cansado. Ella, adelantándose casi un siglo a las soldaderas mexicanas, hizo su papel en la guerra del 56. Pero no sólo allí acabó su femenina intervención. Cuenta la leyenda, no sé si la historia lo corroborará, pero eso nada importa, porque a veces la leyenda configura fragosidad de una pelea, Pancha Carrasco empuñó también el fusil de chispa y, con sus soldados, rescató un cañoncillo que fue determinante para ganar esa batalla. Se podría decir que es la primera mujer costarricense que intervino en una acción armada.

Para contrarrestar el ruido de las batallas, las intrigas políticas y los negocios cafetaleros, démonos, todavía con la imaginación de la mano, vuelta por algunas casonas costarricenses de mitad del siglo pasado, donde la comodidad, la seguridad y el bienestar, habían dado lugar a que floreciera la exquisita flor del arte al cuidado de la dulzura de la mujer.

En la casa de Don Manuel G. Escalante y doña María López del Corral y Nava, opulentas y aristocráticas familias costarricenses que se habían reunido en ese lujoso matrimonio, nació en el mes de julio de 1816, propiamente el día de Nuestra Señora del Carmen, una niña de

excepcional belleza. Sus padres la cristianizaron con el nombre de Manuelita. Adolphe Marie, el periodista francés radicado entre nosotros, a la mitad del pasado siglo, en la nota necrológica dedicada a la niña Manuelita nos dice que era "literata sin nombre, y quizá más digna de él que algunas que le usurpan en Europa, ocultaba en su modestia el saber que tantos desvelos le costaba, como la perla oculta en su concha el mérito que la distingue". Manuelita, al fin y al cabo estamos en la mitad del siglo XIX, que vio nacer ese maravilloso movimiento del romanticismo, murió muy joven, contaba apenas con treinta y tres años de edad. Su educación, su erudición, era francamente apabullante, aún para una mujer culta de nuestra época contemporánea. Nos dice Adolphe Marie, quien la trató personalmente, que conocía muy bien la historia universal. Tenía una obra en cuarenta volúmenes que comprendía a Herodoto, a Plutarco, Tito Livio, las invasiones bárbaras hasta su propia época.

Pero no sólo en la historia se quedaba su saber. Conocía con gran cuidado la gramática española y la francesa, amante de la verdad en su forma más estricta, estudió lógica, se interesó en la metafísica de Tracy, gran admirador de Voltaire y sensualista en sus concepciones filosóficas. También estudió ciencias en los cuadros de Duval y le interesaba con grande atracción la geología. Durante las tranquilas horas del día se dedicaba a leer a Tácito, y en la noche proseguía con sus estudios de literatura universal. Tenía pasión por Tácito. De este escritor decía Manuelita: "es el más profundo de todos los siglos y el que más conoció el corazón humano. Dudo que los modernos puedan exceder a los antiguos en ingenio y sublimidad, aunque los aventajen en delicadeza y corrección".

Manuelita Escalante poseía una memoria increíble; recitaba todas las figuras de la retórica usadas en su época, desde la antítesis hasta la prolepsis y desde el apóstrofe hasta la personificación. Recitaba versos de la gran literatura española con gran pericia. Marie nos dice que se volvían canción en sus labios, las églogas de Garcilaso, las odas del maestro León, las canciones de Herrera y la epístola moral de Rioja.

Su sensible espíritu de artista, "se deleitaba en discurrir sobre la belleza y la sublimidad de los objetos externos de la naturaleza y muy especialmente sobre la belleza del movimiento y de la figura, del rostro humano y de los colores. La de las escenas campestres, que tanto se adaptaba a su carácter melancólico, producía en su alma sensaciones dulces y risueñas".

Marie nos cuenta que sus poemas se caracterizaban por su estilo claro y lógico, puro y propio, natural y conciso. Desgraciadamente no se conoce ninguno.

Pero la muerte concluyó prontamente con esta mujer que fue hija respetuosa, hermana apasionada y amiga muy sincera. Se dice que su mal se debió a la muerte de un hermano muy querido. Marie, con el encanto romántico de esa época nos informa sobre su tránsito. "Así, en la agonía prolongada de su muerte mostró la resignación del justo

y desplegó un valor propio de los héroes. Rodeada de su digna familia y asistida de sus incomparables hermanas, miró al cielo, se despidió de la tierra y exhaló el último suspiro. Difícilmente pueden hallarse reunidas tantas virtudes domésticas, tanto saber y cultura, tantas cualidades del espíritu, tantas gracias y atractivos". Como lo insinúa Marie en su nota necrológica, Manuelita Escalante fue un caso excepcional en la historia femenina costarricense.

Imaginémonos ahora una vieja casona en uno de los barrios lujosos de la capital. Se trata del llamado Paso de la Vaca, a mitad del siglo pasado. Todavía la casona, despedazada, dedicada a negocios de barata, agoniza ahogándose dentro de un barrio que ahora es de mala muerte. La vieja casona, de patio central amplio, grandes corredores de cuyas vigas colgaban flamantes macetas de helechos, una tapia con guarías, una de las habitaciones, una vetusta sala, se llenaba con varios taburetes de cuero, una mesa al centro, un quinqué y cuadros de estampas en las paredes. Una mujer ya entrada en años, tal vez por los cincuenta ya bien pasados, vestida de negro, con un relicario que cerraba su cuello de encajes, con un chal de lana sobre los hombros, daba órdenes tajantes a los sirvientes de la gran casa. Había que preparar el chocolate, acompañado de pan dulce, hermosas y doradas empanadas de queso que se derretía, pastelillos de piña y de mora, de arriscados bordes. En la noche, en la casa, se celebraría la habitual tertulia. Políticos, tal vez el Padre Vicente Castro, el Padre Arista, asistía, junto con artistas, masones, pintores y poetas. En la casa de Regina Taboada se reunía el pensamiento liberal costarricense, el liberal antes de la entrada ya decidida del liberalismo. Su conducta era criticada por las adustas matronas de la época. Incluso su nietecilla, una fogosa rubita de ojos verdes como el mar, que andaba viendo los andares de la abuela, fue llevada para su crianza a la casa de un descendiente de la hermana de Regina. La todavía más adusta doña María de Jesús Taboada de Avellán.

Por la sangre de Regina Taboada corre la de don José Rafael de Gallegos, hermano de su madre doña María. Doña María enviudó joven, apenas tenía veintiséis años. De allí que de ella nacieran dos hijos, sin padre conocido, progenie uno de ellos de una gran familia costarricense: Don Felipe Gallegos. El otro, Don Nicolás Gallegos, murió soltero, fue Rector de la Universidad de Santo Tomás y escribió el primer libro de filosofía en Costa Rica. A pesar de todo, Regina muy joven, reivindicó de su madre, que gastaba a manos llenas el patrimonio familiar, lo que le correspondía por la herencia de su padre difunto. El temple de Regina Taboada, su preparación y su interés por la política la hizo centro de una época. Un hombre francés, llegado al país, fue llevado por alguien a la tertulia de la vieja casona, a conversar con doña Regina y a saborear el chocolate y las confituras. Este hombre era Achilles Bigot, quien había venido para pintar a todos los hombres y mujeres importantes del país, alrededor de 1860. Nos dejó una mujer adusta, de mirada serena, de ancha frente inteligente,

de boca plegada en una sonrisa volteriana de burla muy bien disimulada, o tal vez de superioridad, de unos ojos fijos que parecen todavía mandar.

En 1842, en el Guanacaste, ocurre una sangrienta novela. Sus personajes son: Don Pedro Molina, el primer filósofo centroamericano, prócer de la independencia, amigo íntimo y consejero del General Morazán, el Teniente Manuel Angel Molina, hijo de don Pedro, el mismo Morazán y Chepita Elizondo, llamada la Bella del Guanacaste.

El Teniente se vino a Costa Rica a encontrar a su padre y a sus hermanos. De paso por el ardiente Guanacaste conoce a Josefa Elizondo. Se enamora profundamente de ella y pide su mano. El noviazgo se formaliza con todos los requisitos provincianos y decimonónicos. El Teniente, lleno de gozo, sigue a San José para arreglar, antes que todo, su próxima boda. A veces, no casi siempre, las mujeres pueden ser veleidosas y en su veleidosidad arrastrar la tragedia. No más que el teniente salió de Guanacaste, cuando Chepita cede a los amores de Eduviges Guillén. Con espanto, el teniente Molina se entera de su desgracia y se devuelve al Guanacaste, pero la Chepita está decidida a romper el compromiso. Desengañado, adolorido, el Teniente Molina cogió unas graves calenturas, se le trastorna el cerebro y crea la fantasía de raptar a la Bella del Guanacaste.

El plan cuidadosamente elaborado fracasa. En su demencia, dolido por el ridículo y las burlas de todo el Guanacaste, decide proclamarse Comandante General. Dieciséis hombres convencidos lo acuerpan. Atacan el cuartel y en la lucha muere su rival.

Se entera el General Morazán. Se le cuenta con mañas que Molina piensa entregar el Guanacaste a Nicaragua. Lo cree y ordena el fusilamiento del Teniente Molina. Don Pedro, el héroe, el escritor, el prócer, llora ante el General pidiendo la vida de su hijo demente. No hay clemencia. La bella del Guanacaste, en su frivolidad, destrozó el corazón del viejo padre, deshizo la amistad suya con Morazán, mató a su segundo pretendiente en una batalla disparatada y fue culpable del fusilamiento de su novio. ¡Pobre la Bella del Guanacaste!

Cuando se declaró Costa Rica república independiente y soberana, allá por los años de 1848, el Dr. José María Castro Madriz, quiso estrenar una bandera, pues sobre nuestro cielo había vuelto a ondear efímeramente la de la Federación centroamericana, impuesta por el General Morazán. Doña Pacífica Fernández de Castro, lo mismo que su esposo, amaban la enseña francesa. Un día doña Pacífica se dedicó a coser los colores patrios y así tuvimos nueva bandera, la que nos cobija todavía.

A otra mujer, a doña Emilia Solórzano de Guardia, según la bella leyenda costarricense, aneja a la afable, piadosa y trabajadora alajuelense, se debe que su marido, el General Tomás Guardia, cuando gobernaba al país, con Constitución o sin ella, que poco le importaba, se emitiera un decreto declarando inviolable la vida humana. Fue doña Emilia primera dama del país por más de una década y se cuenta, que el General un día le dijo le indicara qué deseaba más para su cumpleaños, una joya, un vestido francés, algún vistoso mueble, pero

ella, educada en esa tradición alajuelense de un bello liberalismo, con dulzura le pidió que proscribiera del país la pena de muerte. El General Guardia, lo meditó, y le gustó la idea, y uno de los más fundamentales tesoros de nuestra legislación vio la luz. Fue por la gracia de la joven alajuelense que en Costa Rica se prohibió rotundamente la pena de muerte y se declaró inviolable la vida humana, adelantándonos en mucho, a los países más cultos del globo que todavía la mantienen. La gracia femenina, aunque no sea cierta la anécdota, ilustra un galardón inextinguible en la constitución natural de la mujer: mantener la vida humana.

A fines del siglo pasado o a principios de este siglo la política y el amor, una vez, se enredaron en tres personajes muy bien conocidos de la historia costarricense: Don Ricardo Jiménez, Don Cleto González Víquez y el General don Bernardo Soto. Don Ricardo fue entusiasmado novio de Doña Adela Herrán, luego esposa de Don Cleto; don Ricardo dice en una carta: "Ya mis amores con Adela, son apenas un recuerdo. Comenzaron nuestros disgustos por exigencias e intolerancias mías, me arrepentí después, pero ya ella no creyó o no quiso creer en mis protestas y la ruptura fue completa. Decirle a Ud. que estoy muy resignado es decirle la verdad, decirle que estoy muy contento y que no he sufrido mucho, sería decirle una falsedad".

Otra novia de Don Ricardo fue Doña Pacífica Fernández Guardia, hija de Don Próspero Fernández Oreamuno, quien fue Presidente de Costa Rica de 1882 a 1885, hermano de Doña Pacífica Fernández Oreamuno, esposa del Dr. Castro Madriz.

Pero la suerte romántica de don Ricardo andaba algo mal. En carta dirigida a un amigo suyo residente en París le comunica: "Estoy enamorado, no de Adela, ya eso se concluyó, sino de otra prima de usted, que temo mucho no le sea simpática; pero me hago la ilusión de creer que si usted la conociera cambiaría de impresión, pues tiene encanto bastante para que uno no mire en ella sino a ella misma. ¡Cómo será ese encanto cuando ha podido hacer que yo me le acerque, a pesar del abismo que me separaba de su familia! Sin más datos habría ya usted comprendido que es Pacífica de quien hablo. Al juzgarme tenga en cuenta que aquí no se presenta el arte bajo la diversidad de formas o de manifestaciones seductoras que en París, y que entonces es explicable que uno le rinda culto en la única manifestación que aquí tiene: la mujer". Esta carta fue de diciembre de 1883.

Estando don Ricardo en Nueva York, en labores de gobierno, en 1885, escribe a su amigo Don Wenceslao de la Guardia, quien le había comunicado el matrimonio de Doña Pacífica con don Bernardo Soto: "Estando allí, (se refiere a México), supe que Pacífica hizo lo de la mulita de que usted me hablaba: resistirse en lo más llano del camino. En el primer momento, su matrimonio con Soto me impresionó, pero bien pronto ví aquello como una verdadera dicha para mí".

Pero las aventuras de Don Ricardo, en el campo de la galantería, no acabaron aquí. Hacia 1882, de Escazú, llegaron a coger café en una hacienda de la Sabana, dos extraordinarias muchachas: Vicenta y Beatriz Zamora. Ambas andaban descalzas, pero su blanquísima piel, sus negros ojos y su pelo, hizo que su patrona las trajera a San José, como empleadas de su casa. Las Zamora aprendieron en esa rica mansión a vivir de modo distinto. Cuando ambas tomaron el sendero de la vida galante, para hacerse amigo de las Zamora se necesitaba ser alguien, tener nombre, fortuna, cultura, distinción. Indiscutiblemente las dos bellas de Escazú preferían a los hombres talentosos.

Las Zamora habitaban una casa al costado de la Iglesia de la Merced. La alta sociedad costarricense las volvía a ver con ciertos remilgos pundonorosos y cierta adustez que condenaba, lo que a principios de este siglo, se tenía en este bello pueblón de San José, como conducta bastante ligera. Don Ricardo paseaba por allí. Una de las hermanas lo envolvió en sus ojos negros. Trigueña, muy bien formada, pero no digna de fijarse en un joven de tan brillante porvenir. Don Ricardo, dándole una cachetada a la remilgada sociedad josefina se junto a vivir públicamente con la bella Beatriz Zamora. La sociedad la hizo cuidadosamente a un lado. Don Ricardo no se inmutó, y así, por las habladurías josefinas, la bella Beatriz Zamora se convirtió en un personaje de novela: su amabilidad, su candorosidad, su alegría innata, su falta de respetos aristocráticos hicieron que pronto se viera castigada con un mote infamante: la Cucaracha.

Don Ricardo descubrió que Beatriz era mujer muy inteligente y dotada de gran sensibilidad para la belleza artística. Tenía una notable memoria que le permitía aprender con facilidad. Estudió francés: llegó a leer a Víctor Hugo en su propia lengua; estudió piano, pero lo que la distinguía era su innata caridad. En Cartago, conoció a un pianista pobre, llamado Amando Obando, que no tenía piano. La Cucaracha le regaló uno. "Esa mujer que amaba las sedas —nos cuenta un escritor costarricense—, los perfumes y los brillantes era muy sensible al dolor y a la pobreza ajenos; su caridad cristiana fue notoria y jamás un corazón adolorido, un alma angustiada se alejaron de ella sin ser consolados; nunca una miseria o angustiosa necesidad dejaron de ser remediadas por ella si su bondad o su dinero podían remediarlas".

Don Ricardo nunca se había casado con Beatriz. El Nuncio Apostólico, Monseñor José Fieta, al finalizar el segundo período presidencial de don Ricardo en 1928, con tacto florentino e inteligencia jesuítica, inició la ofensiva para que Don Ricardo y Beatriz se casaran por la Iglesia. Triunfó el sacerdote en sus gestiones, y al fin logró casarlos en forma privada. Al tres veces Presidente de la República lo casó con Doña Beatriz Zamora López el 21 de diciembre de 1928. Don Ricardo contaba con setenta y nueve años y doña Beatriz con cincuenta y siete.

Cuenta Gonzalo Trejos, que poco "antes de morir, muy suavemente, teniendo una mano de Don Ricardo entre las suyas, con emocionada ternura le dijo doña Beatriz 'Me siento muy mal, muy enferma

... quiero decirte que siempre me gustaron el lujo y las comodidades y le tuve horror a la pobreza; por eso cometí faltas que Dios me perdonó porque vos me las perdonaste... quizá por última vez quiero repetirte que en mi vida sólo tuve un amor verdadero, y ese mi amor grande y profundo como el cielo y el mar, has sido vos Ricardo...". Si las anteriores frases de Doña Beatriz no son ciertas, sino producto del último aliento del romanticismo en Costa Rica, bien adelantado ya nuestro siglo, nada importa, son bien bellas y, por eso, merecen ser ciertas.

Con aquel infamante mote de la Cucaracha, ha pasado a la historia, una mujer de origen muy humilde, de conducta un tanto criticable —en su época—, que llegó a ser la primera esposa del hombre público más distinguido que ha producido el país, siendo Primera Dama de la República, desde el 8 de mayo de 1932, hasta el día de su muerte, el 6 de febrero de 1933, día del cumpleaños de Don Ricardo.

No todo ha sido rosado para la mujer costarricense, hay unas que han hecho del sufrimiento una condición de heroicidad. Una de ellas, que el gran poeta costarricense, Carlos Luis Sáenz, llama la rosa marchita, inicia esta carrera de dolor y tristeza. La hermana de Don Juan Rafael Mora, doña Guadalupe, era esposa del General don José María Cañas. Doña Lupita se enfrentó con valor indomable a los dolores de la Guerra del 56, a las congojas y sufrimientos de la peste del cólera. Poco antes de la batalla de Santa Rosa, el General envía a su amada Lupita una rosa que acaba de cortar, para ser recuerdo suyo si muere en la lucha. Luego la política enredó al General Cañas con su cuñado; intentan una invasión a Costa Rica que fracasa, dos horas antes de ser fusilado escribe una carta despidiéndose de su Lupita. En ella el General la aconseja para que pueda soportar la pobreza que se acerca y le anuncia que probablemente no podrá conseguir nada de sus bienes. Doña Lupita conservó siempre al lado suyo una rosa marchita y una carta escrita por su marido poco antes de morir. Era la herencia que tenía de su amado esposo.

La política en Costa Rica mantuvo caballeramente a un lado a la mujer del vencido. Cito ahora el preámbulo de un proceso que en Costa Rica puede tildarse de infamante.

"En nuestras grandes convulsiones políticas, el espasmo del odio, encausado oficialmente por los vencedores, jamás llegó hasta las esposas de los gobernantes derrotados. Entre ellas y aquellos siempre se interpuso la exquisita caballerosidad de antaño. Don Braulio Carrillo salió del país con la execración de sus contemporáneos para morir en el exilio; y tanto el general Morazán como los numerosos y enconados enemigos del proscrito se inclinaron siempre con hidalguía ante doña Froilana Carranza. Cinco meses después la histeria popular sacrificó al paladín de la Unión en la plaza mayor de San José, en una verdadera orgía de hiel; y, sin embargo, para doña María Josefa Lastiri los costarricenses sólo tuvieron respeto y piedad. Don Juan Rafael Mora cayó frente al pelotón de fuego en Puntarenas; y a pesar de los chismes

josefinos acerca de las concupiscencias fiscales del Héroe, a doña Inés Aguilar nunca se le exigió la explicación humillante del origen de su paraferna. Don Jesús Jiménez fue derrocado por un grupo de bravos muchachos que se habían llenado de gloria en el 56; y no sólo el General Guardia, sino también los exaltados convencionales que reclamaban furiosos la cabeza del ex presidente, cubrieron noblemente con un manto de consideración a doña Esmeralda Oreamuno. El General Tinoco abandonó el poder después de una guerra dolorosa, acusado por el delito de rebelión militar contra las instituciones de la República; y nadie pensó en escarnecer a doña María Fernández, pidiéndole cuenta sobre su hacienda personal.

"No es sino hasta ahora (el autor se refiere a setiembre de 1948) cuando el imperio de un decreto-ley obliga por primera vez en Costa Rica a la esposa de un presidente, bajo la afrenta de una presunción de fraude, en compañía de otras damas, más de una de ellas cubierta por el escudo protector de su alcurnia prócera, a sentarse en el banquillo repulsivo de los acusados y a justificar la procedencia de su modesto y bien habido caudal". Hasta aquí la cita.

El Ministro de Justicia de aquel gobierno de facto, explicando los alcances de ese decreto-ley que declaró por malhechores públicos a un grupo de costarricenses, adversarios políticos suyos, dijo: "es necesario tener presente que se trata de una medida netamente revolucionaria, encaminada a liquidar uno de los más odiosos aspectos del régimen derrocado, y que, por lo tanto, se aparta en varios puntos de los principios generales que inspiran nuestro derecho común" (Diario de Costa Rica, 8 de junio de 1948).

A pesar de todas las presiones, el Tribunal revolucionario, odioso desde su origen, en sentencia de las 8 horas del 21 de julio de 1949, tuvo que declarar: "La realidad del proceso no permite suspicacias sobre el origen de los bienes de aquella, relacionado con el Tesoro Público, la Hacienda Municipal o la de las instituciones autónomas de la Nación".

Me refiero a doña Etelvina Ramírez de Picado. De origen humilde, pero elevada por una voluntad extraordinaria y una clara inteligencia, hacia donde ella quiso llegar. Tenía doña Etelvina el trato suave, dulce de una gran mujer, con la capacidad increíble de llegar a convertirse en madre y amiga de quien tuvo el privilegio de tratarla. Nunca doña Etelvina perdía esa grandiosa serenidad, esa serena grandiosidad, que depara el sufrimiento profundo y hondo, meditado y racionalizado.

Fue compañera insustituible de su esposo Teodoro Picado Michalski. Conlevó con él —hombro a hombro—, la tragedia del sacrificio al momento político efervescente. En el exilio y en la enfermedad, doña Etelvina afrontó las más grandes amarguras; de Primera Dama de la República a la pobreza máxima en la tierra cálida de Nicaragua. Lo único que llevaba en sus manos, el día que dejó el país en medio de una ola de bochorno, fue un crucifijo. Símbolo ese Cristo del dolor en el exilio.

Volvió a su patria —que mal la había tratado—, sin resentimientos, cuando trajo el cadáver de su esposo, para dejarlo bajo el cobijo de su tierra natal en Paraíso de Cartago. La mujer perseguida por infames tribunales especiales, levantó en alto su frente inmaculada, desafió al destino adverso, y se impuso, por su honradez y delicadeza exquisitas, a unos grupos que antes la habían perseguido, como perros de jauría enloquecida, por la virtud de su altura, de su don de gentes y de su sonrisa inolvidable.

Doña Etelvina, la recuerdo, casi siempre vestida de negro, balanceándose en su mecedora, como un jirón de la historia costarricense. Ella conservó siempre en el fondo de su corazón la vida que había vivido de la altura del poder a la tristeza más grande del desprecio y la pobreza, pero siempre manteniéndose dentro de la más pura ecuanimidad, dentro del más alto sentido de la dignidad, de la nobleza, siendo un ejemplo para los que hablábamos con ella y para todas las mujeres costarricenses. Nunca una palabra fuera de tono ni un insulto salieron de su boca. La amargura del dolor nunca obnubiló su visión del mundo. Su amabilidad connatural, su afabilidad exquisita, su educación tranquila y suave, son un ejemplo imperecedero, de la más grande heroicidad en el silencio y el dolor; su estoicismo virtuoso, incluso cuando perdía la vista cada vez más, casi ciega, derramaba a borbotones, lo que la más grande dama de la historia pudiera desear.

Con la muerte de doña Etelvina una etapa histórica parece cerrarse; no es que un segmento de la historia haya concluido, ésta sigue impertérrita siempre hacia adelante, sino que una época se repliega sobre sí misma, se hunde dentro de un pensamiento propio no compartido y acaba, viendo cómo los héroes de su momento van encontrando ya la paz eterna, la suprema tranquilidad, el olvido del sufrimiento cotidiano, dan la espalda a los quehaceres dolorosos y fatigantes de los hombres y, como un premio magnífico, se complacen únicamente en la contemplación infinita y eterna del rostro de Dios...

Conciente estoy de que no he hablado ni siquiera mencionado a muchas mujeres muy importantes en nuestra historia. Por ejemplo, nada se ha dicho aquí de Carmen Lyra, la adorable Tía Panchita, la heroica María Isabel Carvajal, perseguida, humillada y vejada aún después de su muerte, en el día de su entierro; tampoco he mencionado a Yolanda Oreamuno, nuestra insigne novelista ni me he referido a las mujeres que ahora enseñan en la Universidad de Costa Rica ni a las que han sido ministros ni a las que manejan grandes empresas comerciales. Tampoco he dicho nada de la mujer que cada uno de nosotros considera la más importante en su vida y, también, a la más importante en su historia, a la que nos ha dado vida, cariño y educación, a la madre de cada uno de nosotros.

Con esto deberíamos concluir, de la historia cuando se vuelve tan actual no se puede hablar, todos la vemos, todos la palpamos y todos la podemos juzgar. Generaciones nuevas de mujeres se levantan en Costa Rica, ellas son nuestras amigas, nuestras contemporáneas, ellas

—sin duda alguna—, podrán llenar nuestro país de fama, pero nunca olvidando, que a pesar de que las épocas fueron distintas, no son producto de una generación espontánea, como si el auge comenzara aquí y ahora, o una treintena de años para atrás, sino que la corriente viene desde muy lejos, pasando muchas veces silenciosa por la intrahistoria, para florecer ahora. El presente lo vemos, lo palpamos, las mujeres y los hombres tenemos una gran responsabilidad. Sobre nuestros hombros pesa todo el destino de nuestra patria.

UN ASPECTO DEL DERECHO DEL MAR: LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y SUS CORRELATOS

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Conferencia Pronunciada en las II Jornadas
Italo-Latinoamericanas, celebradas en San José
(Costa Rica) en setiembre de 1977.

SUMARIO: Resumen. I. Introducción. II. Desarrollo normativo costarricense. III. Aspectos relativos a la definición de plataforma continental. IV. Zona económica exclusiva. V. Convención de Ginebra (1958). VI. Posición de los países respecto a la plataforma continental. VII. Mar territorial y zona contigua. VIII. Aporte de América Latina al Derecho del Mar. IX. Otros aportes al Derecho del Mar. X. Conferencias del Derecho del Mar (Organización de las Naciones Unidas). XI. Conclusiones. XII. Referencias bibliográficas básicas.

RESUMEN

El derecho del mar presenta una serie de problemas en la base misma de su naturaleza y en roce directo con el aspecto crucial de la soberanía de los Estados. Todavía, a nivel mundial, es preciso fijar meridianamente el mar territorial, el mar patrimonial y demás aspectos que conforman este álgido tema de las aguas soberanas de las naciones.

Perú, con su tesis de las 200 millas náuticas para su mar territorial; y, el conflicto colombo-venezolano en torno a las islas de Los Monjes —situadas en el Golfo de Venezuela—, que no están dentro de las 12 millas del mar territorial de cada uno de esos países, pero que ambos se las acreditan como parte de su territorio nacional, debido a que se cree que en ellas hay yacimientos de petróleo, forman parte de ese amplio y complejo espectro de problemas que integran el derecho del mar contemporáneo.

Así, desde los criterios del Imperio Romano para considerar el Mar Mediterráneo como el mare nostrum; y, España y Portugal al estimar los mares americanos como propios— en los tiempos de la conquista y colonia —hasta la consideración del mar territorial medido de la costa hasta donde la vista alcance o llegue la bala de un cañón playero, pasando, luego, por la tesis de las tres millas, para llegar a la tesis actual de las 12 millas de mar territorial y 188 millas náuticas de mar patrimonial, el derecho marítimo ha tenido un sinfín de puntos encontrados, en la medida en que los países que dominan los mares pugnan —en sus intereses de explotación de recursos— con los países débiles.

Este artículo trata de dar un aporte a este inagotable tema, a partir de la posición constitucional que ha adoptado nuestro país; sin descuidar los aspectos referidos del desarrollo de este fragmento del Derecho en los últimos años.

En lo referente a este aspecto jurídico, nuestro país, a nivel constitucional, afirma un mar territorial de 12 millas y uno patrimonial —con jurisdicción especial— de 188 millas marítimas.

I. INTRODUCCION

La defensa del territorio de cada Estado es un problema esencial para la sobrevivencia de sus habitantes y se convierte en una tarea nuclear en la estrategia de cada gobierno.

Este aspecto del denominado *Derecho del Mar*, que atañe a la plataforma continental no puede dejar de tomar en consideración las facetas más relevantes de la política internacional. Máxime, en momentos como los presentes en los que el enfrentamiento de los países ricos y los países pobres¹, refleja una tendencia secular de explotación de los primeros sobre los segundos.

Nunca el concepto de *imperialismo*², ha dejado de tener vigencia; mucho menos ahora que se conserva y se discute sobre el sector que

¹ Con relación a la terminología para denotar el fenómeno real de la existencia de países con un gran adelanto técnico, militar y financiero y la de naciones débiles —en esos aspectos— se ha afirmado que el término zona económicamente subdesarrollada, hizo su primera aparición pública, probablemente, en las reuniones de las Naciones Unidas de 1944 y 1945. Antes de esta fecha, la comunidad de los expertos solía usar los vocablos de zonas coloniales o de zonas atrasadas; y, el economista político clásico prefería utilizar el término "progreso de la sociedad", como concepto universal, en forma de una escala de tiempo lineal, en la cual se podía situar cualquier sistema económico. También, se ha venido empleando la voz crecimiento económico, cuando el incremento, en porcentaje, a largo plazo de la producción total (del ingreso nacional) es igual al incremento —en porcentaje— a largo plazo, de la población. Así, pues, se estaría en el caso de un ingreso per cápita real constante y una población creciente. Se habla de progreso económico, cuando hay un incremento, a largo plazo, del ingreso per cápita real. Independientemente de las definiciones que se den, lo cierto del asunto es que los juicios de valor y las connotaciones ideológicas no se pueden abandonar, ya que crecimiento, progreso, subdesarrollo, implican posturas de base que ponen al científico social en el terreno de asumir tesis por definitionem. Al respecto, se pueden ver, por todos, estos autores: L. I. ZIMMERMAN Países pobres y países ricos (México: Siglo XXI, 1966, pp. 1, 17 y 18); Vania BAMBIRRA El capitalismo dependiente latinoamericano (México: Siglo XXI, 1974, pp. 3 a 11); y, Sergio BAGU et al Problemas del subdesarrollo latinoamericano (México: Nuestro Tiempo, 1973, p. 19).

² Recordemos que el tema del imperialismo, fue elaborado por Lenin, Rudolf Hilferding, Rosa Luxemburgo, dentro del enfoque marxista. Fue el economista burgués John A. Hobson (1858-1907), inglés, el creador del concepto, al analizar este hecho en su libro "Imperialismo" (Londres: 1902). Hobson escribió 53 libros y fue pionero del tratamiento keynesiano macroeconómico. Al respecto, in toto, Sobre el imperialismo de Jacques VALIER et al (Madrid: A. Corazón, 1975).

cubre el *Derecho del Mar*, el cual refleja —a nivel jurídico— ese enfrentamiento de las naciones industrializadas y ricas con respecto a los pueblos atrasados, subdesarrollados, pobres o neocolonizados del Mundo.

Desde los tiempos de la Roma imperial, en que ésta afirmó que el Mar Mediterráneo era un *mare nostrum*, hasta la convención de Ginebra de 1958 y las Conferencias de Derecho del Mar, convocadas por las Naciones Unidas, la legislación, el enfoque y los principios que han guiado la política exterior de los países, se ha debatido sobre la libertad en los mares y la presencia de las grandes potencias marítimas en los océanos.

Claro está que hoy, la libertad de los mares le conviene a las naciones desarrolladas en la ciencia y en la técnica marítima, pues de este modo podrán explotar, a su gusto, las riquezas del mar, su flora y su fauna; aun en perjuicio de los mares adyacentes a los países subdesarrollados, que no pueden defender sus costas, ni sus mares territoriales y patrimoniales.

En este trabajo haremos una exposición de cuál ha sido la política seguida por nuestro país en materia de Derecho del Mar y la forma en que en sus diversas Constituciones Políticas ha cristalizado esa política.

El quiebre interesante lo dará la Junta de Gobierno de los dieciocho meses posteriores a la guerra civil de 1948, en la medida en que afirmará un mar territorial de 200 millas náuticas, siendo uno de los primeros países en la América Latina que opte por esa medida; y, a pesar de que en la Carta Magna de 1949, se vuelve al criterio de las tres millas marítimas.

Asímismo haremos un breve desarrollo constitucional, en esta materia del territorio nacional, con el fin de ilustrar esa evolución normativa y política; a la vez que se recordará esos textos, ya que no es fácil el acceso a la consulta de los mismos, en vista de estar agotada la edición que los contiene.

II. DESARROLLO NORMATIVO COSTARRICENSE

1. Explicación.

En este apartado transcribiremos los textos constitucionales referentes al territorio nacional, con el fin de que se observe la evolución de esta norma prioritaria en la organización del Estado nacional y su correspondiente ejercicio de la soberanía.

2. *Ley fundamental del Estado de Costa Rica, de 25 de enero de 1825.*

Art. 15:

el territorio del Estado, se extiende, por ahora, de oeste a este, desde el río del Salto que lo divide del de Nicaragua, hasta el río Chiriquí término de la República de Colombia, y norte sur de uno a otro mar, siendo sus límites en el norte la boca del río de San Juan y el escudo de Veraguas, y en el sur la desembocadura del río de Alvarado y la del de Chiriquí.

3. *Ley de Bases y Garantías de 8 de marzo de 1841.*

Art. 1, inc. 2:

el territorio del Estado se comprende entre los límites siguientes: por el oeste, el río de la Flor, continuando su línea por el litoral del lago de Nicaragua y río San Juan hasta el desagüe de éste en el Mar Atlántico; por el norte, el mismo mar, desde la desembocadura del río San Juan, hasta el escudo de Veraguas; por el este, desde dicho punto, hasta el río Chiriquí; y por el sur, desde este río siguiendo la costa del Mar Pacífico hasta la de la Flor.

4. *Constitución Política del Estado de Costa Rica, de 9 de abril de 1844.*

Art. 47:

El Estado reconoce por límites de su territorio: al oeste, desde la desembocadura del río de la Flor, en el Mar Pacífico, y continuando la línea por el litoral del Lago de Nicaragua y río San Juan, al desagüe de éste en el Mar Atlántico; al Norte, el mismo mar desde la desembocadura del río San Juan hasta el escudo de Veraguas; al este, desde éste punto al río Chiriquí; y, al sur, desde la desembocadura de este río a la del de la Flor; más la línea fronteriza por la parte del Estado de Nicaragua, será fijada definitivamente cuando Costa Rica sea oída en la representación nacional, o que por defecto de ésta, el negocio se someta al juicio imparcial de uno o más Estados de la República (de Centro América).

5. *Constitución Política del 10 de febrero de 1847.*

Art. 25:

los límites del territorio del Estado son: por el oeste, desde la desembocadura del río de La Flor, en el Mar Pacífico y continuando por el litoral del Lago de Nicaragua y río de San Juan al desagüe de éste en el Mar Atlántico; al Norte, el mismo mar desde la desembocadura de San Juan hasta el escudo de Veraguas; al

este, desde este punto al río de Chiriquí; y, al sur, desde la desembocadura de este río a la del de La Flor; mas la línea fronteriza por la parte del Estado de Nicaragua, será fijada definitivamente cuando Costa Rica sea oída en la representación nacional, o que por defecto de ésta, el negocio se someta al juicio imparcial de uno o más Estados de la República (de Centro América).

6. *Constitución Política del 30 de noviembre de 1848.*

Repite los límites de 1825 y 1826.

7. *Constitución Política del 27 de diciembre de 1859.*

Art. 4:

el territorio de la República está comprendido entre los límites siguientes: por el lado que linda con Nicaragua, los que fija el Tratado ajustado con aquella República el 15 de abril de 1858³; por el lado de la Nueva Granada, los del uti possidetis (que repitió la anterior Carta Magna) de 1826, salvo lo que se determine por tratados ulteriores con aquella nación; y, por los demás lados, el Atlántico y el Pacífico.

8. *Constitución Política de 15 de abril de 1869.*

Art. 3:

los límites del territorio de la República son los siguientes: con el océano Atlántico por el norte; con el Pacífico, por el sur; con los Estados Unidos de Colombia, los del uti possidetis de 1826; y, con Nicaragua, los que fija el tratado de 15 de abril de 1858⁴.

9. *Constitución Política del 7 de diciembre de 1871.*

Art. 3:

los límites del territorio de la República son los siguientes: en el océano Atlántico, por el norte; por el sur, con el Pacífico; con los Estados Unidos de Colombia, los del uti possidetis de 1826; y, con Nicaragua, los que fija el tratado de 15 de abril de 1858.

³ Al respecto se puede consultar la obra del Dr. Luis Fernando SIBAJA CHACON *Nuestro límite con Nicaragua* (San José: Instituto Técnico Don Bosco. 1974, cap. IV y pp. 247 a 251).

⁴ Este tratado fue firmado por José María Cañas, Ministro Plenipotenciario del Gobierno de Costa Rica y Máximo Jerez, Ministro Plenipotenciario del Gobierno de Nicaragua. Contiene 12 artículos (SIBAJA, op. cit., ídem).

10. Constitución Política de 8 de junio de 1917.

Art. 5:

el territorio de la República, comprendido entre los océanos Atlántico y Pacífico, confina al noroeste con el de la República de Nicaragua, de la cual lo separa la línea fijada por el tratado Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858 y por el laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888⁵. Por el sudeste, colinda con la República de Panamá⁶, de la cual lo divide la línea que señalan el laudo Loube de 11 de noviembre de 1900, el Tratado Anderson-Porrás de 17 de marzo de 1910 y el laudo White de 12 de setiembre de 1914.

11. Constitución Política del 7 de diciembre de 1871, con todas sus reformas y adiciones al 7 de diciembre de 1946.

Art. 3:

el territorio de la República comprendido entre los océanos Atlántico y Pacífico, confina al noroeste con Nicaragua, país del cual lo separa la línea divisoria que marca el tratado Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858 y el laudo del Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland de 22 de marzo de 1888; y, por el sudeste, con Panamá, del cual lo separa la línea divisoria que marca el tratado Calderón Guardia-Arias Madrid de 1 de mayo de 1941.

El Estado tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio y a sus aguas territoriales para todos los fines⁷.

Se concede, en tiempo de paz, libertad de tránsito inofensivo para la aviación civil, de acuerdo con las convenciones internacionales o, en su defecto, con sujeción a las leyes especiales.

⁵ Apud SIBAJA, pp. 199 a 210; y 255 a 258. Grover Cleveland fue Presidente de los Estados Unidos de América en los años de 1885 a 1889; y, de 1893 a 1897. Nació en 1837 y murió en 1908.

⁶ En 1903, el Presidente de los Estados Unidos de América, Theodore Roosevelt dijo "I took Panamá", indicando (y resumiendo en esa expresión) que Panamá nació como República gracias a la ingerencia directa del Gobierno representado por Roosevelt (Presidente en los años de 1901 a 1904; y, 1904 a 1909; nació en 1858 y murió en 1919). Sobre estos hechos se puede consultar el libro de Gregorio SELSER El rapto de Panamá (Buenos Aires: Granica, 1975, caps. IV y V).

⁷ A partir de esta Carta Magna se establece lo relativo al espacio del aire y del mar, en el cual el Estado costarricense ejerce soberanía. Aunque no se define nada con relación a la medida del mismo. Eso sí, es probable que nuestro país aceptase la tesis internacional de las tres millas náuticas, en lo que aquí interesa destacar.

Solamente el Estado, los municipios, los ciudadanos costarricenses y las compañías organizadas conforme a las leyes internacionales, podrán inscribir sus aeronaves en el registro respectivo en las condiciones que una ley especial fije (leyes Nos. 33 de 7 de julio de 1937 y 55 de 11 de julio de 1944).

12. Decreto-ley N° 116 de 27 de julio de 1948.

Este decreto-ley es de la Junta de Gobierno y dice lo siguiente:

Art. 1:

se confirma y proclama la soberanía nacional en toda la plataforma submarina o zócalo continental e insular adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad a que éste se encuentre, reafirmando el derecho inalienable de la Nación en todas las riquezas naturales que existen en dicho zócalo o plataforma, conocidas o por conocer.

Art. 2:

se confirma y proclaman los derechos e intereses de Costa Rica sobre los mares adyacentes, a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales que sobre, en, o bajo de ellos existen o lleguen a existir, quedando desde ahora, bajo la vigilancia del Gobierno de Costa Rica, la pesca y la caza marítimas que se practiquen en dichos mares, con el objeto de evitar que una explotación inadecuada de sus riquezas naturales perjudique a los nacionales, a la economía de la Nación, y al Continente Americano.

Art. 3:

la demarcación de las zonas de protección de caza y pesca marítimas en los mares continentales e insulares que en virtud del presente Decreto-ley, queden bajo el control del Gobierno de Costa Rica, será hecha, de acuerdo con esta declaración, cada vez que el Gobierno lo crea conveniente, sea ratificando, ampliando o modificando dichas demarcaciones conforme lo exija el interés nacional.

Art. 4:

declárase la protección del Estado sobre todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática, proyectada en el mar a doscientas millas marinas de distancia de las costas continentales costarricenses. Tratándose de islas costarricenses, la demarcación se medirá señalándose una zona contigua a las costas de las mismas, proyectada paralelamente a éstas, a doscientas millas marinas, por todo su contorno.

Art. 5:
la presente declaración a que se refieren los artículos 2, 3 y 4 de este Decreto, no desconoce legítimos derechos similares de otros Estados sobre la base de reciprocidad, ni afecta a los derechos de libre navegación sobre la alta mar.

Este decreto rige a partir de su publicación.

Este Decreto-ley es importante por cuanto mediante él, Costa Rica se coloca entre los pioneros países que afirman como mar territorial las doscientas millas náuticas.

El polémico tema de las 200 millas náuticas, defendidas, actualmente (entre otras naciones) por Perú, significa un aspecto relevante de la controversia del Derecho del Mar.

Esa medida jurídica tomada por la Junta de Gobierno de 1948, se explica en el clima formado en los años anteriores a la guerra civil de 1948 y en los meses siguientes a la terminación de la misma. Ese ambiente era nacionalista, además de otras facetas interesantes; y, por ello, cristalizó, en materia de soberanía, un mar territorial de 200 millas marítimas.

La motivación que tuvo este Decreto-ley fue ésta: Que es una necesidad impostergable disponer lo conducente para la protección y conservación de las riquezas naturales, conocidas actualmente o que se conozcan en el futuro, existentes sobre, en o bajo la plataforma o zócalo continental o insular, del territorio nacional y sobre, en o bajo los mares adyacentes a las costas continentales e insulares de la Nación, puesto que su conservación y adecuada explotación son de vital interés nacional y ameritan por tanto la extrema atención del Estado y, por consiguiente, el establecimiento de los sistemas de vigilancia más indicados.

Además, que para lograr una metódica y técnica regulación de esa riqueza nacional, es indispensable que el Estado proclame la soberanía y jurisdicción nacionales sobre la plataforma submarina o zócalo continental e insular adyacente a las costas continentales e insulares y sobre los mares adyacentes a las costas continentales e insulares, del territorio de la Nación, al igual que lo han hecho otros Estados (Declaración del Presidente de los Estados Unidos de América, de 28 de setiembre de 1946; declaración del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de 29 de octubre de 1945; declaración del Presidente de la República de Argentina 11 de octubre de 1946; declaración del Presidente de la República de Chile de 23 de junio de 1947; y, decreto del Presidente de la República de Perú de 1 de agosto de 1947).

Asimismo, el consenso internacional proclama y reconoce a cada país el derecho inalienable de considerar como parte del territorio nacional, toda la extensión del mar epicontinental y el zócalo continental adyacentes.

Finalmente, afirmó que en la explotación y vigilancia de las riquezas contenidas en su territorio marítimo, terrestre y aéreo, es obligación ineludible del Estado, darle su protección.

13. *Decreto-ley N° 117 de 27 de julio de 1948.*

Argumentando que la explotación científica de las riquezas naturales de los mares adyacentes a las costas continentales e insulares del territorio costarricense y de los ríos nacionales, es de vital interés, porque del adecuado aprovechamiento y conservación de tales riquezas se derivan beneficios generales para el país y el Continente Americano; y, que la explotación científica y la conservación de las riquezas naturales de nuestras aguas, solamente se puede lograr con el establecimiento de un organismo idóneo que la regule y controle, de conformidad con los principios y sistemas de la técnica moderna probada en países americanos de vasta experiencia en la materia, la Junta de Gobierno creó, en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Departamento de Conservación y pesca.

14. *Decreto-ley N° 803 del 2 de noviembre de 1949.*

Este nuevo Decreto-ley de la Junta de Gobierno, consideró que la protección y perpetuación de los recursos pesqueros, que existen en, sobre o bajo los mares contiguos a las costas continentales o insulares del territorio nacional, tanto aquellos ya descubiertos, como los que puedan serlo en lo futuro, pueden ser fomentadas por el mejoramiento de las medidas de conservación y por la cooperación internacional en el campo de la conservación.

También, afirmó esa Junta que los recursos pesqueros y los mineros existentes bajo el zócalo submarino, son de capital importancia para la Nación y el Estado como riqueza alimenticia e industrial y su explotación impropia resultará en perjuicio directo para los nacionales de Costa Rica y para la economía nacional y continental.

Añadiendo que el consenso internacional reconoce el derecho y la obligación de un Estado costero de fomentar la conservación de las pesquerías en alta mar, contigua a sus costas, de acuerdo con las condiciones peculiares de cada región y en armonía con los derechos e intereses privativos de cualquier otro Estado.

Siendo preciso —para llenar los fines citados— e indispensable que el Estado proclame una política relacionada con las pesquerías costeras en ciertas áreas de altamar y sus derechos en las riquezas bajo el zócalo submarino.

En este decreto-ley se ratifica que Costa Rica, por el decreto-ley N° 116, citado, no desconoce derechos de otros Estados sobre la base de reciprocidad; y, que de conformidad con este principio, se ha iniciado el proceso de celebración de tratados en los cuales preferentemente se contempla lo relacionado con la conservación, caza y pesca marítimas.

Además, este decreto-ley N° 803 eliminó del art. 1 del decreto-ley N° 116 la expresión (anteriormente destacada (...)) *conocidas o por conocer*. Con el objeto, como el mismo decreto-ley N° 803 precisa de que no se preste a "torcidas interpretaciones" el decreto-ley N° 116.

15. *Proyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión nombrada, al efecto, por la Junta de Gobierno.*

La comisión que nombró esa Junta, estuvo compuesta por las siguientes personas:

Licds. Fernando Volio Sancho, Fernando Baudrit Solera, Manuel Antonio González Herrán, Fernando Lara Bustamante, Rafael Carrillo Echeverría, Fernando Fournier Acuña, Rodrigo Facio Brenes, Eloy Morúa Carrillo y profesor Abelardo Bonilla Baldares.

Esta comisión trabajó durante siete meses en la confesión de este proyecto de Carta Magna⁸.

En el proyecto de la Comisión indicada no hay una norma expresa relativa al territorio nacional, lo cual es de suyo llamativo.

Como es sabido este proyecto fue desechado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, constituyéndose la Carta Magna de 1871 en la base de discusión para elaborar la nueva Carta Política de 1949.

16. *Constitución Política de 1949.*

Art. 5.

el territorio nacional está comprendido entre el mar Caribe, el océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá.

Los límites de la República son los que determina el Tratado Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888 con respecto a Nicaragua; y, el Tratado Echandi Montero-Fernández Jaén de 1 de mayo de 1941 en lo que concierne a Panamá.

La isla del Coco situada en el océano Pacífico, forma parte del territorio nacional.

Al respecto ilustra el Profesor Ismael Antonio Vargas Bonilla que esta Constitución de 1949 hace un agregado importante relativo a la Isla del Coco. Pudiendo decirse, expresa este constitucionalista, que el objetivo de este artículo fue introducir en el territorio nacional a la isla citada, ya que se encontraba en discusión el tema concerniente a la jurisdicción territorial de esa isla⁹.

⁸ Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo I. (San José. Imprenta Nacional, 1953, pp. 23 a 67).

⁹ Lecciones de Derecho constitucional (San José: Universidad de Costa Rica. 1964. pp. 76 y 77).

Agrega Vargas Bonilla que la Constitución Política de 1949, se anticipó a incluirla dentro de su marco territorial para tener mejor asidero en el caso de una discusión internacional. Puntualiza este profesor que el Gobierno ha descuidado mucho el ejercicio del derecho de posesión de la isla; añadiendo que tal vez si el Estado mantuviera una guarnición constante y tuviera ciertos servicios que den la sensación de que hay posesión constante y regular, no habría surgido esa controversia¹⁰.

Actualmente, la soberanía de Costa Rica sobre esa isla está perfectamente clara y aceptada internacionalmente; sin embargo, el estado de descuido y de abandono todavía prevalecen.

Ahora veamos lo que decía el artículo sexto de la Norma Fundamental de 1949.

Art. 6:

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.

este artículo hay que leerlo en relación al siguiente, que dice:

Art. 7:

(párrafo segundo)

Cualquier tratado o convención que tramite el Poder Ejecutivo referente a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de votos de una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto.

De acuerdo con esa disposición constitucional, el Estado de Costa Rica puede variar su configuración territorial y su organización política, cumpliendo los requisitos de este numeral manda.

También interesa llamar la atención acerca del punto relativo a que la supraseñalada modificación puede ser efectuada por una Asamblea Nacional Constituyente que se pronunciaría *ad hoc*; es decir, solo para discutir y aprobar esa importante variación.

Asimismo, se debe observar que la Carta Magna de 1949 modificó el criterio establecido por los decretos - leyes de 1948 y 1949, ya citados: aunque sin delimitar la anchura del mar territorial, sino valiéndose del expediente verbalizado en la expresión: "de conformidad a los principios del Derecho internacional". Y, estos principios indicaban, en esa época que ese mar era de tres millas náuticas.

¹⁰ Idem. 77 a 79. Para "ratificar" la posesión insular y discutir el futuro de ese pedazo de territorio costarricense, el Consejo de Gobierno —en marzo de 1978— sesionará en la Isla del Coco.

17. Resolución de las 14 horas y 30 minutos del 14 de diciembre de 1950. (Corte de Casación).

Los hechos de este juicio fueron los siguientes: el buque tanque "Esso de Nicaragua", de matrícula hondureña, totalmente cargado de gasolina de aviación, de automóviles y aceite navegaba el 24 de enero de 1949, a unas 31 millas al suroeste de la Isla Blanca (conocida como Cabo Blanco), procedente de Panamá y con destino al Golfo de Fonseca. A las 14 hrs. y 30 minutos de ese día, el buque pesquero "Milwaukee", imprudentemente, y lesionando las reglas de la navegación internacional, se le atravesó al buque tanque mencionado, golpeándolo en el centro mismo de su estructura.

El acusador señaló que le correspondía a los tribunales de Costa Rica conocer de ese hecho, en vista de que de conformidad con el decreto-ley N° 116 (ya conocido) de 27 de julio de 1948, el mar territorial de Costa Rica era de 200 millas náuticas.

La Resolución de la Corte de Casación de nuestro país afirmó que:

Considerando III:

este tribunal tiene por demostrado, con base en el informe pericial, de folio 97, no contradicho por las partes interesadas que la colisión de los barcos ocurrió en un punto del océano Pacífico distante a cuarenta y nueve mil setecientos sesenta y siete metros, equivalente a 30 millas con 93 centésimos, de Cabo Blanco, sitio más cercano de las costas nacionales.

Considerando IV:

El art. 6 de la Constitución Política vigente declara que el Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en sus aguas territoriales de acuerdo con los principios del Derecho internacional y con los tratados vigentes. Ante esa norma de nuestra Carta Política, por su propia naturaleza y el carácter de orden público que lleva implícito, ceden cualesquiera otras disposiciones legales relativas al punto concreto; en consecuencia, para determinar la extensión del mar territorial y con ella la jurisdicción de nuestros tribunales, ha de recurrirse a los aludidos principios de Derecho internacional, los cuales—, en esta materia bastante contravertida—de un modo muy general y universalizado, señalan las distancias de tres millas marinas desde la marea baja, como límite de las aguas territoriales, criterio que adopta esta Sala de acuerdo con el mandato constitucional antes referido.

Considerando V:

Resulta de la expuesta que el único motivo de estos autos ocurrió fuera de las aguas costarricenses y en tal virtud carecen nuestros tribunales de jurisdicción para su conocimiento.

Por tanto:

se declara con lugar la Casación; nulo el auto recurrido; en lo que proceden estas diligencias, se declara que los tribunales nacionales están inhibidos para conocer del delito cuya denuncia, a la presente causa por incompetencia de jurisdicción, por razón del territorio.

A) Criterio del Dr. José Luis de Azcárraga.

El tratadista español Dr. José Luis de Azcárraga en su libro La plataforma submarina y el Derecho internacional¹¹, efectuó un análisis crítico sobre la situación ya mencionada.

Este jurista español manifestó que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Costa Rica decidió el 14 de diciembre de 1950, que las aguas territoriales en concordancia con el art. 6 de la Constitución Política vigente (1949), del 8 de noviembre de ese año se extendían a tres millas marinas de la línea de la bajamar, según los principios de Derecho internacional; y, que lo procedente era afirmar que el decreto-ley N° 116 de 27 de julio de 1948, que tan amplia declaración de soberanía hacía sobre la plataforma continental y de protección estatales sobre un mar de 200 millas, ha quedado sin vigencia o valor.

Sin duda el jurista español tuvo razón en afirmar lo anterior ya que en esa época un país pequeño, (sin flota ni defensa marina) no podía, efectivamente, hacer una declaratoria de 200 millas náuticas de mar territorial. Por ello Costa Rica enmendó su criterio mediante la promulgación de la Corte Fundamental de 1948. Precisamente, en el contexto de la guerra civil de 1948 se puede entender que los miembros de la Junta de Gobierno emitieran decretos-leyes al respecto, en vista de que la euforia del triunfo no les permitió ver el horizonte internacional que no admitiría tal anchura para dicho mar.

18. Decreto Ejecutivo N° 2203 de 10 de febrero de 1972.

El Presidente José Figueres y su Ministro de Relaciones Exteriores, Gonzalo Facio, firmaron este Decreto, que a la letra dice lo siguiente:

1º) Que de conformidad con el enunciado del art. sexto de la Constitución Política de Costa Rica, el Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en sus aguas territoriales y plataforma continental de acuerdo con los principios del Derecho internacional y con los tratados vigentes.

¹¹ La plataforma submarina y el Derecho internacional (Madrid: Ministerio de la Marina. 1952, p. 120).



2º) Que no existe en la actualidad ningún tratado internacional que de manera general fije la anchura de las aguas territoriales.

3º) Que la prevención del orden, defensa y seguridad del país, lo mismo que la exigencia de asegurar a las naciones una zona exclusiva de pesca y explotación de los recursos del mar, imponen la necesidad y conveniencia de fijar expresamente los límites de nuestras aguas territoriales.

4º) Que la regla tradicional de las tres millas para el mar territorial no está ya considerada como una norma vigente de Derecho internacional, siendo además insuficiente para asegurar el cumplimiento de los objetivos antes expuestos.

5º) Que la extensión de doce millas para las aguas territoriales es la que cuenta actualmente con la adhesión de un mayor número de Estados, lo que revela que corresponde a un principio aceptado de Derecho internacional.

Por tanto:

de conformidad con las normas contenidas en el artículo sexto de la Constitución Política y en ejercicio de las atribuciones que el artículo 140, incisos 12) y 16) de la misma constitución Política asignan al Poder Ejecutivo ¹²,

Decretan, hacer la siguiente Declaración:

Artículo 1º)—Costa Rica ejercerá su soberanía completa y exclusiva en sus aguas territoriales hasta una distancia de 12 millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas.

Artículo 2º)—Igual anchura y línea de base tendrá el mar territorial correspondiente a la Isla del Coco en el Océano Pacífico.

Artículo 3º)—La presente Declaración no afecta el derecho de paso inocente de los buques de todas las naciones conforme a las normas de Derecho internacional.

Artículo 4º)—Esta Declaración rige a partir del quince de febrero de mil novecientos setenta y dos.

¹² Esta Declaración se publicó en La Gaceta N° 38 de 24 de febrero de 1972. Art. 140: son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: inc. 12) dirigir las relaciones internacionales de la República; 16) disponer de la fuerza pública para preservar el orden, defensa y seguridad del país.

Los aspectos relevantes de este Decreto del Poder Ejecutivo (en su órgano "Presidente-Ministro") ¹³ pueden ser, entre otros, éstos:

i) se establecen las 12 millas como mar territorial, en el cual el Estado costarricense ejerce la soberanía "completa y exclusiva".

Debido a los problemas que plantea el Derecho del mar contemporáneo se tiende a hablar de soberanía "completa y exclusiva" y de "derechos soberanos", en lo referente al mar patrimonial o zona económica exclusiva. Así, pues, frente a la tesis tradicional de la soberanía en términos de globalidad, unitaria, total, plena, exclusiva y completa, se acuña el concepto de "derechos de soberanía" que es una forma de eufemismo para indicar que no se está haciendo relación a la soberanía integral y plena, sino a la soberanía parcial; pero, para no entrar en este terreno que propone una soberanía mutilada, parcial y sectorizada, se indica el término de "derechos soberanos". El cual relativiza la soberanía.

Lo cierto de la situación es que la realidad política, social, económica (nacional e internacional) es la que precisa los conceptos y no al revés. De conformidad con esto hay que decir que el concepto clásico, tradicional y originario de la soberanía en términos absolutos y plenos, (en su contexto histórico) da paso a definiciones nuevas de ese término al tenor de los cambios en la realidad global. Por ello, debe entender que el concepto de soberanía se relativiza y se acomoda a las necesidades y requerimientos del Derecho internacional, en su rama marítima.

ii) Ese mar territorial de 12 millas náuticas se establece para la zona perteneciente al Continente Americano, como para la isla denominada "del Coco", que de acuerdo con la nomenclatura propia es una isla continental (en contraste con las islas de alta mar).

iii) Esa Declaración del Estado de Costa Rica, emitida mediante un Decreto Ejecutivo, reconoce el llamado "paso inocente" de naves del mar y del aire, en lo referente a naves no militares, sino comerciales o civiles.

¹³ Es conocida en materia de figuras organizativas la tesis que sostiene que un Poder de la República está compuesto por varios órganos; en este sentido, cada Poder Público es "órgano de órganos". Así, el Poder Ejecutivo está compuesto de estos órganos: Presidente de la República (cuyos deberes y atribuciones se encuentran en el art. 139 de la Carta Magna), Presidente y su respectivo Ministro (art. 140 de la Constitución Política) y el Consejo de Gobierno, formado por el Presidente de la República y todos sus Ministros, bajo la presidencia del primero (art. 147. Asimismo se pueden ver los numerales 148 a 151 de esa Carta). Es importante recordar el art. 146 de la Constitución Política, que dice: el nombramiento y la remoción de los Ministros tiene como único requisito la firma del Presidente de la República. A su vez, el párrafo primero de ese numeral manda que los decretos, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo, requieren para su validez, las firmas del Presidente de la República y del Ministro del ramo y, además, en los casos que esta Constitución establece, la aprobación del Consejo de Gobierno.

2º) Que no existe en la actualidad ningún tratado internacional que de manera general fije la anchura de las aguas territoriales.

3º) Que la prevención del orden, defensa y seguridad del país, lo mismo que la exigencia de asegurar a las naciones una zona exclusiva de pesca y explotación de los recursos del mar, imponen la necesidad y conveniencia de fijar expresamente los límites de nuestras aguas territoriales.

4º) Que la regla tradicional de las tres millas para el mar territorial no está ya considerada como una norma vigente de Derecho internacional, siendo además insuficiente para asegurar el cumplimiento de los objetivos antes expuestos.

5º) Que la extensión de doce millas para las aguas territoriales es la que cuenta actualmente con la adhesión de un mayor número de Estados, lo que revela que corresponde a un principio aceptado de Derecho internacional.

Por tanto:

de conformidad con las normas contenidas en el artículo sexto de la Constitución Política y en ejercicio de las atribuciones que el artículo 140, incisos 12) y 16) de la misma constitución Política asignan al Poder Ejecutivo¹²,

Decretan, hacer la siguiente Declaración:

Artículo 1º)—Costa Rica ejercerá su soberanía completa y exclusiva en sus aguas territoriales hasta una distancia de 12 millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas.

Artículo 2º)—Igual anchura y línea de base tendrá el mar territorial correspondiente a la Isla del Coco en el Océano Pacífico.

Artículo 3º)—La presente Declaración no afecta el derecho de paso inocente de los buques de todas las naciones conforme a las normas de Derecho internacional.

Artículo 4º)—Esta Declaración rige a partir del quince de febrero de mil novecientos setenta y dos.

¹² Esta Declaración se publicó en La Gaceta N° 38 de 24 de febrero de 1972. Art. 140: son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: inc. 12) dirigir las relaciones internacionales de la República; 16) disponer de la fuerza pública para preservar el orden, defensa y seguridad del país.

Los aspectos relevantes de este Decreto del Poder Ejecutivo (en su órgano "Presidente-Ministro")¹³ pueden ser, entre otros, éstos:

i) se establecen las 12 millas como mar territorial, en el cual el Estado costarricense ejerce la soberanía "completa y exclusiva".

Debido a los problemas que plantea el Derecho del mar contemporáneo se tiende a hablar de soberanía "completa y exclusiva" y de "derechos soberanos", en lo referente al mar patrimonial o zona económica exclusiva. Así, pues, frente a la tesis tradicional de la soberanía en términos de globalidad, unitaria, total, plena, exclusiva y completa, se acuña el concepto de "derechos de soberanía" que es una forma de eufemismo para indicar que no se está haciendo relación a la soberanía integral y plena, sino a la soberanía parcial; pero, para no entrar en este terreno que propone una soberanía mutilada, parcial y sectorizada, se indica el término de "derechos soberanos". El cual relativiza la soberanía.

Lo cierto de la situación es que la realidad política, social, económica (nacional e internacional) es la que precisa los conceptos y no al revés. De conformidad con esto hay que decir que el concepto clásico, tradicional y originario de la soberanía en términos absolutos y plenos, (en su contexto histórico) da paso a definiciones nuevas de ese término al tenor de los cambios en la realidad global. Por ello, debe entender que el concepto de soberanía se relativiza y se acomoda a las necesidades y requerimientos del Derecho internacional, en su rama marítima.

ii) Ese mar territorial de 12 millas náuticas se establece para la zona perteneciente al Continente Americano, como para la isla denominada "del Coco", que de acuerdo con la nomenclatura propia es una isla continental (en contraste con las islas de alta mar).

iii) Esa Declaración del Estado de Costa Rica, emitida mediante un Decreto Ejecutivo, reconoce el llamado "paso inocente" de naves del mar y del aire, en lo referente a naves no militares, sino comerciales o civiles.

¹³ Es conocida en materia de figuras organizativas la tesis que sostiene que un Poder de la República está compuesto por varios órganos; en este sentido, cada Poder Público es "órgano de órganos". Así, el Poder Ejecutivo está compuesto de estos órganos: Presidente de la República (cuyos deberes y atribuciones se encuentran en el art. 139 de la Carta Magna), Presidente y su respectivo Ministro (art. 140 de la Constitución Política) y el Consejo de Gobierno, formado por el Presidente de la República y todos sus Ministros, bajo la presidencia del primero (art. 147. Asimismo se pueden ver los numerales 148 a 151 de esa Carta). Es importante recordar el art. 146 de la Constitución Política, que dice: el nombramiento y la remoción de los Ministros tiene como único requisito la firma del Presidente de la República. A su vez, el párrafo primero de ese numeral manda que los decretos, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo, requieren para su validez, las firmas del Presidente de la República y del Ministro del ramo y, además, en los casos que esta Constitución establece, la aprobación del Consejo de Gobierno.

19. Decreto Ejecutivo N° 2204 del 10 de febrero de 1972.

La motivación de este Decreto, firmado por el Presidente Figueres y el Ministro de Relaciones Exteriores, sostuvo lo que a continuación se lee:

Primero: que por medio de los Decretos-Leyes N° 116 de 27 de julio de 1948 y N° 803 de 2 de noviembre de 1949, se proclamó los derechos e intereses de Costa Rica sobre los mares adyacentes a su territorio en la extensión necesaria para proteger, conservar y aprovechar los recursos naturales, quedando bajo la vigilancia del Gobierno de Costa Rica, la pesca y la caza marítima que se practiquen en dichos mares, con el objeto de evitar que una explotación inadecuada o irracional de sus recursos perjudique a los nacionales, a la economía de la Nación y al Continente Americano.

Segundo: que de conformidad con esos mismos Decretos-leyes, la demarcación de las zonas de protección de la pesca y caza marítimas sobre las cuales ejercerá jurisdicción el Gobierno de Costa Rica, será hecha cada vez que el Gobierno lo crea conveniente estableciendo la localización y anchura de tales zonas.

Tercero: que desde la oportunidad en que se dictaron los Decretos-leyes referidos anteriormente, ha aumentado considerablemente el número de países que han proclamado su soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas de sus mares adyacentes, con el objeto de asegurar la utilización económica de sus recursos naturales en beneficio del desarrollo de sus pueblos, especialmente numerosos países de América que han ido conformando una respetable Doctrina Regional al respecto.

Cuarto: que existe en la actualidad una actividad importante de pesca del atún y otras especies marinas en zonas adyacentes a nuestro territorio en el Océano Pacífico, así como actividades de pesca y caza susceptibles de desarrollo en zonas adyacentes al mar Caribe en nuestro litoral oriental, que el Gobierno tiene en proyecto estimular al máximo con el fin de que los recursos del mar lleguen a constituir una fuente substancial de alimentos para la población del país y de materias primas para su futuro desarrollo industrial.

Quinto: que es deber ineludible de los Gobiernos preservar los recursos naturales existentes en sus mares adyacentes a fin de asegurar su racional explotación en beneficio exclusivo del desarrollo de sus pueblos, con el justo propósito de amenguar las notorias diferencias que existen entre los Estados del mundo.

A esas consideraciones, siguió el Decreto, el cual afirmó lo siguiente:

Artículo 1°—el Gobierno de Costa Rica ejercerá una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en la extensión necesaria para proteger, conservar y aprovechar en beneficio exclusivo del desarrollo de su pueblo los recursos y riquezas naturales existentes en las correspondientes zonas de lo que se denomina mar patrimonial.

Artículo 2°—en el ejercicio de esa jurisdicción especial, el Gobierno de Costa Rica ejercerá actividades de protección y conservación de la pesca y la caza marítimas y normará la utilización de los demás recursos naturales existentes en las zonas adyacentes a nuestras aguas territoriales, tanto en el Océano Pacífico como en el mar Caribe.

Artículo 3°—el mar patrimonial de Costa Rica se fija en una extensión de doscientas (200) millas, a partir de la línea de baja marea a lo largo de sus costas, e incluyéndose dentro de él el mar territorial fijado por la ley.

Artículo 4°—los extranjeros serán admitidos a participar en la pesca y caza marítimas y en la utilización y explotación de los demás recursos naturales existentes en la zona de mar patrimonial sobre el que Costa Rica ejerce su jurisdicción especial, de conformidad con las disposiciones legales que oportunamente se dicten, fijando las condiciones en que dicha participación habrá de beneficiar el desarrollo económico de la nación.

Artículo 5°—la jurisdicción especial de Costa Rica sobre las aguas ayacentes a sus mares territoriales, no menoscabará en ningún otro aspecto, el régimen de alta mar que de acuerdo con las convenciones vigentes corresponde a dichas zonas.

Artículo 6°—tampoco afectará dicha jurisdicción especial sobre el mar patrimonial, los derechos de otras naciones provenientes de tratados internacionales que Costa Rica tenga celebrados con los Estados que sean partes, respecto a la conservación y explotación de especies marinas, en lo que a tales especies se refiera. En estos casos, se estará a lo que dispongan los tratados.

Artículo 7°—este Decreto rige a partir del 15 de febrero de 1972.

(Decreto fue publicado en La Gaceta N° 38 de 24 de febrero de 1972).

Este Decreto establece el *mar patrimonial* de 200 millas náuticas, que incluye el mar territorial de 12 millas marítimas. De ahí se deduce, obviamente, que la zona del mar que excluye el mar territorial y se denomina, propiamente, mar patrimonial es de 188 millas náuticas.

En esas 188 millas marítimas, Costa Rica ejerce una jurisdicción especial; no, la soberanía completa y exclusiva, sino un conjunto de derechos soberanos.

20. *Importancia de los Decretos del Poder Ejecutivo*, Nos. 2203 y 2204.

En vista de la próxima III Conferencia del Mar que se celebraría en Caracas, el Gobierno de Costa Rica, probablemente, quiso asistir a esta III Conferencia con una posición certera y firme de tipo jurídico; y, con una normativa propia en el Ordenamiento Jurídico costarricense que le sirviera de carta de presentación ante dicha reunión.

Lo curioso de la situación es que nuestro país innova el citado Ordenamiento por medio de Decretos del Poder Ejecutivo; y, no mediante leyes reforzadas emanadas del Poder Legislativo, en la medida en que lo relativo a la soberanía al territorio nacionales, es un campo reservado al Poder Constituyente, ya sea operando en una Asamblea Legislativa o en una Asamblea Nacional Constituyente.

No solo esto fue lo llamativo de la situación apuntada, sino también, el hecho de que la reforma —de 1975— a la Carta Magna en lo referente al artículo sexto, tuvo, como lo analizaremos, aspectos dignos de ser comentados.

21. *Reforma al artículo sexto de la Constitución Política de 1949.*

A) *Posición del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

En la *Memoria* de 1975, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Dr. Gonzalo Facio Segreda¹⁴, dice que el 3 de junio de 1974 “cuando me preparaba para asistir a la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar”, se sometió a la Asamblea Legislativa, el siguiente proyecto de ley¹⁵:

“La mayoría de los países democráticos de América Latina se han preocupado —hasta ahora positivamente— por incorporar a sus Cartas Constitucionales, el dominio jurídico y político de sus aguas territoriales hasta doscientas millas aguas adentro a partir de sus costas. En definitiva, una reforma constitucional en ese sentido reafirma las Protestas Soberanas de nuestros pueblos, haciéndolos

¹⁴ Memoria de la Administración Oduber, del Ministerio de Relaciones Exteriores, (1975), pp. 161 a 175.

¹⁵ Memoria, ídem., pp. 171 a 173.

dueños de su propia riqueza marina y brindándoles la seguridad jurídica internacional necesaria a su desarrollo libre e independiente.

Conforme a lo expuesto, proponemos que el artículo sexto de la Constitución Política se reforme de manera que queden claramente definidos los límites de las aguas territoriales, en los términos siguientes:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, etc...

Decreta

Artículo único: refórmase el artículo sexto de la Constitución Política, de modo que sea lea 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”.

Una vez que el Canciller Facio regresó de Caracas fue a la Asamblea Legislativa para exponer verbalmente su punto de vista.

El mismo, en su Memoria, citada, hizo este esquema:

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 sea delimitación.
2. Cuando se trata de fijar las fronteras de un Estado en la tierra firme, el acto es generalmente bilateral.
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 la titular de los derechos de la alta mar.
4. Como la Comunidad Internacional no tiene personería particular 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 sexto 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.
7. El artículo sexto de la Constitución Política 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 lo que interesa, ese 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 solo el Estado ribereño dispone de competencia para hacerla, en cambio, la validez de la delimitación frente a otros Estados procede del Derecho Internacional”.

8. Cuando no existen un régimen de Derecho, se impone la ley del más fuerte; la ley de la fuerza.
Precisamente, el Derecho trata de sustituir la fuerza por la razón y el entendimiento —en este caso— entre los Estados.
9. Mientras más débil es un país, más necesita del Derecho internacional. Por ello, Costa Rica requiere de este Derecho.
10. El mar territorial es parte del territorio nacional. Está justificado por las exigencias de conservación y seguridad del Estado ribereño; y, por lo tanto, sobre ese mar se prolonga la vigilancia policial, fiscal, sanitaria y aduanera, así como todo el régimen jurídico del Estado ribereño. 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. Se permite, excepcionalmente, el “paso inocente” de embarcaciones.
11. Con el fin de 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 náuticas el mar territorial. Basta reconocer una jurisdicción especial del Estado ribereño sobre los recursos naturales (renovables y 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, denominado mar patrimonial.

Aquí hay que hacer la aclaración, a lo que expresa la citada Memoria de 1975, que el mar territorial tiene una anchura de 12 millas;

y, el mar patrimonial, a su vez tiene una anchura de 188 millas náuticas. Sumadas ambas distancias, de la cantidad conocida de 200 millas marítimas (confrontar págs. 167 y 168 de esta Memoria). En la pág. 168, citada, la situación queda bien clara, con respecto a estos últimos números señalados.

Sigue diciendo la indicada Memoria que en el mar patrimonial, el Estado ribereño ejerce una jurisdicción especial sobre sus recursos naturales renovables y no renovables; pero, en esta zona de 188 millas náuticas, los demás Estados ejercen la libre navegación y el tendido de cables y tuberías submarinas, como si se tratara de la alta mar.

B) Dictamen unánime afirmativo de la Comisión parlamentaria.

Esta comisión de la Asamblea Legislativa, rindió recomendando, unánimemente, que se leyera la reforma de este modo:

“Artículo 6.—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 doscientas 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”.

Este dictamen lo dio la comisión especial parlamentaria, el día 11 de julio de 1974.

C) Respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores.

Al respecto, el Dr. Gonzalo Facio, como Ministro de Relaciones Exteriores, manifestó a la Asamblea Legislativa, que no estaba de acuerdo conque —entre otras cosas— se hubiere recomendado por la indicada comisión especial que las medidas del mar territorial y del mar patrimonial se dieran en términos de un mínimo de 12 millas y de 188, respectivamente; ya que, más bien esas medidas eran máximos, y nunca mínimos, ya que “nadie ha pretendido superar ese límite”.

Argumentado —el Dr. Facio— que Costa Rica planteó en Caracas (1973: III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) 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 de 1958. Precisamente, añade Facio, 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 o fondos abismales.

Por este motivo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, sometió a la Asamblea Legislativa esta nueva redacción-propuesta de la reforma al artículo sexto, indicado:

Artículo sexto: 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 náuticas 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 o 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 explorar, conservar y explotar, 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 tratados¹⁵ bis.

D) Ley N° 5579 de 24 de setiembre de 1974; y N° 5699 de Junio de 1975.

Finalmente, la Asamblea Legislativa, emitió esta ley N° 5579, mediante la cual, el artículo sexto de nuestra Carta Magna, se lee así:

“El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio 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”.

E) Comentario del Ministro de Relaciones Exteriores a la Ley N° 5579.

La ratificación legislativa a esa ley N° 5579 de 24 de setiembre de 1974, fue dada por Ley N° 5699 de 5 de junio de 1975.

¹⁵ bis Memoria. idem., pp. 171 a 173.

Con respecto a la forma en que se promulgó esa reforma, el Dr. Facio Segreda manifestó que aun cuando en lo que se refiere al mar territorial y a la zona económica o mar patrimonial, no se adoptó la fórmula propuesta por él —que fija las 12 y las 200 millas náuticas, como un máximo— al menos se eliminó la pretensión de que tales medidas constituyeran un mínimo. Se las fijó en 12 y 200 millas marítimas, respectivamente; pero, en cada caso, se dijo que la medida sería “de acuerdo con los principios del Derecho internacional”. Y, como —puntualiza el Canciller Facio— 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 a 200 millas marítimas, correspondientemente, sino una anchura máxima para el mar territorial y para el mar patrimonial o zona económica exclusiva, entonces, habrá que interpretar el artículo sexto —reformado— en la única manera compatible con los principios del Derecho internacional y con las realidades geográficas. Es decir, que se debe entender que la anchura fijada en el artículo sexto, citado, será de hasta (anchura máxima) de 12 millas náuticas para el mar patrimonial y de hasta 200 millas para el mar patrimonial (sic)¹⁶.

De nuevo ha de aclararse que la interpretación que nos parece más adecuada es la siguiente: el mar territorial tiene una anchura máxima de 12 millas; y, el mar patrimonial, posee una anchura máxima de 188 millas náuticas, a partir de la línea que el artículo sexto de la Carta Magna señala. En otras palabras, el mar patrimonial es el adyacente al mar territorial. Y el mar jurisdiccional del Estado ribereño costarricense tiene una anchura de 200 millas marítimas.

Ese mar jurisdiccional del Estado ribereño presenta dos clases de jurisdicciones: la soberanía, propiamente dicha, que se ejerce en el mar territorial; y, los derechos soberanos específicos, ejercitados en el mar patrimonial.

Como se desglosa fácilmente, la reforma de los diputados estipuló una medida fija (12 y 200 millas náuticas); y, ambiguamente indicada, porque la jurisdicción especial (o, mar patrimonial, de acuerdo con lo expuesto por el Dr. Facio) debe tener una anchura de 188 millas náuticas. Por ello, este artículo, todavía, requiere de una reforma, cual es la de señalar con precisión que las citadas medidas son máximas y no fijas.

Por esa razón la reforma de ese artículo sexto de la Constitución Política debe expresarse así:

Artículo sexto:

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales a una distancia máxima 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

¹⁶ Memoria, Ibidem.

de acuerdo con los principios del Derecho internacional.

Ejercerá, además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio a una extensión máxima de ciento ochenta y ocho millas a partir del punto adonde terminen las 12 millas que comprende el mar territorial; 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.

III. ASPECTOS RELATIVOS A LA DEFINICION.

Acerca de la plataforma continental se han dado varias definiciones. Comenzaremos este punto de la cuestión tratada aquí, con la forma en que quedó conceptualizada esa plataforma en la Convención de Ginebra de 1958.

1. Enfoque jurídico.

A) Convención de Ginebra de 1958.

Por plataforma continental se entienden estas dos cosas:

- a) el lecho del mar y el subsuelo de las zonas 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 zonas; y,
- b) el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de las islas.

Los criterios que se aplican en esta definición son el de la profundidad (200 metros) y el de la explotabilidad de los recursos naturales.

Como bien señala el Dr. Facio, la Conferencia de Ginebra adoptó ese doble criterio: el batimétrico; y, el de explotabilidad. Agregando que, se estimó que el criterio de profundidad (o batimétrico) sería injusto para los Estados que tienen una plataforma muy estrecha. Y, se indicó que 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, a aquellos Estados que geográficamente son diferentes, aunque con ello, se violentara el concepto geofísico de la plataforma.

El Canciller sigue explicando al respecto, que si el concepto geofísico de la plataforma continental hace que ésta sea parte del territorio del Estado ribereño que está sumergida (de ahí el otro nombre de plataforma submarina), pero que geológicamente tiene su misma formación

(o, composición), que a su vez es bien distinta de la de los fondos marinos y oceánicos propiamente dichos, la extensión jurídica de la citada plataforma no puede ser mayor que su extensión geofísica, que comprende el declive, el talud y la emergencia continentales, y que termina cabalmente, al borde exterior de la emergencia.

Para el Ministro Facio, la solución justa para los países de plataforma estrecha, la encontramos en el concepto del mar patrimonial o zona económica exclusiva¹⁷.

Este punto de vista del Canciller Facio nos parece pertinente a la situación actual del Derecho del Mar.

Ese criterio de la Conferencia de Ginebra favorece a las grandes potencias del mar, ya que aplicando el punto de vista de la explotabilidad, precisamente son esas potencias científicas y técnicas las que pueden llevar a cabo la explotación de los mares hasta donde el desarrollo de su tecnología les permita; por supuesto, que los países mayoritarios del Orbe, subdesarrollados —también en la tecnología de la explotación de los bienes del mar— quedan a merced de las naciones ricas y fuertes (también, en este renglón de la indicada tecnología).

Como luego se comprobará esa Conferencia de Ginebra fue un instrumento más de explotación en manos de las potencias del mar.

B) Comité Jurídico Interamericano.

Por Resolución de 9 de febrero de 1973, dicho comité, definió de esta forma la citada plataforma:

“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 abismales.”

Con referencia a este aspecto, señala Facio que aun cuando la noción de *adyacencia* puede calificar el criterio de *explotabilidad* como límite de la plataforma analizada, 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. Ello en vista de lo anteriormente dicho; o sea, que a medida que avanzan los conocimientos técnicos oceanográficos, más profundamente se pueden explotar los fondos marinos. Y, si se acepta que la indicada plataforma llega hasta donde la

¹⁷ FACIO SEGREDA, Gonzalo. Nuestra voz en el mundo (San José: Imprenta Trejos S.A. 1977, pp. 99 a 101). Este libro recoge algunos aspectos de las Memorias preparadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, durante las Administraciones de los Presidentes Figueres y Oduber —1970 a 1978—, hasta la Memoria de 1975, inclusive. Recordemos que Facio fue el Canciller de Costa Rica durante el Gobierno de Figueres y de Oduber.

profundidad de las aguas *suprayacentes* permita su explotabilidad, resultaría que para las grandes potencias no habría límite para explotarlas; y, por tanto, podrían esas grandes potencias, considerar como su plataforma no solamente la que *geomorfológicamente* tiene esas características, sino, también, todos los fondos marinos que se extiendan frente a sus costas. De esta suerte, conforme se desarrolla la técnica de la explotación submarina —que nada más poseen los países ricos o desarrollados— retrocedería el espacio de los fondos marinos y oceánicos internacionales, que deben ser patrimonio común de toda la Humanidad, manifiesta —certeramente— el Dr. Facio¹⁸.

C) Comité de los fondos marinos.

Colombia, Venezuela y México presentaron un proyecto de artículos de tratado sobre derecho del mar (en 1974), en cuyo numeral 13 se dice lo siguiente:

Por plataforma continental se entiende:

- a) *el lecho del mar y el subsuelo de las zonas marinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera del mar territorial, hasta el borde exterior de la emersión continental que limita con la cuenca oceánica o fondos abismales.*
- b) *El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas a las costas de islas.*

El Dr. Facio expresa que nuestro país apoya esa definición¹⁹

Lo que sirve de límite a las potencias marinas, en cuanto a su plataforma continental, es el borde exterior de la emersión continental que limita con la cuenca oceánica o fondos marinos.

En esa definición no se toman en cuenta los criterios de *explotabilidad* ni el de la *profundidad*, sino el de las *características geomorfológicas*, que es más favorable a los países subdesarrollados.

D) Conferencia Especializada Interamericana.

En la capital de la República Dominicana se reunió esa conferencia en 1956, definiendo la plataforma en cuestión de la siguiente manera:

“el lecho del subsuelo de la plataforma submarina, zócalo continental o insular u otras áreas submarinas adyacentes al Estado

¹⁸ Memoria de 1975, op. cit., pp. 152 y 153.

¹⁹ Memoria de 1975, ídem., pp. 153 y 154.

ribereño, fuera de la zona del mar territorial y hasta una profundidad de 200 metros o hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes, más allá de este límite, permita la explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo, pertenecen exclusivamente a dicho Estado y están sujetos a su jurisdicción y control”²⁰.

Esta definición es bastante similar a la que la Conferencia de Ginebra, en 1958, dará; pues, se combinan los criterios de profundidad y de explotabilidad.

Ya se ha hecho la crítica a esos criterios que tienden a favorecer a los países más desarrollados en materia de tecnología marítima.

2) Concepto oceanográfico.

Los oceanógrafos no están de acuerdo acerca de una definición aceptable, desde su perspectiva científica. Se ha dicho —con respecto al concepto que examinamos— que es la plataforma el plano poco inclinado al extremo de la cual empieza una caída rápida hacia las grandes profundidades²¹.

Con respecto a este concepto, expresa LOPEZ que la noción oceanográfica tiene orígenes remotos y se fue delineando poco a poco por medio de las observaciones que los marinos iban haciendo sobre los caracteres particulares que presentaba el mar hasta cierta distancia de las costas.

Desde su punto de vista, los topógrafos y los oceanógrafos, han establecido que no hay una ruptura brutal entre la estructura morfológica de los continentes y la de los mares; y, que hay una continuidad entre el relieve continental y el submarino. Así, la tierra se prolonga —más o menos— bajo el mar por partes sumergidas que forman el zócalo de los continentes.

Por regla general, existe a lo largo de las costas una zona recubierta por aguas poco profundas, cuya pendiente media es, relativamente, escasa en comparación con los grandes fondos submarinos. Los oceanógrafos han establecido los siguientes porcentajes de profundidad de las aguas:

metros	% de inclinación
de 0 a 200	7,6
de 200 a 1.000	4,3
de 1.000 a 2.000	4,2
de más de 2.000	83,9

²⁰ LOPEZ Z., Rubén Darío. El mar territorial, la plataforma continental y el diferendo colombo-venezolano (Bogotá: Revista Estudios de Derecho Nos. 89-90, marzo-setiembre de 1976, p. 67).

²¹ Apud LOPEZ Z., p. 70.

El llamado *talud continental*, empieza a formarse a partir de los 200 metros de profundidad, y marca el límite entre la *plataforma continental* y las grandes profundidades submarinas.

Por supuesto, que no es en todo mar que el talud empieza a los 200 metros de profundidad de las aguas. Se trata, pues, de un término medio.

A pesar de todos los esfuerzos hechos por los geólogos, oceanógrafos y biólogos marinos, no se ha podido llegar a una definición —generalmente— aceptada acerca de la plataforma continental, tal y como quedó demostrado en el documento presentado por los expertos, en este campo, a la Conferencia de Ginebra de 1958. Existe disparidad de criterio en lo que concierne a la morfología, orígenes, estructura y límites de dicha plataforma ²².

3) Tesis del privilegio geográfico.

LOPEZ, de nacionalidad colombiana, expone lo que entiende por el criterio del *privilegio geográfico*.

Según este criterio, la plataforma continental se podría delimitar de conformidad con esa tesis.

De acuerdo con esa postura, los países del Mar Mediterráneo, tienen una configuración geográfica que no permite extender su mar territorial, ya que perjudicaría a otros países. Pero, en el caso de Argentina, Chile y Perú, por ejemplo, es posible que sostengan su criterio de que su respectivo mar territorial debe tener 200 millas náuticas, ya que el país enfrente más cercano está en Australia, distante a más de 12,000 millas marítimas. Y, que por este motivo, no puede existir una norma única y absoluta para todos los países del mundo con relación al mar territorial y su correspondiente anchura. En otras palabras, el Derecho internacional debiera establecer esa anchura del mar territorial por zonas, siguiendo la tesis citada del *privilegio geográfico*, que tomaría en cuenta las distancias reales entre los países, dejando siempre una zona de mar abierto.

En lo que concierne a los Estados con costas adyacentes, situados en estrechos, etc., se debe considerar el criterio generalizado de que la solución viene dada por los tratados que se firmen, por los Estados interesados y afectados directamente, como partes.

En defecto de esos tratados las líneas geométricas aceptadas, por el Derecho internacional, se tendrían como solucionadoras de tales conflictos entre países ²³.

Lo que se podría comentar con relación a esta tesis del criterio del *privilegio geográfico* es que el concepto de *zona económica exclusiva* o *mar patrimonial* puede ser una solución más apropiada al problema

²² Apud LOPEZ, pp. 69 a 71.

²³ LOPEZ, op. cit., pp. 60 a 67.

planteado por el *mar adyacente* al *mar territorial*, conocido también como zona adyacente o contigua al mar territorial.

IV. ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA O MAR PATRIMONIAL.

(Este concepto bien puede ser una solución más idónea al mar adyacente al mar territorial.

Esta zona no se extenderá a más de 200 millas náuticas, desde la misma línea de base que sirve para medir el mar territorial.

El Estado ribereño gozará de derechos de soberanía para explotar y explorar los recursos naturales de esa zona; y, para proteger y administrar los recursos vivos, a la vez que tendrá jurisdicción sobre la investigación científica y la preservación del medio marino.

En relación a esta zona, se sostiene que todos los Estados gozarán de libertad de navegación y de aeronavegación; y, la libertad de tender cables y tuberías submarinas.)

Respecto a las *pesquerías*, el Estado ribereño decidirá el volumen de capturas de recursos vivos admisible en su zona económica exclusiva. Además, garantizará, por medio de medidas adecuadas de conservación y administración, que los recursos vivos de esa zona no se pondrán en peligro por una explotación excesiva.

Asimismo, el Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos de su zona dicha; y, determinará su capacidad de explotar tales recursos. En el caso de que el Estado ribereño no tenga capacidad para pescar toda la captura permisible, podrá autorizar a otros Estados el acceso a esos recursos mediante acuerdos correspondientes.

En lo que respecta a los Estados sin litoral o que se encuentren en situación geográfica desventajosa, tendrán derecho a participar sobre una base equitativa en la explotación de los recursos vivos de las zonas de los Estados vecinos, en condiciones que se establecerán mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales ²⁴.

1) Relación entre la zona económica exclusiva o mar patrimonial y la plataforma continental.

Lo que interesa destacar aquí es que frente al problema configurado por la plataforma continental y sus criterios de profundidad, explotabilidad de recursos y mera extensión —como elementos de delimitación—, el concepto de *mar patrimonial* o *zona económica exclusiva*,

²⁴ El Derecho del mar. Documentos y antecedentes. Tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar. Cuarto período de sesiones. Nueva York: 15 de marzo a 7 de mayo de 1976. Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas, 1976, pp. 14 y 15.

parece ser una solución más adecuada a la problemática constituida por el mar territorial o zona contigua a este mar.

Si el criterio de *profundidad* no es del todo idóneo para definir la citada plataforma porque no todos los países tienen una plataforma igual o similar, sino, más bien, existen plataformas disímiles por su configuración geomorfológica y oceanográfica, entonces, tal criterio debe ser rechazado como denominador común del concepto de plataforma continental.

En lo referente al criterio de explotabilidad de los recursos naturales en la plataforma continental, este punto de vista favorece a los Estados desarrollados científica y técnicamente en materia marítima (las conocidas potencias del mar); y, perjudicaría a los países (mayoritarios) del Globo, carentes de recursos técnicos de explotación de los bienes del mar. Por tanto, este criterio tampoco puede ser aceptado para delinear el concepto de la comentada plataforma.

El criterio genérico de la *extensión*, es mucho más amplio porque simplemente enuncia que la plataforma submarina debe tener una extensión acorde con las necesidades de explotación de recursos naturales del mar, la posibilidad real de efectuar esa explotación por el Estado ribereño, por un lado; y, por otro, comprender desde donde termina el mar territorial hasta donde comienza el *talud*.

Al respecto, debe señalarse que si bien el elemento segundo de ese criterio de la extensión de la plataforma dicha (del final del *mar territorial* al principio del *talud*), puede ser visto como preciso; en cambio, el primero sobre la existencia de recursos naturales en la citada plataforma, y su factibilidad de explotación, se torna impreciso en la medida en que no hay parámetros concretos y precisos para medir las necesidades vitales de una población y su posibilidad efectiva de explotar los recursos que contenga la mencionada plataforma. A la vez, que redundaría en una variedad de medidas para esa plataforma, de conformidad con la estimación que cada Estado ribereño hiciera de esos criterios citados y examinados.

Por lo anterior, parece que es más conveniente y pragmático, inclinarse por la tesis del *mar territorial* o *zona económica exclusiva* para los efectos de configurar el área perteneciente y con derechos soberanos, del Estado ribereño; ya que tal *zona* de hasta 188 millas náuticas incluirá, a su vez, su respectiva plataforma submarina o continental, con lo cual se resolvería el problema de la medición de la plataforma cuestionada.

Nuestro país se inclina —acertadamente— por esta solución, como bien lo ha señalado el Canciller Facio²⁵.

De este modo tanto la definición genérica de que la plataforma continental es la parte del lecho del mar que linda con el mar territorial como la que afirma —geográficamente— que esa plataforma es la parte de poco calado en el lecho marino, inmediatamente periférico

²⁵ FACIO Nuestra voz en el mundo, cit. 96 y 97.

a las masas terrestres continentales del mundo, vendrían a resolverse en la definición citada de la *zona económica exclusiva* o *mar patrimonial*.

V. CONVENCION DE GINEBRA DE 1958.

Esta Convención estableció en su numeral primero lo que entendía plataforma continental (artículo ya citado), y en el numeral segundo fija los derechos del Estado ribereño al afirmar que éste ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de explotación de sus recursos naturales. Añadiendo, que los derechos citados son exclusivos, en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma dicha o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender esas actividades o reivindicar tal plataforma sin expreso consentimiento del Estado ribereño. Puntualizando, que los derechos del Estado ribereño, sobre la indicada plataforma son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa.

Sin embargo, lo interesante de la situación se nota en la redacción del apartado cuarto del artículo segundo, en el que se dice que para los efectos de estos artículos, se entiende por *recursos naturales*, los *recursos minerales* y *otros recursos no vivos del lecho del mar* y del subsuelo. Precizando, también que se comprende por aquella definición los organismos vivos, pertenecientes a especies sedentarias; es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo, o sólo pueden moverse en constante contacto físico con dichos lecho y subsuelo.

Lo criticable, entre otras cosas, es el hecho de que las grandes potencias del mar —que presionaron para que esa Convención emitiera esta declaración que les favorece— se ven beneficiadas por tal enunciado, en la medida en que el mismo no abarca las pesquerías y su consiguiente explotación, que quedarían a cargo de esas potencias marítimas, dada de su alta tecnología de extracción de bienes del mar.

VI. POSICION DE LOS PAISES CON RESPECTO A LA PLATAFORMA CONTINENTAL.

Con relación a dicha plataforma varios países, a lo largo de su historia han ido manifestando su tesis sobre el particular. Sobre este punto haremos un breve resumen.

Rusia: declaración del Gobierno imperial ruso del 19 de setiembre de 1916, ratificada por el Memorial soviético del 4 de noviembre de 1924, por el cual este país comunica a los gobiernos extranjeros que las islas que integraban la periferia de su territorio y la plataforma continental de Siberia, habían sido incorporadas dentro de su territorio.

Estados Unidos de América: el 28 de setiembre de 1945, el Presidente Truman²⁶, estableció que el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica considera los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental por debajo de la alta mar próxima a las costas de los Estados Unidos, como pertenecientes a éstos y sometidos a su jurisdicción y control²⁷.

México: el 29 de octubre de 1945, el Presidente de este país, General Manuel Avila Camacho, declaró que las riquezas del mar pertenecían al país ribereño.

Argentina: el 11 de octubre de 1946, el Gobierno argentino declaró que el mar epicontinental y el zócalo continental pertenecían a la esfera de acción de la soberanía nacional.

Panamá: la Constitución Política del 17 de diciembre de 1945 y el Decreto N° 449 del 17 de diciembre de 1946, reclama su plataforma continental por razones de índole pesquera y económico-tributaria.

Chile: el 23 de junio de 1947, el Presidente González Videla proclama la soberanía nacional sobre el zócalo continental adyacente a sus costas, independientemente de la profundidad de éste.

Perú: el 1 de agosto de 1947, se dicta el Decreto del Presidente de la República (y, junto con Chile) establece el ejercicio de la soberanía nacional sobre un mar territorial de 200 millas náuticas.

Aquí, se puede recordar lo dicho sobre la tesis del *privilegio geográfico*, que junto a las necesidades socioeconómicas de esos pueblos, parecen explicar su tesis de las 200 millas náuticas. Lo cual queda reforzado con el hecho que Chile y Perú carecen de una plataforma continental, (geológicamente dicho), pues el fondo del mar, situado frente a sus costas desciende —rápidamente— a grandes profundidades oceánicas.

Bahamas y Jamaica: el 26 de noviembre de 1948, por las Ordenes Nos. 2.574 y 2.575 el Consejo del Rey de Gran Bretaña, incluyen dentro del territorio de sus colonias, las áreas de sus plataformas insulares.

Guatemala: por la ley de petróleos, del 30 de agosto de 1949, este país reivindica la plataforma continental.

²⁶ TRUMAN, Harry, nace en 1884 en Lamar (Missouri). Al morir Roosevelt en 1945, Truman —su Vice-Presidente— asume la Presidencia hasta 1948, año, en que expiró el plazo de Roosevelt. Truman fue elegido Presidente de 1949 a 1953.

²⁷ VARGAS CARREÑO, Edmundo. América Latina y el Derecho del mar. (México: Fondo de Cultura Económica. 1973, pp. 22 y 23).

Nicaragua: en la Constitución Política de 1948 se incorpora el concepto de plataforma continental a dicha Carta.

En 1949, este país señala la profundidad de esa plataforma en 200 metros de profundidad; y, la Constitución Política de 1950 reitera que el territorio nacional incluye la citada plataforma.

Honduras: el 7 de marzo de 1950, este país declara que la indicada plataforma forma parte del territorio nacional. Además estableció, la protección y control del Mar Atlántico en 200 millas náuticas.

Salvador: la Carta Magna del 14 de setiembre de 1950, extiende su mar adyacente en 200 millas náuticas²⁸.

Brazil: el 8 de noviembre de 1950, integra la plataforma continental al territorio nacional.

Ecuador: el 6 de noviembre de 1950, incorpora la mencionada plataforma al territorio nacional.

Cuba: el 25 de enero de 1955, declaró el carácter de mar interior para las aguas adyacentes a sus costas, hasta una distancia de diez millas²⁹.

Venezuela: En la Constitución Política, sancionada el 11 de abril de 1953, y Ley de 23 de julio de 1956, se incorpora la plataforma continental al territorio nacional.

VII. MAR TERRITORIAL Y ZONA CONTIGUA.

(El mar territorial puede ser definido como aquella parte del territorio nacional en donde el Estado ribereño ejerce la soberanía completa y exclusiva.)

De acuerdo con la *Convención de Ginebra de 1958*, en lo referente al *mar territorial* y a la *zona contigua*, el artículo primero de la convención sobre este tema, afirma que la soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de *mar adyacente* a sus costas, designada con el nombre de *mar territorial*. Esta soberanía se ejerce de acuerdo con las disposiciones de estos artículos y las demás normas de Derecho Internacional.)

²⁸ Apud VARGAS CARREÑO, cit., pp. 24 y 25.

²⁹ ALVAREZ ALVARADO, Gustavo Adolfo. Consideraciones y nuevos conceptos sobre la cuestión del mar territorial (San José: tesis de grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1972, inédita, pp. 56 a 63).

Su numeral dos, establece que la soberanía del Estado ribereño se extiende al espacio aéreo, situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

En cuanto al criterio para medir la anchura del *mar territorial*, esa convención estableció, en su numeral tres que la línea de base normal para medir la anchura del mar citado, es —a excepción de aquellos casos en que se disponga otra cosa en estos artículos de la presente convención— la línea de bajamar a lo largo de la costa y tal como aparece marcada en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado ribereño.

Nuestro Gobierno ratificó esa Convención, por ley N° 5031, publicada en La Gaceta N° 153 del sábado 12 de agosto de 1972.

En lo que respecta a la *zona contigua al mar territorial*, esa Convención afirma en su numeral 24 que la zona contigua no se puede extender más allá de *doce millas* contadas a partir de la línea de base desde donde se mide la anchura del *mar territorial*. Agregando que en esa *zona contigua*, el Estado ribereño podrá adoptar las medidas necesarias para evitar las infracciones a sus leyes de policía aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que pudieran cometer en su territorio o en su *mar territorial*. Y, reprimir las infracciones de esas leyes, cometidas en su territorio o en su *mar territorial*.

De acuerdo con lo que ha venido ocurriendo en el Derecho internacional —relativo al Derecho del mar—, existe un consenso aceptable acerca de que la anchura del mar territorial es de *doce millas*; y, la zona contigua o adyacente a éste es el *mar patrimonial* o *zona económica exclusiva*, con una anchura de 188 millas náuticas a lo sumo.

Por tal razón, cabe apuntar que el Estado ribereño ejerce en el *mar territorial* la soberanía plena, absoluta y exclusiva; mientras, que en el *mar patrimonial* ejerce determinados derechos soberanos, ya explicitados anteriormente.

De conformidad con lo expuesto, la Convención ahora cuestionada, al señalar que la *zona contigua* se mide a partir de la misma línea que el mar territorial (es decir, la bajamar) y hasta 12 millas náuticas, no está otorgando —en realidad— zona adyacente o contigua alguna, pues, se tiene por aceptado que la anchura del mar territorial es de 12 millas a lo sumo. Por tanto, lo que en la práctica ocurre es que la zona contigua o adyacente tiene una anchura máxima de 188 millas marítimas a partir de la línea donde se termina el *mar territorial*. De ahí que “no sea de recibo” lo expresado por dicha Convención en 1958; máxime cuando se recuerda que por reforma parcial a la Constitución Política (de 1949), efectuada en 1975, el artículo sexto —ya examinado— afirma una jurisdicción territorial del Estado costarricense de 200 millas náuticas (12 millas para el mar territorial, con soberanía plena y exclusiva; y, 188 millas, para el mar patrimonial, con una jurisdicción especial de derechos soberanos).

VIII. APORTE DE AMERICA LATINA AL DERECHO DEL MAR.

Latinoamérica ha tenido una participación destacada en la elaboración del Derecho del Mar, como se puede constatar a continuación, en el breve resumen que haremos.

1) Reunión de Rio de Janeiro de 1950.

Aquí se reunió el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, el cual estudió el régimen del mar y cuestiones anexas. Reconoce que el Estado ribereño tiene soberanía exclusiva sobre el suelo, el subsuelo, aguas; y, espacio aéreo y estratosférico de su plataforma continental.

2) Declaración de Santiago, en 1952.

Chile, Ecuador y Perú firmaron la Declaración de Santiago de Chile, el 18 de agosto de 1952. Mediante esta declaración se estableció que esos países ejercen la soberanía y jurisdicción exclusiva sobre el mar que baña las costas de tales países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

3) Proyecto de convención de 1952, del Comité Jurídico Interamericano.

Ese proyecto se llamó “de convención sobre mar territorial y cuestiones afines”. En este proyecto se afirmó que el Derecho internacional reconoce y concede a la nación ribereña soberanía exclusiva sobre el suelo, aguas y espacio aéreo y estratosférico de su plataforma continental.

4) Consejo Interamericano de Jurisconsultos, de 1953.

En Buenos Aires se reunió ese Consejo y estudió el proyecto de 1952 del Comité Jurídico Interamericano; sin embargo, esta reunión de 1953 no virtió veredicto alguno sobre él.

5) Décima Conferencia Interamericana de 1954.

Se reunió en Caracas para estudiar el tema “preservación de los recursos naturales: plataforma continental y aguas del mar”.

La Resolución LXXXIV enfatizó el interés de los Estados ribereños en la protección sobre la plataforma submarina y las aguas *suprayacentes*; y, las riquezas constituidas por los recursos naturales existentes en ese mar adyacente a las costas de dichos Estados.

6) *Los "principios" de México de 1956.*

Estos "principios" están en la Resolución XIII de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Aquí se estableció que la extensión de tres millas para el mar territorial es insuficiente, razón por la cual los Estados tienen competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa.

7) *Conferencia Especializada Interamericana sobre preservación de los recursos naturales de 1956.*

En la República Dominicana, se celebró —pocas semanas después de la anterior México '56— esa reunión.

En esta reunión se indicó que el criterio para delimitar la plataforma continental, además del de la profundidad de 200 metros, debía ser el de la explotabilidad.

Esta reunión fue un antecedente importante para la Convención de Ginebra de 1958.

8) *Dictamen de 1965, sobre la anchura del mar territorial.*

Este dictamen lo emitió el Comité Jurídico Interamericano, en base a un informe del jurista Alfonso García Robles. El mismo señaló que la anchura del mar territorial debe ser hasta un límite de 12 millas, medidas a partir de la línea de base aplicable.

9) *Resolución del Comité Jurídico Interamericano de 1973.*

En 1970, dicho Comité, en su sesión de setiembre-octubre decidió incluir en su agenda el tema del Derecho del Mar. Luego, en 1973, en su reunión de enero-febrero, evacuó un dictamen por el cual reconocía la existencia de las 200 millas como jurisdicción territorial del Estado ribereño, indicando en ellas, dos zonas —que en el lenguaje costarricense— corresponden al mar territorial de 12 millas y el mar patrimonial de 188 millas marinas.

10) *Reuniones de Montevideo (1970), Lima (1970) y Santo Domingo (1972).*

A. *Montevideo.*

Se establece, entre otras cosas, el derecho de los Estados ribereños a disponer de los recursos naturales del mar, adyacentes a sus costas; y, del suelo, subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desa-

rollo de sus economías y elevar el nivel de vida de sus pueblos. A la vez que se afirma el derecho del país ribereño a establecer los límites de la soberanía y jurisdicción marítimas, de conformidad con las características y geológicas del Estado ribereño y con los factores que condicionan la existencia de sus recursos marinos y las necesidades de su racional aprovechamiento.

B. *Lima.*

Parte de lo que ahí se decidió, insiste en señalar que los Estados ribereños tienen el derecho de establecer los alcances de su soberanía o jurisdicción marítimas de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus realidades geográficas, geológicas y biológicas; y, a sus necesidades y responsabilidades socio-económicas.

C. *Santo Domingo.*

En esta reunión se afirma la anchura del mar territorial hasta un límite de 12 millas náuticas. Empero, lo sobresaliente de esta reunión fue la definición que adoptó del *mar patrimonial*, en el sentido de decir que este mar es la zona adyacente al mar territorial y en la cual el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en esa zona o mar.

En esta *Declaración*, se dice que la anchura del *mar patrimonial* debe ser objeto de acuerdo internacional, preferentemente de ámbito mundial, que la suma de este mar y la del mar territorial —teniendo en cuenta las circunstancias geográficas—no deberá exceder, un total de 200 millas náuticas.

IX. OTROS APORTES AL DERECHO DEL MAR.

1) *Reunión de Addis Abeba (Etiopía).*

Se reúne el Consejo de Ministros de la Organización de la Unidad Africana, con el fin de —entre otros aspectos— darle relevancia a temas del Derecho marítimo.

Esa reunión se efectúa del 17 al 24 de marzo de 1973.

2) *Reunión en Mogadiscio (Libia).*

Esta reunión se celebra del 6 al 11 de junio de 1974. El Consejo de Ministros de la Organización de la Unidad Africana resuelve propiciar una nueva denominación: *zona económica exclusiva*, contigua al *mar territorial*; y, cuyos límites no excederán de 200 millas marítimas, medidas a partir de la línea de base que delimite el mar territorial.

Por tanto, esa *zona económica exclusiva* viene a ser lo mismo que el *mar patrimonial* o zona contigua al mar territorial, en la cual el Estado ribereño goza de estos derechos soberanos:

- i) Derechos de soberanía para los fines de explotación, exploración, conservación y administración de los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, de los fondos marinos, su subsuelo y las aguas *supra* yacentes.
- ii) Derechos exclusivos y jurisdiccionales con respecto al establecimiento de islas artificiales, instalaciones y estructuras.
- iii) Jurisdicción exclusiva para la investigación científica y la producción de energía del agua, de las corrientes y de los vientos.
- iv) Jurisdicción con respecto a la preservación del medio marino, incluidos el control y la eliminación de la contaminación.
- v) Derechos y obligaciones que fueren establecidos convencionalmente.

Costa Rica acepta esta tesis y la ha incorporado a su Carta Magna, mediante la reforma dicha, en 1975.

X. CONFERENCIAS DEL DERECHO DEL MAR (ONU).

Las Naciones Unidas se interesaron por la temática del Derecho del Mar, organizando varias *conferencias* al respecto.

1) *Primera Conferencia.*

Se llevó a cabo en abril de 1958 en Ginebra, participando 86 Estados.

Las potencias marítimas y pesqueras, se empeñaron en afirmar la anchura del mar territorial en las tres millas náuticas, ya que eso les convenía a sus intereses de explotación de los recursos del mar. Los restantes países abogaron por una jurisdicción de 200 millas náuticas para los Estados ribereños. En esta primera conferencia, no se llegó a ningún acuerdo.

2) *Segunda Conferencia.*

En 1960 se llevó a cabo esa nueva reunión, en Ginebra. Tampoco se llegó a ningún acuerdo.

3) *Tercera Conferencia.*

Se celebra en Nueva York en 1973. Esta reunión se efectuó del 3 al 14 de diciembre de 1973. La reunión sustantiva, se llevó a cabo en Caracas en agosto de 1974.

Esta *conferencia* trató los temas de mar territorial, zona contigua, alta mar, plataforma continental, pesquerías y conservación de los recursos vivientes de alta mar.

Se constató la tendencia de muchos países, a extender —unilateralmente— hasta 200 millas náuticas su jurisdicción soberana sobre el espacio oceánico.

También se manifestó preocupación sobre la degradación del ambiente marino y la creciente capacidad técnica para explotar los recursos marítimos.

En Nueva York, del 15 de marzo al 7 de mayo de 1976, se celebró otro período de sesiones de la Tercera Conferencia del Derecho del Mar.

Así, pues, esta III Conferencia, ha tenido cuatro sesiones, en este orden:

Primera sesión: Nueva York, del 3 al 15 de diciembre de 1973.

Segunda sesión: Caracas, del 20 al 29 de junio de 1974.

Tercera sesión: *Ginebra*, del 17 de marzo al 9 de mayo de 1975.

Cuarta sesión: Nueva York, del 15 de marzo al 7 de mayo de 1976.

Estas conferencias han servido como contribución de las Naciones Unidas al Derecho del Mar y a la solución de los problemas que el mismo plantea.

Mayoritariamente, se ha sentido la necesidad en esas conferencias de admitir que las tres millas para el mar territorial es una anchura insuficiente para este mar; y, que es urgente la firma de tratados que regulen, adecuadamente, el mar territorial, el mar patrimonial y los demás aspectos relativos a esta área del Derecho.

Fruto del esfuerzo de las Naciones Unidas por solventar esos problemas, han sido la firma de estas *convenciones*:

1958 = convenio sobre mar territorial, zona contigua y plataforma continental.

1962 = convenio sobre alta mar.

1966 = convenio sobre pesca y conservación de recursos vivos de alta mar.

Costa Rica se ha adherido a esas Convenciones.

XI. CONCLUSIONES.

- 1) Costa Rica tiene un mar territorial de 12 millas náuticas.
- 2) Nuestro País ejerce una jurisdicción especial sobre una zona marítima de 188 millas (zona económica exclusiva o mar patrimonial).
- 3) Nuestra nación estima que el Derecho del Mar está sujeto al Derecho internacional. Con ello, se da por aceptada la tesis expuesta por la Corte Internacional de Justicia (en el problema de las pesquerías anglo-noruegas) en la que se afirmó que la deli-

mitación de los espacios marítimos tienen siempre un aspecto internacional. No pudiendo depender solamente de la voluntad de un Estado ribereño, expresada en su derecho interno. Añadiendo que, a pesar de ser cierto que el acto de delimitación es —necesariamente— un acto unilateral porque sólo el Estado ribereño es competente para efectuarlo; la validez y la eficacia de la delimitación, con respecto a otros Estados, depende del Derecho internacional.

4) Al establecerse una zona económica exclusiva o mar patrimonial, con una extensión de hasta 188 millas náuticas a partir de la línea donde termina el mar territorial, el problema de los criterios para definir la plataforma continental queda subsumido y resuelto en la aceptación de la zona económica exclusiva citada de 188 millas, por cuanto esa anchura delimitaría la frontera de dicha plataforma, no importando su profundidad (o, su línea vertical) sino su línea horizontal de 188 millas. Resolviendo el Derecho, el problema de la explotación y la exploración de los recursos naturales, en el sentido de que es el Estado ribereño quien posee tal derecho soberano sobre tal explotabilidad y explorabilidad; y, si no quiere o no puede —efectivamente— ejercerlos, puede darle una concesión *ad hoc* a otro Estado, de conformidad con el tratado respectivo.

5) También, es interesante señalar el problema concreto de la explotación del atún de parte de las potencias del mar en contra de los países débiles. Precisamente, en setiembre de 1977, en nuestro país se celebró una conferencia sobre el atún tropical en la cual se tomaron medidas destinadas a la protección del atún de los países del Pacífico oriental. En el documento de esta conferencia se afirma que es indispensable establecer un régimen de conservación, administración y utilización de los recursos vivos, hasta una distancia de 200 millas náuticas de las costas de los Estados ribereños. Y, que con respecto al atún, se tome en cuenta el carácter altamente migratorio del mismo, al tenor del espíritu que creó la Comisión Internacional del Atún Tropical (CIAT).

Cabe señalar que Costa Rica tiene problemas serios con la explotación de recursos vivos de su mar jurisdiccional, ya que carece de los medios necesarios para impedir —realmente— que incluso pescadores nicaragüenses lleven a cabo su actividad de explotación dentro de nuestras aguas jurisdiccionales; ello, sin hablar de buques pesqueros de otras potencias del mar que también explotan inmisericordemente nuestros recursos marinos con impunidad, lo cual constituye un problema serio para nuestra seguridad y economía.

6) Sin duda alguna es imprescindible establecer normas internacionales que resuelvan, con agilidad y prontitud, los problemas que quedan sin resolver (todavía bastantes) del Derecho del Mar, fundamentalmente —y, a nivel mundial— los límites del mar territorial, el mar patrimonial y demás aspectos vitales de ese sector

jurídico, tan estratégicamente importante para la salvaguarda de la sobrevivencia de los pueblos subdesarrollados, como el nuestro.

7) Los países subdesarrollados poseen en una faja de 200 millas náuticas adyacentes a sus costas, reservas submarinas de enorme importancia. Por ejemplo, de los 58 yacimientos gigantes de petróleo, submarino, (en el que se almacena el 81% de la reserva mundial), 38 están localizados en estos países “pobres” (Alberto SAEKELY *El derecho del mar y la Carta de Derechos y derechos de los Estados*, en la obra colectiva *Derecho Económico Internacional*, México, F.C.E., 1976 p. 347).

De ahí la relevancia de derecho del mar, como protector de la riqueza natural de los países del tercer mundo.

XII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS BASICAS.

AJA ESPIL, Jorge A. *El derecho del mar* (Bogotá: Themis. 1973).

MICHAEL AKEHURST. *Introducción al Derecho Internacional*. (Madrid. Alianza. 1972).

ALVAREZ ALVARADO, Gustavo Adolfo. *Consideraciones y nuevos conceptos sobre la cuestión del mar territorial* (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1972).

ARRIETA, Carlos Gustavo. *Los monjes* (Bogotá: “Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Diciembre de 1973. N° 20).

AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis. *La plataforma submarina y el Derecho internacional* (Madrid: Ministerio de la Marina. 1952).

Los derechos de los Estados ribereños sobre zonas del alta mar para el aprovechamiento de sus recursos biológicos (Lima: “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, N° III, 1970, pp. 425 a 431. Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

Legislación internacional marítima (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas —Ministerio de la Marina— Instituto Francisco de Victoria. 1955).

Derecho internacional marítimo (Barcelona: Ariel. 1970).

CAMPOS GONZALEZ, Fernando *Mar territorial, plataforma submarina o zócalo continental* (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1958).

DONELLA MEADONS et al *Los Límites del Crecimiento*. (México; Fondo de Cultura Económica. 1975).

FACIO SEGREDA, Gonzalo *Nuestra voz en el mundo* (San José: Imprenta Trejos. 1977).

KAPLAN, Marcos et al *Derecho Económico Internacional* (México Fondo: de Cultura Económica. 1976).

LOPEZ Z., Rubén Darío *El mar territorial, la plataforma continental y el diferendo colombo - venezolano* (Colombia: revista “Estudios de Derecho”, Nos. 89-90. 1976. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. pp. 51 a 63).

MANUEL DIEZ DE VELASCO *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos. 1976).

- MARIENHOFF, Miguel Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas (Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1971).
- PERALTA, Hernán. Las constituciones de Costa Rica. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962).
- ROBLERO, César. Consideraciones sobre el mar territorial. (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1961).
- SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio. Mar territorial cubano. (La Habana: "Revista de Derecho Internacional", N° 88, 1943).
- SILENZI DE STANGNI, Adolfo. El nuevo derecho del mar: controversia entre las potencias navales y el Tercer Mundo. (Buenos Aires: ed. Juárez. 1976).
- SILVA SILVA, R. La zona marítima en la que el Perú ejerce jurisdicción especial. (Lima: tesis de grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia. Universidad Católica del Perú).
- SORENSEN, Max (ed.) Manual de Derecho Internacional Público. (México: Fondo de Cultura Económica. 1973).
- VARGAS BONILLA, Ismael. Lecciones de Derecho Constitucional. (San José. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. 1963).
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. América Latina y el derecho del mar. (México: Fondo de Cultura Económica. 1973).
- ZACKLIN, Ralph (ed.) The changing law of the Sea. (Leiden: Interamerican Study Group of International Law. 1974). El Derecho del mar en evolución: la contribución de los países americanos. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).
- WALDHEIM, Kurt et al Justicia económica internacional (México: Fondo de Cultura Económica. 1976).

Documentación

- Constituciones Políticas de Costa Rica.
- Documentos de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.
- Expedientes de la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre la reforma al artículo 6 de la Carta Magna.
- Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores de las Administraciones de los Gobiernos de José Figueres y Oduber.
- Unitar News. Vol. 6, N° 1.1974. Unites Nations and the Sea.

DERECHOS HUMANOS, LIBERTADES INDIVIDUALES Y RACIONALIDAD JURIDICA

(Algunas observaciones de orden metodológico)

por el Dr. Enrique P. Haba*

* Este artículo contiene la relación escrita que el autor presentara para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado (San José, Costa Rica, 6-9 setiembre 1977). Pero además de aparecer aquí introducidas algunas correcciones de detalle en la redacción de esa relación, han sido ahora agregados el texto de las notas y un Anexo conteniendo las tesis sobre la base de las cuales aquél desarrolló la exposición oral del tema en el seno de la Comisión Persona en dicha oportunidad.

SUMARIO

Introducción. I. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES INDIVIDUALES: PRECISION DE SUS RESPECTIVOS PLANOS ONTOLOGICOS. 1. Arbitrariedad y necesidad de las definiciones. 2. Los planos ontológicos en juego. 3. El platonismo en la teoría jurídica de la libertad. 4. Relaciones entre libertad y Derecho. 5. Conclusiones. II. DETERMINACION DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. Criterios para determinar el contenido de los derechos humanos. 2. Los derechos humanos como postulados no demostrables. 3. Papel de la racionalidad jurídica en materia de derechos humanos. 4. Conclusiones. III. CONSECUENCIAS METODOLOGICAS. a. Límite material de los derechos humanos. b. Límite de la racionalidad jurídica. c. Planos ontológicos. d. Resolución de antinomias. e. Importancia metodológica de la idea de libertad. f. Eficacia jurídica e interdisciplinariedad. Conclusión general. ANEXO: tesis.

Quisiera proponer algunas reflexiones sobre la conceptualización de los derechos humanos como categoría del pensamiento jurídico. El plano en que se ubican estas observaciones es —me apresuro a subrayarlo— el de un análisis *racional* de la idea de “derechos humanos” y de otros conceptos relacionados con la misma. No quiere decir que sea éste, el de la racionalidad¹, el único plano en el cual se desenvuelve el combate por tales derechos. Hay otros dos planos, por ejemplo, en los cuales ese combate, por o contra derechos humanos, se libra igualmente: el plano de la fuerza material (pienso sobre todo en la actividad política y en la economía) y el plano de la ideología (es decir, la argumentación de orden antes bien propagandístico que científico, sea en la esfera política o en cualquier otra)². De todos modos, sin perjuicio de reconocer que existen interdependencias entre los tres planos indicados, el análisis de los dos últimos (fuerza-ideología) corresponde más bien, según creo, a la sociología y a la ciencia política que la ciencia del Derecho.

El Derecho moderno constituye fundamentalmente un esfuerzo de racionalización (Max Weber) de la normatividad social. Ese Derecho se esfuerza en ordenar la conducta de los hombres en función de conceptos y relaciones de conceptos lo más precisos posibles. Pero en la cuestión de los derechos humanos, pienso que algunas de las categorías básicas del lenguaje jurídico correspondiente son más bien aptas a introducir cierta confusión en el tratamiento del tema. A ello se refieren las observaciones que expondré. No tienen otro objeto, pues, que el de llamar la atención sobre algunos presupuestos *metodológicos* elementales que, aunque poco novedosos en sí mismos, presentan sin embargo la particularidad de no ser demasiado tenidos en cuenta, generalmente, por los tratadistas de la materia. Me quiero sobre todo referir a algunas confusiones habituales, cuyo examen irá enhebrado en torno a comentarios que haré sobre una falta de distinción suficiente entre la idea de de-

¹ No puedo detenerme en un análisis de la noción misma de racionalidad; de ello me he ocupado en otros sitios. Remito al lector sobre todo a mis artículos: “Rationalité et méthode dans le droit—est-ce possible?” (aparece en el tomo 23 de los Archives de Philosophie du Droit) y “Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?” (aparece en Rechtsstheorie, vol. 8).

² Está demás señalar que esta acotación sobre el vocablo “ideología”, que he agregado entre paréntesis, ni remotamente pretende constituir una definición de dicho término, tan rico de sentido. Para la problemática que plantea la manera (muy variada) en que éste ha sido y es entendido, cf. la selección de textos, así como la excelente introducción general del propio compilador, recogidas en: Kurt LENK, El concepto de ideología, Amarrortu, Buenos Aires 1974.

rechos humanos y la de libertad individual. Sobre esa base he de enfocar los aspectos siguientes:

- I. Derechos humanos, derechos fundamentales, libertades individuales: precisión de sus respectivos planos ontológicos.
- II. Determinación del contenido de los derechos humanos.
- III. Consecuencias metodológicas.

I

Me referiré aquí a los puntos siguientes: 1. arbitrariedad y necesidad de las definiciones; 2. los planos ontológicos en juego; 3. el platonismo en la teoría jurídica de la libertad; 4. relaciones entre libertad y Derecho; 5. conclusiones.

1. En la medida en que el Derecho quiera ser ciencia, deberá tratarse de un lenguaje bien construido (Bobbio)³. Pero la terminología referente a derechos humanos es indecisa. Derechos humanos, libertades públicas, derechos individuales, derechos fundamentales, libertad individual, libertad a secas, etc.: todas estas expresiones se manejan ya sea como sinónimas, ya sea como más o menos emparentadas, pero generalmente con significativas faltas de precisión. La polisemia y las vaguedades que afectan a los mencionados términos dificultan una más firme racionalidad del pensamiento jurídico en esa área. Es más: ellas llevan consigo el riesgo de que la ideología llegue a filtrarse por entre las mallas de las categorías que el jurista está empleando al expresarse en esa forma.

Dada la referida polisemia, toda precisión de tales términos comporta un porcentaje de arbitrariedad: ¿por qué elegir, para la expresión X, la significación A, en vez de preferir la significación B? Así y todo, no hay más remedio que elegir, si queremos llegar a expresarnos de modo menos impreciso. Y lo que sobre todo importará, al fin y al cabo, no será tanto que la expresión X corresponda justamente a A; sino que A y B se encuentren mencionados, cada uno, por medio de una denominación diferente, sean éstas cuales fueren. Sólo así podremos saber con cierta exactitud, al utilizar el término X, a cuál de esas dos cosas (A o B) nos estamos refiriendo.

Señalo esto, para que quede claro que no me mueve el afán de definir por definir. No pretendo postular que las expresiones "libertad individual", "derechos humanos", etc. no puedan ser definidas de otro modo. Se trata simplemente de subrayar que los conceptos —y las realidades mentadas por estos conceptos— que referiré a dichas expresiones, no deben de ser confundidos entre sí, llámeseles como se les llame. Y como de algún modo hay que llamarlos, he elegido esas denominaciones,

³ Cf. Norberto BOBBIO, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año IV, N° 2 (junio 1950), p. 342-367.

precisamente porque suelen mentar tales ideas (aunque no menten *exclusivamente* éstas, en el lenguaje cotidiano). En síntesis: aunque la elección de la denominación implica, como toda definición, un cierto grado de arbitrariedad, en cambio no es arbitraria —¡sino fundamental!— la distinción entre las ideas mismas; y por ello tales ideas hay que hacerlas corresponder, respectivamente, a denominaciones diferentes. J

2. Para precisar el alcance de la noción de derechos humanos, hay que empezar por recordar la distinción, bien conocida, existente entre dos campos: el de lo fáctico, lo descriptivo, los hechos, el ser —por un lado—; y el de lo normativo, lo prescriptivo, los valores, el deber ser —por el otro—.

Las libertades⁴ pertenecen al primero de estos dos campos, el de lo fáctico. Un hombre es (o no es) más o menos libre. Esto constituye una cuestión de hechos. Es "libre", si puede realmente hacer o dejar de hacer, a su arbitrio, tal o cual cosa⁵.

La esfera de los derechos, en cambio, pertenece al otro campo, el de lo normativo. Alguien tiene "derecho" a algo porque, de acuerdo a tales o cuales criterios de legitimidad (es decir, criterios no puramente fácticos), se considera que es correcto (valoración) que actúe o no actúe de cierta manera. Es verdad que esa valoración puede tener efectos de hecho; pero tales hechos —que pueden darse o no— no constituyen el derecho mismo. Dicho de otro modo aún: el derecho es una programación para la realidad social, pero él no incluye necesariamente la efectiva realización del programa. Derechos y libertades no pueden, pues, jamás ser la misma cosa. Existe siempre una cierta "tensión" entre aquéllos y éstas, la notoria tensión que se da entre lo normativo y lo fáctico.

Por otra parte, no existe la libertad, sino las libertades. Los grados de la libertad son infinitos. No hay dos personas que tengan la misma libertad. Porque lo que cada uno puede realmente hacer, o aquello de lo que cada uno pueda realmente disponer, no es nunca exactamente igual a lo que verdaderamente puede el vecino. Es más: hasta las esferas de libertad de un mismo individuo van variando a lo largo de su vida.

⁴ Para un análisis de la noción de libertad individual, cf. mi libro: La idea de Totalitarismo y la libertad individual. Autopsia de una noción mistificadora (Prólogo de León CORTIÑAS PELAEZ), Bogotá 1976, Temis; ver especialmente la Sección B) del Cap. II.

⁵ Es verdad que, desde otro punto de vista, las libertades no configuran solamente hechos, sino incluso valores. Dicho de otro modo: la libertad como hecho, puede ser encarada asimismo como encarnación de un valor ideal, que es denominado del mismo modo, también "libertad". Pero para nosotros se trata justamente de evitar esa confusión entre el hecho y el valor, confusión favorecida por dicha homonimia. Sin embargo, eso no nos impedirá señalar más adelante (III.e) que, en cuanto finalidad del Derecho, la idea de libertad puede suministrar un cierto "engarce" entre lo fáctico y lo normativo.

Además, entre las libertades existen antinomias. Aquéllas están indefectiblemente sometidas a principios de "economía", a criterios de más y menos, en el sentido de que una mayor libertad de unos puede repercutir en menguas de libertad para otros. Esto por la sencilla razón —sin ir más lejos— de que los bienes (materiales y espirituales) a que se refieren las posibilidades de cada uno, se encuentran en cantidades de disponibilidad limitada en las sociedades humanas; de modo que, para la mayoría de los casos, lo que está al alcance de uno se viene a restar de lo que está al alcance de los otros. Por lo demás, las acciones y omisiones de unos tienen toda clase de repercusiones, directas o indirectas, más cercanas o más lejanas, sobre las posibilidades reales de otros miembros o sectores del cuerpo social. Es todo eso, en última instancia, lo que explica por qué Kant se vio llevado a postular su clásico principio en materia de libertades, que apunta a una igualdad y limitación recíproca de las mismas; se trata ni más ni menos que de un principio ideal para organizar la "economía" jurídica de las libertades (ideal que ninguna organización social ha podido alcanzar) ⁶.

Si la realización de la libertad es, pues, una cuestión de hecho, resulta que, para saber si un individuo o una capa social son más o son menos libres, y en qué son libres, no basta con atender a lo que dicen las normas jurídicas (que suelen ser iguales para todos). Hay que ver las situaciones reales concretas. En la configuración de esas situaciones concretas, el Derecho juega por cierto un papel; pero intervienen asimismo muchos otros factores.

El Derecho positivo favorece y limita libertades, es decir, posibilidades fácticas de tales o cuales individuos. Pero mientras que las libertades, como vimos, están sujetas a antinomias, que resultan de su propia esencia fáctica; en cambio los derechos están en principio destinados a integrar un edificio armonioso, donde las consideraciones de orden sistemático, establecidas por la legislación misma o por la dogmática, no deben dejar lugar a antinomias —o donde, si de todos modos tales antinomias llegan a surgir, ha de existir la posibilidad de recurrir a principios jurídicos que las eliminen—. El Derecho repercute sobre las libertades, contribuye a organizarlas en una cierta manera, tiene por finalidad promover o restringir su ejercicio. Sin embargo, por la diferencia de los planos ontológicos (normatividad-facticidad), aquél no consigue nunca confundirse con ellas. El Derecho se refiere a libertades, pero no consiste él mismo en libertades ⁷.

3. Con frecuencia esta distinción aparece más o menos desleída en textos de Derecho o en la teoría jurídica, en razón de un manejo poco

⁶ "...bajo el punto de vista de la libertad; es decir, que sólo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general" (KANT, Principios Metafísicos del Derecho, traducción de G. LIZARRAGA, Madrid 1873).

⁷ Para las relaciones entre Derecho y libertad individual, cf., en el libro señalado en la nota 4, especialmente los números 26-28 del cap. indicado.

realista de la idea de libertad ⁸. Citaré dos ejemplos, a cuenta de tantos más que podrían ser traídos a colación:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 1).

"No hay casi período de la historia en el cual los hombres —por lo menos los más concientes— no hayan tratado de afirmar su libertad frente al Poder. Pero fue necesario que tal pretensión se afirmara siempre, para que esa libertad fuese consagrada como un elemento del orden jurídico positivo bajo la rúbrica: los Derechos Humanos. Las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII marcan esta conquista. Etapa provisoria, sin embargo, puesto que los hombres no se han contentado con observar que el Poder les reconociera su libertad, sino que esperan del mismo que les otorgue la posibilidad de disfrutarla. (...) Lo que está en juego, no es la libertad más o menos amplia de actuar en tal o cual dominio; es la libertad total del hombre, la cual no puede ser fraccionada sin que la dignidad humana se mutile" (Burdeau) ⁹.

Pienso que estos pasajes son suficientemente ilustrativos ¹⁰. A pesar de toda la simpatía con que uno pueda ver las intenciones de los autores, sus planteos me parecen poco defendibles desde el punto de vista

⁸ Espero que no se replicará que estoy simplemente proponiendo una "definición persuasiva" de la libertad: es decir, tratar de ganar el "significado emotivo" de esta palabra para un determinado "significado descriptivo", apartándola así de otros contenidos que lingüísticamente se encuentran ligados asimismo al sentido cotidiano del vocablo. (Cf. Charles L. STEVENSON, *Ética y Lenguaje*, Buenos Aires 1971, Paidós, cap. III). En realidad, tratándose de palabras como "libertad", todas las definiciones son "persuasivas". No puedo negar que la mía también lo es, en cierto modo. Pero aquí no cabe otra alternativa que ésta: o bien, proponer una definición —más o menos "persuasiva"— de lo que se entiende por libertad; o bien, prescindir de definiciones al respecto. Por las razones apuntadas (supra I.1), sólo el primer camino es el adecuado para la ciencia del Derecho. Por lo tanto, las definiciones posibles de la libertad habrá que apreciarlas, con vistas al lenguaje jurídico, en función de su precisión y de la medida en que ayuden a poner de relieve distinciones que son esenciales para un empleo más racional de ese lenguaje. Es desde un tal punto de vista que resulta fundamental, según creo, el efectuar la distinción entre libertad y Derecho; lo hemos de ver más de cerca en los desarrollos subsiguientes. Por lo demás, el carácter "persuasivo" de la noción propuesta queda levantado, en buena parte, por el hecho mismo de estar llamando aquí la atención sobre una tal posibilidad, así como por la observación adelantada (supra *ibid.*) en cuanto al carácter relativamente arbitrario de las definiciones. (Para la discusión sobre la medida en que la definición de la libertad configura o no una simple "cuestión de palabras", cf., en mi libro antes mencionado, el num. 31 del cap. que indiqué en la nota 4).

⁹ Georges BURDEAU, *Les Libertés Publiques* (4a. edición), París 1972, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 13 y 97 (los subrayados son míos —E.P.H.—).

de la precisión conceptual. La noción de libertad, así entendida, resulta, como en la teoría platónica de las ideas, un ser que es a la vez ideal y real. Mejor dicho: la libertad es vista como una idea más real que la realidad misma; un ente abstracto, al que empero se le asigna una individualidad y existencia propias, en sí y por sí, en el mundo de los hechos. La confusión es doble. Por un lado, entre hechos (facticidad) e ideales (normatividad). Por el otro, entre lo general (universal) y lo particular (individual). Esos planos no son discriminados, sino asimilados mal que bien, confundidos entre sí, bajo la aureola de la palabra "libertad". No se distingue entre la libertad —como ideal (valor) y como ente abstracto (universal)— y las libertades —como realidades y como concreciones individuales (múltiples y contradictorias)—. Dicho todavía de otro modo: la idea de la libertad se sustituye a la consideración de las libertades, la fascinación que ejerce la primera tiende un manto que no deja llegar la mirada a las segundas. Y a partir de ahí, una vez asimilados (además) derecho y libertad, el contacto entre lo jurídico y la realidad tiende fácilmente a desvanecerse, el cauce queda abierto para el normativismo.

Es cierto que no siempre los autores son totalmente consecuentes en este sentido. A pesar de ese punto de partida proclive al normativismo, suelen no dejar de hacer referencia a tales o cuales aspectos del entorno político y social del Derecho, como lo hace el propio Burdeau. Pero esto no prueba otra cosa que una falta de rigor metodológico. ¡No todos son tan consecuentes, con sus propios presupuestos, como Kelsen! De cualquier manera, esas deficiencias en el punto de partida metodológico no suelen ser indiferentes para los resultados. Desarrollos que parten de dichas bases acusan siempre, al fin de cuentas, en tales o cuales puntos, la presencia de unilateralidades o idealizaciones, o por lo menos innecesarias faltas de precisión¹¹.

¹⁰ En otros sitios es posible encontrarse con un concepto todavía más abstracto de la libertad que el que surge de los pasajes de Burdeau recién transcritos. Valga un ejemplo, tomado de uno de los mejores manuales alemanes de teoría del Estado aparecidos últimamente:

"La igualdad democrática significa: 'Libertad para todos y no solamente para algunos'. (...) Los derechos fundamentales y la democracia se hallan en una relación de dependencia recíproca: la democracia presupone que exista la libertad individual, jurídicamente protegida para todos; y la libertad para todos, presupone la democracia" (Martin KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungstaates*, Reinbeck-Hamburgo 1975, Rororo Studium N° 35, p. 331 y 335).

¹¹ Un ejemplo en otro sentido lo brinda el manual de libertades públicas de Rivero, en donde estos temas aparecen enfocados de modo menos "emocionalizante", pero con sensible ventaja para la precisión del lenguaje jurídico: Jean RIVERO, *Cours de Libertés Publiques, avec mise au jour au 1er octobre 1971*, Paris 1970/1971, Licence 3er année —Les Cours de Droit. De las ideas que expondré en los num. I.4 y II.1, algunos aspectos coinciden con precisiones que Rivero presenta en el punto 2) de su Introducción (cf. sobre todo las p. 10-16). Sin embargo, también él llega a caer ocasionalmente en el platonismo: "Así se justifica la individualización, en el seno de la libertad global, de ciertas libertades: aquellas que el derecho reconoce y organiza de modo especial" (p. 14).

4. En síntesis: para que el Derecho pueda llegar a favorecer de modo efectivo determinadas libertades, importa comenzar por no confundirlo con ellas mismas; es decir, no confundir la norma con la realidad, no sea que la imagen de la norma nos tape la visión de la realidad. Una clara delimitación conceptual entre libertad y derecho aparece entonces como una condición casi imprescindible para juzgar la efectiva repercusión de las normas jurídicas sobre las libertades de los individuos *in concreto*. Sólo así será posible apreciar, en cada caso, en qué medida una normación jurídica alcanza realmente al fin que ella se propone en materia de libertades. Pero esto quiere decir que, si bien libertades y derechos no son la misma cosa, empero existen relaciones entre ellos. Esta afirmación, de índole general, se traduce, para nuestro tema, en la necesidad de determinar más específicamente cuáles son las relaciones entre derechos "humanos" y libertades individuales.

Si los derechos humanos, en la medida en que son derechos, no son libertades, ¿entonces qué son? ¿Y en qué se distinguen de otros derechos? Los derechos humanos, en sí mismos, se conciben como exigencias de "derecho natural". Empleo aquí esta expresión, a falta de otra más adecuada y suficientemente difundida, en el sentido genérico siguiente: derechos que son considerados (con razón o sin razón) como valores absolutos, o sea, como válidos más allá del hecho (contingente) de haber sido o no recogidos por tal o cual ordenamiento jurídico positivo. Este carácter de derecho natural, que tienen los derechos humanos, ha sido frecuentemente señalado. Pero creo que de ello no han sido siempre extraídas las consecuencias metodológicas del caso, sobre todo en cuanto a las relaciones entre derechos humanos y libertad.

Las ideas de derecho natural sirven como criterios para juzgar —criticar o aprobar— los Derechos positivos. Sólo en la medida en que esas ideas son recogidas por la normación positiva, ésta aparece legitimada a los ojos de quienes creen en el valor de aquéllas. De ahí que me parece importante distinguir (con Kriele) entre derechos humanos —"naturales"— y derechos fundamentales —positivos—. Los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales, en la medida en que aquéllos son recogidos por una legislación positiva, es decir, ubicados en un "programa condicional" (Luhmann), garantizado por el Estado en su Constitución¹².

¹² Cf. Kriele, op. cit., p. 150 s. En el mismo sentido, aunque con otra terminología, Rivero señala, con respecto a las libertades públicas, que "ellas son 'derechos humanos' cuya consagración por el Estado los ha hecho pasar del derecho natural al derecho positivo" (op. cit., p. 10). Corresponde acotar que, aun cuando los derechos humanos suelen ser positivizados a través de las Constituciones, no es suficiente —y a veces no es imprescindible— que así ocurra para que podamos hablar, en el sentido apuntado arriba, de derechos fundamentales. Lo que importa sobre todo, para distinguir entre derechos humanos puramente y derechos fundamentales, es que estos últimos estén integrados en un "programa" de Derecho positivo que permita, en función de una adecuada reglamentación jurídica (establecida en la Constitución misma o en otro lado), que los derechos correspondientes tengan exigibilidad ante los tri-

En definitiva, la relación entre derechos humanos (DH), derechos fundamentales (DF) y libertades individuales (LI) se presenta de la manera siguiente. Los DH apuntan a (conciben) la realización de ciertos tipos de LI, esto es, de libertades que se consideran las principales en un momento histórico dado. Para lograrlo, se pugna por transformar esos DH en DF. En la medida en que esto se consiga y la normación jurídica positiva correspondiente sea lo bastante precisa, y suponiendo que el Estado y otros factores sociales apoyen efectivamente su realización, resulta que los DH consagrados como DF constituirán, en mayor o menor grado, condicionantes favorables para la realización práctica de ciertas LI. La efectividad —pero no el valor ni la vigencia normativa— de los DH depende de su encarnación en LI; y para estos efectos, los DF obran como un factor de mediación entre aquéllos y éstas.

5. En conclusión. Recapitulando lo que hemos desarrollado hasta aquí, corresponde retener los siguientes resultados, para una caracterización genérica de los DH:

- i. No son libertades. Si lo fueran, su esencia dependería del factor, contingente, de que fueran realizados o no; además, resultaría entonces que no todos los hombres podrían tener iguales DH.
- ii. No son, en sí mismos, derecho positivo. Porque si fueran simplemente eso, la legitimación para exigir su respeto dependería del factor, igualmente contingente, de que estuvieran reconocidos como DF en los Estados.
- iii. Son criterios jurídicos considerados como valores absolutos (derecho natural), cuya legitimidad está por encima de toda frontera territorial.

De todo esto se sigue que el status de los DH es el de los valores. La discusión acerca de su existencia y sus posibilidades prácticas se plantea, antes que nada, en el plano de lo axiológico, no en el de los simples hechos o el del mero Derecho positivo. Más adelante (III) volveré sobre algunas consecuencias que, para la metodología en este terreno, resultan de la precisión de planos ontológicos esbozada.

bunales. Si se trata, en cambio, de simples proclamas, por más que se encuentren recogidas en la Constitución o en documentos internacionales, eso no altera, de hecho, su carácter de mero derecho natural. (Cf. sin embargo Burdeau, op. cit., p. 22-23, quien se pronuncia contra la utilización del calificativo "fundamentales" para establecer distinciones entre las libertades en cuanto a su naturaleza).

Aquí me referiré a los siguientes puntos: 1. criterios para determinar el contenido de los DH; 2. los DH como postulados no demostrables; 3. papel de la racionalidad jurídica en materia de DH; 4. conclusiones.

1. Con lo que he venido señalando, queda marcado apenas un primer gran deslinde para precisar la esfera de los DH. Pero es un deslinde esencialmente formal y negativo. Formal, porque indica sólo en qué plano genérico se mueve la problemática de estos derechos; pero no nos indica cómo puede saberse cuáles son en concreto, en qué consisten ellos específicamente. Y negativo, porque hemos visto qué es lo que los DH no son en sí mismos (ni LI, ni simple Derecho positivo); pero falta precisar lo que sí son en particular. En una palabra: nos falta encontrar los criterios para determinar, dentro de la esfera de los valores a que apunta el Derecho, cuáles serán específicamente los que entran dentro de la categoría de los llamados DH. Dicha categoría ha exhibido, a través del tiempo, contenidos que muestran variaciones. ¿Cómo hacer entonces para saber, en un momento histórico dado, qué derechos merecen ser proclamados como propiamente "humanos"? A esta pregunta pueden responder diversos tipos de criterio. Quiero señalar las cuatro grandes posibilidades siguientes:

- i. un criterio positivista-legalista; documento voluntarista o naturales
- ii. criterios materiales casuísticos; principio último y definitivo
- iii. un principio general de carácter material; legítimo valor principios part.
- iv. un principio general de carácter formal, pragmático.

Estaríamos frente a un criterio positivista (i), en el caso de que, para decidir si una determinada reivindicación corresponde al campo de los DH, bastara con atenerse a la circunstancia de que tal derecho se encuentra establecido en un cierto documento. Este aparecería entonces como el cartabón por excelencia para juzgar en la materia. Así, por ejemplo, podría decirse simplemente que DH son todos aquellos que aparecen enumerados como tales en la Declaración de 1948. Sin embargo, aun suponiendo que la Declaración fuese en todos los casos precisa, pienso que ella no puede suministrar el criterio de última instancia en este campo. Y ello porque, si así fuera, tendríamos que concluir que los DH son tales por el solo hecho de estar mencionados en un texto determinado. Bajo ese supuesto, dichos derechos tendrían un carácter más bien voluntarista, no serían derechos propiamente "naturales".

La idea de derecho natural, en cualquiera de las numerosas variantes que de ella han ofrecido distintas concepciones teóricas¹³, siempre presenta un rasgo esencial, común a todas ellas: esos derechos constituyen algo cuya validez se considera como estando ubicada más allá de la libre disponibilidad del legislador. Es algo que vale, pues, no porque

sea recogido en un documento (de Derecho positivo o no), sino que, por el contrario, se entiende que el valor de tales documentos *deriva* de otra cosa: de la circunstancia de ser congruentes con ciertos valores, "naturales", que los trascienden. El legislador no hará más, en todo caso, que darles forma concreta, es decir, mayor practicabilidad, pero él no los crea propiamente. Quiere decir que tales documentos sólo tienen valor, desde el punto de vista del derecho natural, porque recogen derechos que están por encima de cualquier "Declaración". Y esta palabra misma lo está diciendo: los DH se *declaran*, o sea, que los documentos correspondientes *no son* de naturaleza constitutiva. Cuando son "declarados", aquéllos pueden, en todo caso, pasar a ser DF, positivos; pero así y todo, eso no alcanza para llegar a entender que sean propiamente "establecidos", creados, fundados, por un legislador (humano).]

Las Declaraciones requieren, pues, ser *justificadas*. Y esto sólo puede hacerse en función de criterios que las trasciendan. Ahora bien: ¿cómo determinarlos? Una posibilidad sería la de postular que cada uno de los DH constituye, respectivamente, un principio específico autónomo, que es último y definitivo en sí mismo, o sea, no derivado de ninguna idea de índole más general. Se trataría, en consecuencia, de remitirse a una especie de *casuística* (ii), en donde el contenido de cada tipo de DH resultaría determinado por una intuición *directa* de valores *materiales*, favorecida (acaso) por circunstancias de orden histórico-social. Ahora bien: si tal posición no se acepta, habría que buscar un principio *general* (iii o iv) capaz de legitimar a todos los principios particulares. ¿Pero es viable tal camino?]

Se podría pensar, como frecuentemente ocurre, en un principio general de orden material (iii): por ejemplo, en la "dignidad" de la persona humana. Mucho me temo, sin embargo, que, para los efectos de la *ciencia* jurídica, un principio de tal carácter no se halle en condiciones de prestar mucho servicio. Y esto porque, dada la extrema vaguedad del mismo, es decir, por el hecho de que puede ser interpretado —y es interpretado— de las más variadas maneras, ese criterio se revela, en la práctica, más bien como un no-criterio. ¿Se sabe de algún régimen que no entienda estar defendiendo la "dignidad" de sus ciudadanos, o la libertad de los hombres "dignos"? Esta palabra, u otras similares, tienen un cierto sentido funcional en el campo de la ideología política, por supuesto. Pero al jurista, *en tanto que hombre de ciencia*, no se ve qué servicio podría ella brindarle para construir de manera *racional* su lenguaje normativo.

En fin, lo cierto es que, hasta ahora, dada la heterogeneidad de contenido de lo que ha sido llamado DH, así como por su variación

¹³ Para un rico panorama de las muy variadas combinaciones de significación posibles en la expresión "derecho natural", cf.: Erik WOLF, *El Problema del Derecho Natural*, Barcelona 1960, Ariel. El autor pone también de manifiesto, en el capítulo final (tesis 2), cómo al jusnaturalismo puede corresponderle tanto una función progresista como conservadora.

histórica, nadie ha podido aún señalar un principio general *material*, del cual los DH específicos puedan seguirse de modo riguroso. Podríamos entonces conformarnos, en cambio, con algún principio simplemente *formal* (iv), de carácter más bien pragmático? ¿Alcanzaría eso para decidir si, en un momento histórico determinado, tal o cual reclamo constituye propiamente un "derecho humano"?

Un criterio formal semejante, si quiere corresponder a la experiencia histórica, podría tal vez ser formulado más o menos de la manera siguiente, fundamentalmente descriptiva: DH son, en cada lugar y momento, aquellas aspiraciones, de sentido jurídico, que la conciencia de ciertos pueblos —virtualmente la de todos ellos— reconoce como supremos, entendiéndolos de carácter supraordinado a toda legislación positiva. Son valores tan generalmente aceptados que, en principio, nadie llega a negarlos de modo público (por más que, en su caso, tales o cuales gobiernos puedan reconocerlos sólo de palabra, violándolos de modo deliberado en los hechos).

El contenido de tales valores jurídicos se encuentra, por supuesto, sometido a variaciones en el tiempo¹⁴. No es empero esa variabilidad lo que plantea las mayores dificultades para alcanzar una conceptualización suficientemente precisa, que en cada caso permita saber si estamos ante la formulación de un DH propiamente dicho. En verdad, el mayor factor de imprecisión resulta de la necesidad de determinar más concretamente qué ha de entenderse, en esta materia, bajo la remisión a una "conciencia de los pueblos".

Distintas delimitaciones serían posibles, aunque en realidad es difícil de hallarlas formuladas con precisión en los estudios sobre DH. Podría pensarse, por ejemplo, que se trata de los ideales jurídicos más indiscutiblemente reconocidos en el seno de los pueblos civilizados, o por las capas de población con instrucción suficiente, o por las capas socialmente dominantes, o simplemente por la mayoría de la población, etc. Es obvio que no todas estas delimitaciones traerían aparejadas iguales resultados, si a partir de ellas se pretende indagar empíricamente el contenido concreto de los DH. Por lo demás, habría que establecer con mucha mayor precisión los límites de los referidos grupos de "conciencia", para estar en condiciones de someter sus ideas a encuestas u otros medios de indagación sociológicos. Sólo de esta manera sería posible determinar *científicamente* las concepciones predominantes en el

¹⁴ En realidad, las diferencias de contenido (concreto) se dan no solamente en el tiempo, sino también en el espacio. Hay que tener en cuenta que la personalidad de cada individuo se autorrealiza en un medio cultural determinado. Los criterios de valor son relativos a cada medio. Y tales cuadros culturales son, como lo demuestra la etnología, muy diferentes en lo que va de una civilización a otra, inclusive en la actualidad. De ahí que uno de los caracteres más "universales" de los DH debería referirse, justamente, a la necesidad de respetar la individualidad cultural de cada pueblo y, por ende, afirmar el derecho de cada individuo a realizar precisamente los valores según son entendidos en su propio pueblo. Cf. Melville J. HERSKOVITS, "Statement on Human Rights", en *American Anthropologist*, N° 49 (1947), p. 539-543.

seno de dichos grupos; para que luego, a partir de allí, el jurista pueda construir la conceptualización necesaria, con vistas a su integración dentro de la sistemática del Derecho.]

2. No se me oculta que esta alusión a la posibilidad de emplear medios sociológicos, para contribuir a determinar el contenido de los DH, puede sonar un tanto absurda en los oídos de muchos juristas. Los teóricos en materia de DH nunca han entendido que sus ideas estarían sometidas a tal género de comprobaciones, a procedimientos *estrictamente* científicos de *verificación*, a rigurosos contralores de carácter empírico. Y es posible que, en efecto, sea absurdo proponerlos: una afirmación de valores, en la medida en que éstos sean considerados absolutamente, no puede ser derivada ni medida en función de circunstancias meramente fácticas, como el hecho de que tales o cuales sectores de población hayan o no creado conciencia de dichos valores. Pero si se parte de tal punto de vista, no hay más remedio que llegar, si no queremos engañarnos a nosotros mismos, a una conclusión un tanto escéptica: la materia de los DH, su contenido específico en la encrucijada histórica, no puede ser objeto de determinación por métodos científicos, sino que es algo que simplemente se acepta como postulado. Se trataría de postulados que, como tales, no son pasibles de justificación; no lo son, por lo menos, sobre el plano del razonamiento jurídico mismo.]

Todo esto no es, en definitiva, más que una consecuencia lógica del hecho de haber reconocido que los DH son derecho natural, valores últimos sobre el pentagrama de las nociones jurídicas. Y, ya se sabe, los valores últimos nunca pueden ser demostrados, sino sólo mostrados. Desde este punto de vista, la lucha en favor de los DH —mejor dicho: de lo que se entienda por “derechos humanos”— constituye por cierto un riesgo desde una perspectiva puramente racional. Pero es un riesgo que está, puede decirse, en la “naturaleza de las cosas”. No hay más remedio que aceptarlo como tal. Porque vivir es eso, arriesgarse en función de valores. La lucha por DH es una apuesta de los pueblos. Una apuesta a ciertos valores que se han ido abriendo conciencia, a través de muchos tropiezos, en la historia del mundo occidental¹⁵. Quienes violan esos derechos, ellos también “apuestan”, claro está; pero en un sentido muy distinto, eso sí.

Lo que importa es que cada uno sepa de qué lado está y lo que eso implica. Un enfoque racional puede ayudarnos a ver más claro en esto, iluminando mejor la naturaleza de las alternativas; pero no nos puede dispensar de la elección misma, de *decidir* cuál de los caminos hemos de *querer* tomar. Es, en definitiva, un problema de conciencia. Y en este extremo, ningún método científico puede exonerar a cada uno de enfrentarse a la necesidad de optar por sí mismo. No hay que engañarse: también la racionalidad, también el pensamiento científico, tienen sus límites!

Por fortuna, el límite de la racionalidad es la voluntad humana.

¹⁵ Cf. el libro de Kriele citado en la nota 10.

✓ Sería hermoso que los valores últimos, por ejemplo los DH, fueran susceptibles de ser demostrados, si no como las verdades de las matemáticas puras, por lo menos con un grado de intersubjetividad análogo al de las leyes que formulan las ciencias empíricas. Lamentablemente, no disponemos de esa posibilidad.] *Vicio racionalista acolla tu número a voz y crucha el arrelato indeseable de la racionalidad.*

3. Comencé señalando que iba a tratar de examinar la problemática de los DH desde un punto de vista racional, y he terminado por llegar a la conclusión de que esos derechos no son *en sí mismos* susceptibles de una demostración de esa índole. ¿No estaré rebatiendo mi propio punto de partida? No lo creo así. En primer término, porque el presupuesto mismo de un enfoque racional, es el hecho de ser conciente de los límites que esa misma racionalidad presenta, en función del objeto al cual se aplique. Pero en segundo término porque, y esto es fundamental, hay que tener en cuenta lo siguiente. Del hecho que los DH no sean —repito: *en sí mismos!*— un producto de racionalidad, no se sigue que, una vez aceptados como postulados, no puedan ser objeto de construcciones conceptuales y de consecuencias prácticas racionales. Toda ciencia parte de presupuestos que ella admite como simplemente dados; y la elaboración de esa ciencia consiste justamente en establecer relaciones racionales *a partir* de esos datos, esto es, independientemente del hecho de que dichos datos puedan o no ser objeto de alguna justificación más fundamental. No otra es la misión del jurista frente a la materia de los DH. Tomarlos como postulado, sí, pero, *a partir de ahí*, “construir” normaciones jurídicas congruentes, es decir, lo más racionales posibles. Y con esta acotación queda hasta cierto punto diluido, en toda la medida de lo racionalmente aceptable, el escepticismo de la conclusión a la que tuvimos que llegar antes (*supra*, 2 *in limine*), al señalar el carácter necesariamente postulativo de la afirmación misma de los DH.

El hecho de que se postule tal o cual derecho como necesariamente “humano” podría tal vez ser explicado, desde puntos de vista causales, según la dinámica de la conciencia social del medio en que el jurista está inmerso. Pero desde el punto de vista axiológico, ese derecho es, como hemos visto, un *a priori*. Para otorgarle al mismo racionalidad jurídica hacen falta dos cosas. (i) Ante todo, una vez aceptado un derecho humano determinado, es necesario hacerlo pasar de su estado “en bruto” —es decir, de su puro carácter de derecho natural— a un estado “en limpio” —es decir, darle el mayor grado de precisión posible—. (ii) Una vez así precisado y puesto en relación con otros conceptos jurídicos, podrán extraerse de allí, por vía *racional*, consecuencias prácticas (para lo cual, por supuesto, se deberá también tener muy en cuenta los resultados de otras ciencias: sociología, economía, etc.).

Esta labor del jurista puede, a su vez, darse en dos esferas: en su contribución a proyectos de legislación (nacional o internacional) para establecer DF, o en la elaboración de construcciones jurídicas a partir de DF ya positivizados. Pero aun para los casos en que ni lo uno ni lo otro sea posible, cuando se trata de juzgar la situación de los DH en

países que no tienen una legislación que los ampare debidamente, entonces el jurista, trabajando con conceptos debidamente racionales, puede poner en evidencia de modo científicamente más preciso cuáles son las violaciones a los DH, desde el punto de vista de una dogmática jurídica rigurosa. Y como lo que es válido como Derecho en la opinión de los científicos de la materia, constituye un factor que también juega en el marco de las ideas sociales, el análisis jurídico de tales situaciones puede tener su importancia incluso para la defensa práctica de estos derechos. Es cierto que la eficacia no dependerá *siempre* del grado de racionalidad de la argumentación desarrollada. Pero una conceptualización de esos derechos que sea lo bastante precisa permitirá, por lo menos, desmontar en forma más rigurosa las falacias de juristas (¡también los hay!) que defienden las posiciones de gobierno que los están violando.

4. *En conclusión.* El jurista recoge la materia de los DH en la conciencia social de su medio. Mas es difícil hallar un principio general, sea material o formal, lo bastante preciso como para "derivar" del mismo cada DH en particular. Sin embargo, el jurista puede llegar a precisar cada uno de éstos, para hacerlos manejables de modo más científico. Pero para eso debe partir de la diferencia entre derechos y libertades.

III

Para terminar, quisiera recapitular algunas de las consecuencias metodológicas que, para la teoría de los DH, resultan de lo señalado hasta aquí. Pienso que esas consecuencias no carecen de importancia para una adecuada conceptualización jurídica y, por eso mismo, para un mejor manejo técnico de las categorías correspondientes por parte del jurista. Me limitaré ahora a subrayar ciertas ideas que ya fueron insinuadas en los desarrollos precedentes o que se siguen muy cercanamente de ellas.

a) *Límite material de los DH.* Desde el punto de vista de su contenido, los DH no pueden aspirar a una igualdad plena de las LI, igualitarismo que sería utópico, sino simplemente a asegurar un *mínimo* esencial de libertades, por más que éste se pueda oponer a otras libertades. (Un ejemplo: Supóngase que, para combatir una ola de delincuencia, que se traduce especialmente en atentados a la propiedad privada, la tortura aparezca como el medio policial más eficaz para descubrir a los delincuentes. Sin embargo, si partimos de la base que una práctica semejante es violatoria de los DH, tendremos que renunciar a la aplicación de tal medio; por más que esa renuncia a aplicarlo se tradujere en perjuicio de otras libertades, es decir, de la seguridad patrimonial de quienes resultan víctimas de dicha delincuencia.)

b) *Límite de la racionalidad jurídica.* Los DH no pueden ser demostrados, sino que son ellos mismos el fundamento de toda argumentación jurídica en esa materia. La racionalidad de tales derechos se agota en el hecho de ser precisado su contenido y sus relaciones con otros institutos jurídicos, pero no es posible justificar su esencia misma. Lo que sí puede ser justificado son tales o cuales concreciones particulares que se siguen, racional y/o empíricamente, de la definición por la cual aquellos derechos (naturales) hayan sido explicitados. Los DF o aplicaciones de los mismos pueden, pues, fundarse en los DH; pero estos últimos son, en sí mismos, de naturaleza *apriorística* sobre el plano del pensamiento jurídico.

c) *Planos ontológicos.* Los DH, en tanto que valores, sólo pueden ser limitadamente "rebatidos" por los hechos. Lo fáctico importa, ciertamente, para la "programación" más eficaz de DF; pero no para determinar la *legitimidad* última de éstos en cuanto DH, como objeto de reivindicación por parte de individuos o de grupos sociales.

d) *Resolución de antinomias.* Las antinomias entre DH (concretados o no en DF) y otros tipos de derechos, o de DH entre sí (supuesto que surjan incompatibilidades en su aplicación práctica), se resuelven, en definitiva, sobre el plano de las *jerarquías de valores*, no sobre el del mero análisis de lo empírico. La dogmática jurídica constituye, en este sentido, nada más que un *instrumento* de racionalidad, subordinado —en tanto que instrumento— al apriorismo axiológico de los valores en juego. (Por ejemplo: el derecho de toda persona a abandonar cualquier país puede entrar en colisión con el derecho de soberanía de un Estado, si sus gobernantes entienden que no deben permitir el libre abandono del territorio a los nacionales. Siempre son objeto de reglamentación jurídica, las condiciones en que ese abandono puede tener lugar —ningún Estado permite, por ejemplo, que salgan los presos de derechos común o que la gente salga sin llenar ciertos requisitos de tipo aduanero—. Pero la reglamentación será muy diferente si se parte de la base de que emigrar es un "derecho humano", que si se considera que debe primar la soberanía estatal. Que deba en principio predominar (o no) lo primero, es algo que aparece fundado apriorísticamente, en función de una escala de valores, dando por supuesto que se acepte esta escala. —Podría aquí traerse a colación igualmente el ejemplo que dimos antes, en (a), sobre la tortura). Quiere decir que, para resolver tales antinomias, el *prius* (lógico) es una afirmación apriorística de valores. Pero a partir de la misma, las soluciones registradas por la legislación y la dogmática pueden constituir derivaciones *racionales*.

e) *Importancia metodológica de la idea de libertad.* El plano de lo normativo-jurídico, para alcanzar eficacia, debe ser a la vez distinguido de y complementado con la referencia al plano de la facticidad

social. Dicho de otro modo: no hay que perder de vista la tensión existente entre derechos y libertades, es importante no confundir los unos con las otras. Aunque tales o cuales LI constituyen la finalidad de tales o cuales derechos, no debe olvidarse que estos últimos no son más que programas, mientras que aquéllas no son el programa mismo sino su meta. La idea de LI viene así a suministrar un precioso elemento de engarce entre normatividad y facticidad. Por un lado, las LI están, de cierta manera, en el derecho mismo: ellas lo integran, sobre el plano de la idea, en calidad de finalidades —fines sin los cuales la normación misma no puede ser entendida—. Pero por otro lado, esas libertades están en realidad fuera de la norma, ya que, para que ellas existan propiamente, tienen que concretarse en la dinámica social. Las libertades específicas a que apunta cada derecho suministran, así, el elemento de comparación y de ajuste más estrecho entre lo normativo y lo fáctico¹⁶. Quiere decir que una clara idea sobre las LI puede contribuir, en cada caso, en la instancia inicial a programar más realísticamente la normación jurídica, y más tarde a controlar en qué medida los derechos correspondientes están provocando verdaderamente los efectos sociales perseguidos.

f) *Eficacia jurídica e interdisciplinaridad*. La noción de DH constituye un arma de combate, precisamente para la promoción de las LI a que tales derechos apuntan. Una firme conciencia de la importancia de los cinco aspectos antes mencionados (a-e) puede favorecer esta "lucha por el Derecho" (Jhering), en cuanto eso contribuye a que el jurista tenga una visión menos estrechamente normativista. Como la normación jurídica no es un fin en sí, sino que está destinada a encarnarse en efectos sociales, una adecuada consideración de los límites propios de lo normativo puede tener por consecuencia que la conceptualización del Derecho, al ser más realista, sea también más eficaz. En este sentido, la interdisciplinaridad constituye un requisito indispensable. Ella resultará favorecida en la medida en que los conceptos jurídicos sean más racionales y más realistas. Yo diría que el jurista está tanto mejor pertrechado para luchar eficazmente en favor de los DH, cuanto más claro vea, como punto de partida para su metodología, cuáles son las relaciones, pero también las diferencias, que existen entre el plano de los derechos y el de las libertades. Semejante conciencia de su parte constituye, por lo demás, condición *sine qua non* para una colaboración fructífera entre la teoría del Derecho y las ciencias sociales empíricas. Una más precisa reflexión sobre las relaciones entre derechos y libertades, también en el ámbito de los DH, podría coad-

¹⁶ Para un fino análisis de la relación general entre normatividad jurídica y realidad social, aunque sirviéndose de una noción de Derecho que me parece demasiado amplia, cf.: Julio Luis MORENO, *Los Supuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica*, Montevideo 1963, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

yuvar, según me parece, a rescatar la ciencia jurídica de un encierro que no la favorece.

*
**

Comencé esta exposición subrayando que mis observaciones se referirían a las posibilidades de un enfoque racional de la problemática jurídica en materia de DH. He puesto el acento en la necesidad de distinguir entre derechos y libertades, para alcanzar una conceptualización más racional, pero también más realista, en ese terreno. El error de la teoría tradicional ha sido doble. (a) Se ha confinado la idea de libertad al plano de lo normativo; o, por lo menos, no ha sido mantenido siempre presente que lo normativo no puede constituir más que un aspecto de las LI y que la plena realización de éstas está más allá de la normatividad misma. (b) Por esa idealización normativista de la noción de libertad, al asimilarla a la de derecho, se ha olvidado que no existe la libertad sino las LI; y tampoco se ha considerado lo bastante, que éstas se encuentran no sólo en una cierta "tensión" con el Derecho, sino que además, en los hechos, las libertades de unos se oponen dialécticamente a las libertades de otros. Es así que el normativismo —manifestándose aquí en esa confusión entre derecho y libertad— ha impedido una más estrecha colaboración de los juristas con sociólogos, economistas y politólogos, para el análisis de la problemática de los DH.

Nada de esto va en mengua, por supuesto, de la importancia que debe corresponder a la labor del jurista en ese campo. Porque si las ideas también juegan, como creo; si ellas no constituyen un simple reflejo o epifenómeno, un eco pasivo y más o menos inocuo de otros factores: entonces el jurista tiene una misión que cumplir aquí. Precisamente por eso, a él más que a nadie ha de importarle la justeza —¡no sólo la justicia!— de las ideas que maneja. Pues es un instrumento de orden conceptual, lo que han de emplear quienes se dedican al Derecho. Y es ésta la única herramienta de que pueden valerse en tanto que juristas. Por ello he querido poner el acento en la necesidad de afirmar la precisión de esa arma, nuestra arma, también cuando se trata de los DH.

Reclamar más racionalidad en la conceptualización de tales derechos, quiere decir ni más ni menos que exigirle al pensamiento jurídico un nivel lo más científico posible, y por eso mismo más efectivo. Pienso que es ésa la contribución más propia que el jurista, como tal, puede aportarle al campo de quienes se están esforzando para que los derechos humanos consigan trocarse en libertades. Ahí está la tarea, para juristas y para no juristas: lograr que los derechos humanos sean más que tales, que se encarnen, en derechos fundamentales pero sobre todo en libertades individuales. En América Latina, por supuesto, no estaría demás que así sucediese.

ANEXO

Puede ser oportuno recapitular, en forma esquemática, las principales tesis desarrolladas a lo largo del artículo precedente. Lo haré en el mismo orden en el cual las ideas correspondientes fueron presentadas en el cuerpo del artículo.

I

- Tesis 1:* Toda ciencia es un lenguaje bien construido. La noción de DH debe ser lo bastante *precisa* y *diferenciada* para que sea aplicable en el marco de una *ciencia* jurídica.
- Tesis 2:* Las definiciones son más o menos arbitrarias, pero necesarias para subrayar diferencias *objetivas*.
- Tesis 3:* La libertad pertenece al plano de los *hechos*; el Derecho, al de lo *normativo*.
- Tesis 4:* No existe *la* libertad, sino *las* libertades; éstas son infinitamente variadas en sus concreciones individuales, y además son antinómicas.
- Tesis 5:* El Derecho está programado para que sea un edificio conceptual armonioso; aunque *se refiere a* libertades (tiene por fin favorecerlas o limitarlas), no consiste *él mismo* en libertades.
- Tesis 6:* Para que el Derecho pueda efectivamente llegar a favorecer tales o cuales libertades, *metodológicamente* importa mucho no confundirlo con las mismas.
- Tesis 7:* Los DH no son libertades, sino exigencias de derecho natural: valores considerados como *absolutos*, de legitimidad suprapositiva.
- Tesis 8:* Los DH son, pues, criterios para *juzgar* al Derecho positivo; y en la medida en que aquéllos aparecen incorporados a éste, pasan a ser *derechos fundamentales*.

Tesis 9: Entre DH, DF y LI existe la siguiente relación: los DF *pueden* obrar como factor de *mediación* entre el carácter puramente axiológico de los DH y el carácter esencialmente fáctico de las LI.

En conclusión.—Para una caracterización *genérica* de los DH importa subrayar que:

- i. no son libertades;
- ii. no son, en sí mismos, Derecho positivo;
- iii. son criterios jurídicos considerados como valores absolutos.

II

Tesis 10: El contenido *específico* de los DH podría ser determinado en función de cuatro tipos de criterios:

- i. un criterio positivista-legalista;
- ii. criterios materiales casuísticos;
- iii. un principio general de carácter material;
- iv. un principio general de carácter formal, pragmático.

Tesis 11: En definitiva, ese contenido puede ser *mostrado*, pero no demostrado jurídicamente; una vez aceptada su validez, tales contenidos fungen, para la *ciencia* del Derecho, como *postulados* que sirven de fundamento último en la materia.

Tesis 12: En cuanto a los DH, la racionalidad jurídica consiste en *precisar* (pasar "en limpio") el contenido de los postulados en cuestión, de modo de hacer viable su empleo en un lenguaje científico, esto es, para poder extraer de ellos consecuencias prácticas *racionales*.

Tesis 13: Para que dicha racionalidad esté en condiciones de alcanzar mejor sus fines prácticos, es necesario tomar debidamente en cuenta las *relaciones* y las *diferencias* que existen entre el plano del Derecho y el de las libertades.

En conclusión.—El jurista recoge la materia de los DH en la conciencia social de su medio, a partir de donde, tomándolos como postulados, debe precisarlos para que sean manejables en un lenguaje científico (considerando, para ello, tanto las diferencias como las relaciones que existan entre Derecho y libertades).

III

De las tesis precedentes se siguen las siguientes consecuencias de orden metodológico:

- i. *Límite material de los DH.* Los DH no pueden aspirar a una igualdad plena de las LI, igualitarismo utópico, sino simplemente a asegurar un *mínimo* esencial de libertades, históricamente variable.
- ii. *Límite de la racionalidad jurídica en materia de DH.* Una discusión racional en este campo puede referirse sólo a *consecuencias* (lógicas o empíricas) que se siguen de una precisión conceptual de tales derechos, pero no a la justificación de éstos en sí mismos.
- iii. *Plano ontológico de los DH.* Los DH pueden ser sólo limitada-mente "rebatidos" por los hechos; pero lo fáctico debe ser tenido muy en cuenta para alcanzar una programación más eficaz de DF.
- iv. *Resolución de antinomias.* Las eventuales antinomias entre DH, o entre éstos y otros tipos de derechos, se resuelven, en lo fundamental, sobre el plano de las jerarquías de valores, no sobre el del mero análisis de lo empíricamente dado o del Derecho positivo.
- v. *Importancia metodológica de la idea de libertad.* Puesto que los DH y los DF apuntan a LI, una clara noción de estas libertades sirve como elemento de *engarce* entre lo normativo y lo fáctico, esto es: para crear (primero) y para juzgar (después) la norma, a la luz del cumplimiento de su finalidad práctica (la de promover o limitar ciertas libertades).
- vi. *Eficacia jurídica e interdisciplinaridad.* Una firme conciencia de los cinco aspectos antes mencionados, sirve para afiliarse a una visión menos normativista del Derecho y, por consiguiente, a favorecer el desarrollo de la interdisciplinaridad en materia de DH; ello constituye, por lo demás; requisito indispensable para una labor científica (conjunta) más eficiente en ese campo.

DICTAMENES

DICTAMEN

INFORME PARA LA COMISION ESPECIAL QUE ESTUDIA LA
SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DEL PRIVILEGIO
CONSTITUCIONAL AL DIPUTADO LICENCIADO
RODOLFO PIZA ESCALANTE

Prof. Luis Varela
Asesor Parlamentario

La Asamblea Legislativa en sesión Plenaria del ocho de setiembre del año en curso, acordó integrar una comisión especial para estudiar la comunicación enviada por la Corte Suprema de Justicia, que pone en conocimiento de ella el requerimiento fiscal ordenado en el expediente número 1053, por el delito de uso indebido de correspondencia, seguida contra el diputado Rodolfo Emilio Piza Escalante, en perjuicio de José María Plá Horrit.

En sesión número 2, celebrada el 22 de setiembre de este año, la Comisión aprobó una moción de los diputados Corrales Bolaños y Arce Sánchez, para que el Departamento de Servicio Técnico vertiera su opinión legal con respecto a dicha solicitud, con base en el expediente, y las normas legales aplicables.

En cumplimiento de ello, este Departamento se permite rendir el siguiente informe, que de acuerdo con los términos de la misma moción ha sido preparado dentro del menor tiempo posible.

El Marco Legal:

La Corte Plena, al remitir el requerimiento fiscal, lo hizo sin "ninguna apreciación sobre el fondo", y para los fines del artículo 173 del Código de Procedimientos Penales. Con ello, la Corte tuvo presente que de conformidad con lo dispuesto por los incisos 9 y 10 del artículo 121 de la Constitución Política vigente, es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa admitir o no las acusaciones que se interpongan contra los miembros de los Supremos Poderes, cuando se trate de delitos funcionales, y decretar la suspensión de cualesquiera de esos funcionarios por delito común. En ambos casos, entonces, es necesario que la Asamblea se pronuncie previamente, pero mientras que en el primer caso, de los delitos funcionales, la Asamblea Legislativa se convierte en especie de tribunal de primera instancia, al admitir la acusación y poner al imputa-

do a disposición de los Tribunales de Justicia; en el segundo caso, los propios tribunales instruyen, por tratarse de un delito común. Pero ante la existencia de un obstáculo insalvable, fundado en el privilegio constitucional del artículo 110 de la Constitución Política, en el caso de los diputados, debe solicitar a la Asamblea, por los medios establecidos al efecto, que el privilegio constitucional le sea suspendido al diputado, a efecto de poder continuar con la instrucción del asunto.

En nuestro criterio, además, en este segundo caso, sea cuando se persigue al diputado por delito común, la suspensión se ordena por simple mayoría de votos, sin necesidad de que tenga que darse una votación calificada, como sucede cuando se trata de delitos funcionales. No otra cosa se puede concluir del inciso 10) del artículo 121 Constitucional, sobre todo si el mismo se relaciona con la disposición constitucional precedente que sí establece la necesidad de una votación calificada, y el artículo 119 de la propia Constitución Política. Así lo interpretó el mismo Plenario de la Asamblea, en el caso del diputado don Pedro Ferrandino Calvo, a quien por acuerdo número 995 de 21 de abril de 1970 se le levantó su "fuero privilegiado" a solicitud del Juzgado Penal de Hacienda, por votación de 25 votos afirmativos contra 22 negativos. (Véase el expediente N° 4166 de 3 de abril de 1970).

El procedimiento a seguir, en tal caso, está indicado por los artículos 173 en relación con el 175 ambos del Código Procesal Penal vigente, y el artículo 90 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, que se reduce a la integración de una comisión especial de tres miembros, a fin de que informe si el privilegio —o fuero como lo llama el artículo 90 del Reglamento— debe o no ser levantado. En tal procedimiento se concederá al imputado el derecho de elegir defensor o defenderse personalmente desde el primer momento.

Si la Comisión concluye que existen suficientes méritos para levantar la inmunidad, así lo comunicará al Plenario para que, conociendo sus razones y los documentos de sus actuaciones, celebre el antejuicio que ordena el artículo 175 del Código de Procedimientos Penales. La votación respectiva se llevará a cabo de manera secreta, conforme lo ordena el artículo 82 del Reglamento.

El acuerdo que se toma, en un sentido o en otro, se votará en una sola sesión, y deberá publicarse en el Diario Oficial de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución Política vigente.

Renuncia del privilegio constitucional:

En el presente caso, de acuerdo con el estudio del expediente, se ha planteado el problema de la procedencia o no de la renuncia al privilegio constitucional, ya que el diputado involucrado, en diversas instancias y por distintos medios ha hecho renuncia de aquél.

En nuestro criterio tal renuncia es admisible, de conformidad con lo que establece el artículo 110 de la Constitución Política, que es ta-

jante, en cuanto prevee que la inmunidad conferida al diputado se haga nugatoria si éste renuncia a la misma, o si se trata de un caso de flagrante delito, sin que pueda argüirse que ese artículo se refiere tan solo a la privación de libertad, porque si el diputado le está prohibido renunciar para ser reducido a prisión, que es lo más, también le estará permitido renunciar para que, sin perder su libertad quede sometido a la jurisdicción penal ordinaria por la comisión de hechos que ya las autoridades, ya los particulares puedan considerar delictuosos. De allí que no resulta del todo claro el pronunciamiento por la Corte en el acuerdo tomado por el artículo XIV de la Sesión número 47 de las 13:30 horas del 8 de agosto del presente año, en que sin entrar a analizar con profundidad el problema anterior, la Corte Plena dispone aplicar las normas correspondientes al Código de Procedimientos Penales, por encima de lo que dispone el referido artículo 110 de la Constitución, de mucho mayor jerarquía que las normas aplicadas supletoriamente por la Corte. Y aunque dicho pronunciamiento, no establece una política clara de parte de nuestro Poder Judicial, por lo menos en el caso que comentamos, niega todo efecto a tal renuncia.

Por ello, en nuestro criterio, resulta más acertada la tesis del Ministerio Público en el sentido de que, en principio la renuncia es aceptable, pero que la misma no era de recibo por haber sido hecha de manera condicional, y no constar en documento auténtico.

Interpretada a contrario sensu la opinión del Ministerio Público, que nosotros compartimos, es la de que si la renuncia se hubiere hecho sin condición alguna, y en documento auténtico, la misma hubiere producido todos los efectos previstos en el artículo 110 de la Carta Constitucional, que aunque no reglado en la práctica, es claro, preciso, y no admite interpretación en contrario.

Se plantea, en todo caso, si la renuncia se puede hacer pura y simplemente ante cualquier órgano, o aún ante particulares; e integrando las normas para salvar la laguna existente, creemos que la renuncia debe ser hecha ante el órgano al cual pertenece el diputado, es decir, ante el Plenario de la Asamblea Legislativa, o ante la Comisión integrada para estudiar el caso, quien entonces deberá elevar tal renuncia al conocimiento de la Asamblea para que tome nota de ella, sin que ésta pueda enervar sus efectos.

No pareciera procedente que la Asamblea conozca de tal renuncia, sino es para tomar de ella y comunicarlo a quien corresponda, pues ninguna atribución constitucional tiene la Asamblea para aceptar o rechazar la renuncia, que pareciera ser una atribución conferida al diputado exclusivamente. Por tal razón, nos parece incorrecto el trámite seguido por la Asamblea en el caso de la renuncia hecha por el Diputado Frank Marshall Jiménez, para someterse a juicio ante el Juzgado Penal de Hacienda, según consta en el acuerdo número 814 de 15 de enero de 1968, al someter a votación tal renuncia y aprobarla. (Véase el expediente número 4288 de 15 de enero de 1968).

El Antejudio:

El término antejudio, usado por el artículo 175 del Código de Procedimientos Penales, se refiere al acto por el cual, el Plenario de la Asamblea conoce y discute el informe que la Comisión rinda, acerca de su criterio de existir o no mérito para el procesamiento. En nuestra opinión, el informe de la Comisión debe discutirse en Plenario, aún en el caso de que sea negativa, ya que otra cosa sería delegar una potestad que corresponde al Poder Legislativo como tal, integrado por todos sus miembros, en una pequeña comisión, y aunque el criterio contrario podría sustentarse en una interpretación literal del referido artículo 175, consideramos que la misma sería errónea en presencia de una norma superior, la del artículo 121 de la Constitución que atribuye a la Asamblea, como tal, y de manera exclusiva esa competencia.

En todo caso, cabe apuntar que el juicio que la Asamblea celebre, no debe en ningún momento estar sometido a ritualismos ni formalidades especiales, y que el mismo, aún cuando sea desfavorable para el funcionario implicado, no conlleva una declaratoria que implique obligación para el Poder Judicial, que sigue manteniendo su atribución exclusiva de resolver definitivamente sobre la culpabilidad o no del funcionario. Lo que hace la Asamblea, si aprueba el informe de la Comisión —o lo revoca en caso de ser negativo— es poner a la orden de los tribunales comunes a quien está protegido por un privilegio constitucional que obstaculiza el proceso penal común.

Por otra parte, debe también indicarse que la Asamblea —en su decisión— tampoco se encuentra sometida a regla alguna que la obligue a aceptar o no la acusación interpuesta, y que aún por razones de oportunidad, al margen de la presunción o no de culpabilidad, puede en ejercicio de su potestad soberana mantener el privilegio constitucional del diputado, sin que sus miembros incurran en responsabilidad alguna. Es en otros términos una potestad exclusiva y no reglada del Poder Legislativo. En este sentido se pronuncian autores del prestigio de don Luis Jiménez de Asúa, quien citando a su vez a Ortolán, nos dice: "Su acto (el de la Cámara Legislativa) en caso de concesión o negativa, no tiene índole judicial ni decisoria sobre el carácter de las acciones imputadas, sino simplemente política... La razón determinante se deriva de lo que importa a la Asamblea para el cumplimiento de la misión y para el mandato representativo de uno de sus miembros; todo debe converger, para la Asamblea, hacia esa razón política. La poca gravedad del delito, la poca apariencia de los cargos, podrán ser motivo para rechazar la acusación. ¿Por qué? Porque la Asamblea no verá en los hechos alegados importancia suficiente para turbar el funcionamiento del acuerdo representativo. Pero aún cuando la acusación fuera de las más graves, aún cuando los cargos fueren muy comprometedores, la Asamblea podría rehusar la autorización para proceder, si por su situación, por la del miembro imputado, por las coyunturas políticas del momento, por la naturaleza e importancia de las deliberaciones que figuran en el orden del día, considerase que la misión representativa

estaba interesada en que el diputado senador, respecto al cual se pidiese autorización para proceder contra él, no fuese arrebatado de sus funciones." ("Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1950, página 1071).

Conclusiones y Recomendaciones:

De todo lo que se lleva dicho, podemos sacar las siguientes conclusiones y recomendaciones, aplicables en este caso:

- 1) Que la Asamblea es soberana en cuanto a levantar o no la inmunidad de sus miembros, o de cualquiera de los funcionarios protegidos por un privilegio constitucional, conforme a los artículos 121, incisos 9 y 10; 101 y 183 de la Constitución Política.
- 2) Que en el caso de delitos comunes la Asamblea tan sólo levanta un obstáculo procesal a efecto de que el funcionario quede sometido a la jurisdicción plena de los tribunales penales comunes, sin necesidad de votación calificada.
- 3) Que la renuncia al fuero privilegiado es aceptable de acuerdo con la Constitución Política vigente, y que a falta de regla expresa la misma debe hacerse ante el Plenario de la Asamblea Legislativa, sin que sea necesario someterla a votación.
- 4) Debe apuntarse además, que el levantamiento del privilegio, o su renuncia, no implica suspensión o pérdida de la credencial del diputado, quien continuará en ejercicio de su cargo durante todo el tiempo que una sentencia firme dictada en la vía penal no le imponga como pena accesoria a la principal la pérdida de toda función o cargo público.
- 5) Finalmente y como corolario de este informe, debe quedar claro que los efectos de la renuncia o de la suspensión, son tan sólo atribuibles al caso concreto para que se hace, y no pueden ser invocados por terceros interesados para plantear cualquier otra acción de tipo penal no comprendida en la expresa disposición de la Asamblea, o de la renuncia del diputado.

ALCANCES DEL ARTICULO 188 EN RELACION CON EL 173
(PARRAFO 2º) DE LA CONSTITUCION POLITICA *

Dr. Gerardo Trejos
Asesor Parlamentario

Sobre la presunta inconstitucionalidad de una disposición legislativa que fijara topes de edad y cuantía o monto de las pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social, me permito formular las siguientes consideraciones:

Como es sabido, el artículo 188 de la Constitución, reformado por Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968, suprimió la independencia de las instituciones autónomas en *materia de gobierno*, que originalmente consagraba la Constitución de 1949. Con la reforma señalada la independencia de las instituciones autónomas quedó reducida a la pura "administración", mientras que en materia de gobierno quedaron sujetas a la ley y sometidas, por consiguiente, a la voluntad del legislador.

La independencia administrativa que consagra el texto actual del artículo 188 se reduce, en lo esencial, a la potestad que la Constitución otorga a los entes autónomos para *organizarse internamente* en la forma que juzguen más conveniente para prestar eficientemente el servicio público que se les ha encomendado. Como bien expresa el Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, las instituciones autónomas "ahora son independientes sólo en materia de administración porque tienen sujeta a la ley su potestad de gobierno (planificar y adoptar políticas, darse presupuesto y reglamentar su organización y funcionamiento)"¹.

El párrafo segundo del artículo 73 de la Constitución Política expresa que la administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. A juicio nuestro, de este texto constitucional no cabe deducir que la Caja tenga un régimen distinto al de las otras instituciones autónomas. Ello en virtud de las siguientes razones:

1. Obsérvese que el párrafo segundo del artículo 73 no dice que la Caja, para la administración y el gobierno de los seguros sociales, goce de *independencia* en materia de gobierno y administración. La disposición constitucional expresa únicamente que la administración y el gobierno de los seguros sociales estarán en manos de una institución denominada Caja Costarricense de Seguro Social, pero en ningún momento dice que esta institución no esté sometida a la ley. La compa-

* Respuesta a una consulta formulada por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, al Departamento de Servicios Técnicos en 1977.

¹ Vid. "Costa Rica: Estado Social de Derecho", (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 29, pág. 100; 1977).

ración del artículo 73 con la norma del artículo 84 puede dar luz en esta materia. En esta última disposición el constituyente dispuso expresamente que la Universidad puede *darse su administración y gobiernos propios*, cosa que no hace con la Caja Costarricense de Seguro Social el párrafo 2º del artículo 73 de la Constitución Política.

2. La norma constitucional señala, por otra parte, que los seguros sociales estarán a cargo de una *institución autónoma, es decir, de una institución sometida al régimen de las instituciones autónomas* (Título XIV de la Constitución Política), las que, según vimos, gozan únicamente de independencia administrativa, y no de autonomía en materia de gobierno.

La interpretación que sustentamos sobre los alcances de la reforma al artículo 188 de la Constitución Política, en relación con el párrafo 2º del artículo 73 de la Carta Magna, encuentra fundamento, por otra parte, en los debates parlamentarios que tuvieron lugar cuando la Asamblea Legislativa reformó, mediante leyes diferentes, ambas disposiciones constitucionales. La reforma al párrafo 2º del artículo 73 mediante ley N° 2737 de 12 de mayo de 1961 (publicada en La Gaceta N° 111 de 17 de mayo de 1961), tuvo por objeto exclusivo² consignar en la Constitución el nombre de Caja Costarricense de Seguro Social para la institución encargada de administrar y gobernar los seguros sociales. Si incurrió así, una vez más, en la errónea práctica (vid. arts. 55 y 84 de la Carta Fundamental), de dar nombres propios a las instituciones del Estado³ en la misma Constitución Política.

² En realidad el proyecto de reforma al artículo 73 preparado y redactado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, y presentado a consideración de la Asamblea Legislativa a través del Ministerio de Trabajo, "tuvo en mente fundamentalmente obtener garantías constitucionales para darle solución adecuada y definitiva al problema de las cuotas que El Estado como tal y como patrono, debe cubrir..." (Vid. pág. 13 del expediente legislativo de la Ley N° 2737), pero como estaba en trámite un proyecto de reforma al artículo 177 que buscaba esa misma finalidad (y que se convirtió en la Ley N° 2738 de 12 de mayo de 1961), la Asamblea Legislativa se limitó a adicionar el párrafo segundo del artículo 73 con la frase "denominada Caja Costarricense de Seguro Social", después de "institución autónoma".

³ Sobre este particular la propia Caja Costarricense de Seguro Social expresó que "... bueno es advertir que no escapen a los miembros de la Junta Directiva las razones existentes en materia de doctrina sobre reformas constitucionales y las cuales no aconsejan la inclusión de nombres concretos de las Instituciones del Estado en las Cartas Políticas, pero en este sentido es conveniente citar de nuevo el que en nuestra propia Constitución se establece lo contrario en el artículo 55 al denominar a la Institución encargada de la protección especial de la madre y del menor, Patronato Nacional de la Infancia; y, nuevamente en el artículo 84 al indicar la existencia de una institución de cultura superior la denomina Universidad de Costa Rica. Con los antecedentes citados, y las realidades existentes pensamos que sería procedente una reforma a la Constitución para consignar en ella el nombre de La Caja Costarricense de Seguro Social, como la Institución encargada de administrar y gobernar los seguros sociales. (La negrita es nuestra).

También de las discusiones que provocó en la Asamblea Legislativa la reforma al artículo 188 resulta, como decíamos, que el nuevo texto de esta disposición constitucional vino a cercenar también la autonomía de la Caja en materia de gobierno y a restringirla a la pura administración. De esos debates queda absolutamente claro que sólo la Universidad de Costa Rica puede darse, según nuestra Carta Fundamental, su organización y gobiernos propios⁴, y no la Caja Costarricense de Seguro Social. En efecto, en sesión extraordinaria número 61 de 15 de abril de 1968, págs. 22 y 23, el citado diputado Carmona Benavides preguntó al Diputado Gutiérrez “qué sucede, por ejemplo, con la Caja Costarricense de Seguro Social, que tiene un artículo propio en la Constitución, donde se le da plena autonomía? Habría que reformar ese artículo, que se refiere al Seguro Social, para que calce dentro del concepto general de las instituciones autónomas?”

“No necesariamente habría que reformar el artículo 73 de la Constitución Política que se refiere al Seguro Social —respondió el interpellado—. Porque dice el artículo 73, párrafo 2 de la Constitución Política: “La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social”. De manera que el artículo 73 lo único que dice es que la Caja Costarricense de Seguro Social será una institución autónoma. ¿En qué términos debe entenderse ese art. 73? Pues relacionado con el 188. Es decir, si el 188 señala que hay autonomía en materia administrativa, pero que en materia de gobierno la autonomía está sujeta a la ley, en consecuencia esa será la situación en la cual se encuentre la Caja Costarricense de Seguro Social, una vez que se reforme este artículo...” (La cursiva es nuestra).

⁴ En la sesión extraordinaria N° 53 de 26 de marzo de 1948 (pág. 16 del acta de esa sesión) el diputado Hine García expuso que “... si se revisan las disposiciones constitucionales que fundamentan a la Universidad, le dan tal grado de autonomía que la facultan incluso para legislar; entonces la Universidad se da su propia ley fundamental y su propia reglamentación; cosa que no sucede en ninguna otra institución autónoma (la negrita es nuestra). Por su parte el diputado Carlos José Gutiérrez se refirió a “... una gradación de la autonomía que a mi juicio debe ir de aquellas instituciones que por su propia naturaleza y esencia tienen que ser absolutamente autónomas, cual es el caso de la Universidad de Costa Rica...”

Ambas opiniones tienen gran autoridad. El diputado Hine García era entonces, además, profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho; y el diputado Carlos José Gutiérrez —actualmente profesor de Derecho Constitucional— era entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

OBSERVACIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY NUMERO 5927 QUE APRUEBA UN CONTRATO DE FINANCIAMIENTO Y SUMINISTRO DE MAQUINARIA Y REPUESTOS

Dr. Gerardo Trejos Salas
Asesor Parlamentario
Setiembre 1976

La ley número 5927 es la culminación de un sui-generis procedimiento de contratación, ideado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que viola abiertamente, según veremos más adelante, las normas contenidas en el artículo 182 de la Constitución Política.

I. Observaciones Preliminares

El contrato se denomina “*Contrato de financiamiento y suministro de maquinaria y repuestos*”. (Vid. Alcance N° 151 a *La Gaceta* número 165 de 28 de agosto de 1976).

No existe en Costa Rica una regulación sustantiva del contrato de suministro que algunas legislaciones (en Italia, por ejemplo, según los artículos 1559 y siguientes del Código Civil), es considerado como un contrato autónomo. Por esta razón en el caso que nos ocupa la palabra *Suministro* no tiene un significado autónomo, sino que ha de entenderse empleada como sinónimo de compra, pues en la ocurrencia la administración y los particulares se pusieron de acuerdo, mediante un precio cierto y determinado, para que los segundos suplan al Ministerio de Obras Públicas y Transportes una determinada cantidad de equipos y repuestos para camiones públicos.

La contratación que analizamos se ajusta a todas las características de la compra-venta. Se trata de un contrato consensual en que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada (equipo y repuestos), y el otro a pagar; es sinalagmático o bilateral, por producir obligaciones recíprocas para los dos contratantes; es oneroso, pues supone afectación del patrimonio de ambas partes; es nominado, traslativo de dominio y, según veremos, es un contrato principal¹.

¹ En efecto, en la contratación que examinamos, que se acompaña de un contrato de crédito o financiamiento, la compra de maquinaria es el verdadero objeto del contrato y no el financiamiento o empréstito.

El empréstito es un contrato de préstamo que tiene por objeto el crédito mismo, cosa que no ocurre en este caso.

En cambio, las contrataciones al crédito tienen objetos muy diversos (adquisición de bienes, por ejemplo) y el crédito que se conoce (posibilidad de no pagar al contado el precio) es una circunstancia eventual, que no es el verdadero y propio objeto del contrato.

Prueba suplementaria de que se trata de un contrato de compra-venta es que en las cláusulas del mismo se utiliza el vocablo "vendedor", no obstante que en el artículo 1 se ha empleado el vocablo *suministro*.

Si, como queda establecido, se trata de una compra que realiza la Administración, la misma debió estar sometida al procedimiento de licitación, pues de conformidad con el 182 de la Constitución Política *las compras que hagan los Poderes del Estado con fondos propios deberán hacerse mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.*

II. *La compra de equipos y repuestos no se llevo a cabo mediante licitación*

El proceso de selección de los contratistas realizado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes no se ajustó al procedimiento que para las licitaciones establece la Ley de Administración Financiera de la República. En efecto, desde un inicio, es decir, desde la preparación del cartel de la negociación, el Ministerio se apartó de la ley antes citada, creando un originalísimo procedimiento que, según parece, satisfizo mucho a quienes participaron con éxito en la negociación. El procedimiento consistió en lo siguiente:

De previo a la preparación del cartel de licitación se solicitó a los representantes de casas vendedoras de equipos y maquinaria *toda clase de literatura*, con el objeto, según expresa uno de los oferentes, de "lograr la mayor participación de marcas redactando con características en que todos los oferentes podían participar". En otras palabras, el cartel fue elaborado teniendo en cuenta no principalmente las necesidades de la Administración, sino el tipo de maquinaria que los presuntos oferentes podían vender.

La invitación a participar, elaborada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, fue publicada en *La Gaceta* y en los diarios nacionales de mayor circulación, y se envió comunicación directa a todos los posibles participantes, al punto que uno de los interesados expresa que "la invitación a participar fue hecha en magnífica forma y todos los distribuidores de maquinaria fueron comunicados".

² Vid. carta fecha 16 de junio del Vicepresidente de Purdy Motor S.A. a la Comisión de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa.

³ Carta citada.

En otra comunicación, fechada también el 16 de junio, el Sr. Cruz se expresa en los mismos términos que el Vicepresidente de Purdy Motor S.A. y agrega, además: "Esta licitación se llevó en la forma más abierta y amplia como ninguna otra licitación se había hecho. Se aceptaron todas las sugerencias, reclamos, relatos y objeciones de todos los participantes durante el período en que estuvo en estudio. Siempre estuvieron anuentes todos los peroseros, del MOPT a recibir a todos los oferentes y investigar todos los detalles y dudas que hubo. Por lo tanto, la adjudicación hecha es la más justa y honorable que se pudo haber hecho. (Nota del señor Gerardo Cruz, Gerente General de la Purdy Motor S.A., al Diputado Rolando Araya, Presidente de la Comisión de Asuntos Económicos).

Así las cosas, las violaciones de esta contratación al artículo 182 de la Constitución Política no consistieron, evidentemente, en una inadecuada divulgación del cartel sino, en primer término, en la incompetencia del órgano que elaboró el cartel.

Como es sabido, si el ente licitante es el Poder Central, el cartel *debe ser confeccionado no por el Ministerio interesado, sino por la Proveduría Nacional, la que, una vez elaborado, deberá remitirlo a la Contraloría para obtener la correspondiente autorización.* (Artículo 100, inciso b) de la Ley de Administración Financiera de la República).

Este procedimiento permite un primer control de la legalidad. La Contraloría General de la República deberá proceder al estudio y autorización del cartel, si lo considera procedente y ajustado al ordenamiento. En caso contrario deberá devolverlo a la Proveduría Nacional, a fin de que ésta enmiende el cartel y lo ponga a derecho y conforme al principio de legalidad.

Pero no se detiene aquí el mecanismo establecido por el legislador para asegurar un adecuado control del principio de legalidad. Puede suceder, en efecto, que un cartel autorizado por la Contraloría General de la República sea impugnado por los particulares, pues éstos pueden hacer ver que el cartel es ilegal aunque la Contraloría lo haya autorizado. Es decir, ni siquiera la autorización de la Contraloría implica inimpugnabilidad.

Estos mecanismos de control, establecidos por el legislador, fueron burlados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes al arrogarse, por sí y ante sí, la facultad de elaborar el respectivo cartel y mandarlo a publicar en *La Gaceta* y en los diarios de la República sin la previa autorización de la Contraloría General de la República.

Otros hechos que demuestran la irregularidad del procedimiento seguido, y de que no se trataba de una licitación, son:

- 1) No existía la reserva de crédito, exigida por el citado artículo 100, inciso c) de la Ley de la Administración Financiera de la República, para promover la licitación.
- 2) No existía, para los interesados, el recurso de apelación ante la Contraloría General de la República, implícito en toda licitación, a fin de permitir impugnar la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos.

La ausencia de recurso de apelación ante la Contraloría, según los procedimientos establecidos por la Ley de la Administración Financiera reviste particular gravedad pues en virtud de este remedio procesal "los particulares cristalizan su derecho a fiscalizar la gestión administrativa, sujetando la misma al principio de legalidad que sustenta la

concepción del Estado contemporáneo”⁴, y permiten que la Contraloría revise la legalidad tanto del procedimiento licitatorio como la elección del contratista.

La conveniencia de respetar todo este procedimiento, del cual el Ministerio de Obras Públicas y Transportes hizo caso omiso, se hace evidente si se tiene en cuenta que “el problema de la selección de contratistas no es, precisamente, un problema de laboratorio. En él se mezclan exigencias políticas, de moralización y de objetividad en el manejo de los caudales público, económicas, de eficacia y limitación de los gastos; organizativas, de control de la calidad de las ofertas y de su ejecución”⁵.

La presunta aplicación del artículo 121, inciso 15 de la Constitución Política en esta negociación

Con el objeto de “santificar” el procedimiento inconstitucional que siguió el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en esta negociación la Administración envió a la Asamblea Legislativa, el contrato de financiamiento y suministro de maquinaria y repuestos, a fin de que el Poder Legislativo, en aplicación del artículo 121, inciso 15, impartiera su aprobación al negocio.

La Constitución, como es sabido, ordena a la Asamblea Legislativa aprobar (o improbar) los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

En la especie, según vimos (ver supra y, en particular nota ¹) no se trataba de un contrato de empréstito sino de una compra a crédito, figuras diferentes y, por consiguiente, resulta improcedente asimilar las contrataciones al crédito de los empréstitos⁶.

Pero, aun suponiendo (por mera hipótesis) que no se trataba de una compra a crédito sino de dos contratos diferentes (uno de crédito y otro de compra), a la Asamblea Legislativa le correspondía aprobar el compromiso de crédito pero nunca la adjudicación de maquinaria como lo hizo mediante la citada ley número 5927⁷.

⁴ ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. “La Licitación Pública en Costa Rica”. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1975, pág. 341.

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, en Prólogo al libro citado de Romero Pérez.

⁶ Vid MURILLO, Mauro: Intervención previa de la Contraloría en las contrataciones municipales al crédito. En Revista de la Contraloría, número 7, pág. 42.

⁷ La Contraloría General de la República declaró nula, de pleno derecho, esa licitación. (Nota del Director de esta Revista).

LIBROS

MUÑOZ, Hugo Alfonso: *La Asamblea Legislativa en Costa Rica* (Prólogo de Fernando Volio Jiménez). San José 1977, Editorial Costa Rica, 305 p.

El libro está elaborado sobre la base de la tesis de doctorado que el autor presentara en la Universidad de París. Recoge como portada palabras de Ripert, quien señalaba que también las cosas complicadas habría que decirlas, “si es posible, de una manera simple”. Después de leer este trabajo, el lector convendrá conmigo que la Asamblea Legislativa de Costa Rica no es una cosa simple, pero que el Dr. Muñoz ha conseguido exponer su estructura jurídica y su funcionamiento en forma no menos pormenorizada que clara.

El alcance del análisis presentado no se agota, sin embargo, en un examen (muy completo) de los aspectos técnicos-normativos, sino que va más allá. Hace presente asimismo condicionantes políticas y sociales en las que echa base el cuadro jurídico y que son determinantes para el mismo. Pues este libro responde, como intención fundamental, al “engagement” de Muñoz por una democracia de dirección progresista. Por eso, para él no se trata solamente de presentar una descripción en detalle de las características del parlamento costarricense, tal cual éste se da en las condiciones actuales —primera Parte—; sino que, aun cuando dicha descripción es proseguida inclusive en la Segunda Parte, en ésta el acento se vuelca sobre todo hacia el propósito de hacer ver la “Necesidad de una nueva orientación de la actividad parlamentaria” (cf. especialmente el Título IV, así como la Conclusión General).

El autor defiende la tesis de que el parlamento, para responder a las necesidades del complejo intervencionismo que caracteriza a los Estados actuales, debe ceder en buena medida sus clásicas facultades de decisión a otros órganos más ágiles. Pero subraya asimismo que, en cambio, aquél tiene que ser reforzado en su papel de *control político*, sobre todo frente a las amplias atribuciones que hoy en día le caben al Poder Ejecutivo: “la situación del Parlamento es fundamental como representante de los ciudadanos de todas las ideologías y como contralor del Poder Ejecutivo, pero resulta un poder inadecuado para gobernar, aunque participa y debe continuar participando, en la selección de las principales decisiones políticas” (p. 281). No se trata, pues, de

relegar la importancia de la Asamblea, dado que ella sigue siendo la expresión más cercana de la voluntad popular. Pero se hace necesario, eso sí, reestructurarla de un modo tal que consiga ser apta, justamente, para intervenir de la manera más efectiva en el reforzamiento de la vida democrática en Costa Rica. (Una reestructuración que debe alcanzar también a los partidos políticos, con el objeto de que éstos lleguen a constituirse en una verdadera representación de los diferentes sectores de la opinión pública: cf. p. 282-283).

Tratándose de un libro tan detallado, no tendría sentido intentar adelantar aquí un resumen. Para dar una idea algo más concreta de los temas tratados, me limito a mencionar (ejemplos que tomo al azar) los encabezamientos de algunas de las Secciones: La relación entre el Cuerpo Electoral y la Elección de los Diputados, la composición de la Asamblea Legislativa y el status de los parlamentos, Relaciones entre el parlamento y el Poder Ejecutivo, Las fuerzas políticas y el Parlamento, Características generales de la legislación, El Parlamento y las funciones del Estado, etc. . . . Por lo demás, una ordenación muy "francesa" en la forma de presentar la exposición (Parte, Título, Capítulo, Sección, etc.), así como la presencia de dos buenos índices temáticos, permiten que el trabajo sea utilizado con comodidad como texto de estudio.

Estoy seguro que este libro del Prof. Muñoz está llamado a constituirse en una obra de consulta indispensable para todo aquel que desee conocer lo que actualmente es la Asamblea Legislativa de Costa Rica, pero también para aquellos que están buscando caminos de reforma con vistas a asegurarle el papel más fructífero en una democracia como la costarricense.

Enrique P. HABA

**

HERNANDEZ Rubén, TREJOS, Gerardo: *La tutela de los derechos humanos*. San José. Ed. Juriscentro. 1977. 160 p.

Sin duda alguna el tema de los derechos humanos tiene una trascendencia especialmente importante en estos tiempos en los cuales el ser humano se enfrenta —al menos en América Latina— a regímenes de fuerza. Los ejemplos sobran al respecto, pero el caso de Chile sobresale por la brutalidad con que un Gobierno, electo democráticamente, fue derrocado. Y, precisamente, Chile es un caso llamativo para Costa Rica, porque en ese país tanto los obreros como los sindicatos y los partidos políticos, constituyeron la madurez política de un pueblo. Sin

embargo, todo ese proceso de desarrollo institucional fue cortado por un sector de corte facista, que puso de manifiesto, en forma cruel, que el socialismo por la vía de la democracia liberal republicana no llegará jamás debido al dique de contención conformado por las fuerzas policiales; y, que la llamada y alegada neutralidad política del ejército latinoamericano (y, de los grupos policiales) es un mito cuando se trata de impedir cualquier giro decisivo en la dirección socialista. Por ello, se debe poner de manifiesto que los cuerpos represivos y de policía no son neutrales políticamente; al contrario, están ubicados al lado de la defensa, por los medios que sean, del sistema político establecido, cualquiera que sea su denominación.

Ahora hablar de El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Argentina, etc., es un lugar común —lamentable— para los observadores del rumbo de la política latinoamericana.

Por eso se explica, aunque parcialmente, que el mismo Presidente Carter convierta la bandera de la defensa de los derechos humanos en una tesis de su administración, a pesar de la bomba superdestructora que posee los Estados Unidos, capaz de eliminar el *habitat* y la *cultura* y de los conflictos raciales de ese país.

Es así, como la temática de los derechos humanos deja de ser una conversación de café para representar uno de los aspectos cruciales de la existencia humana.

Así, también, es de suyo relevante el preguntarse por los derechos humanos en nuestro país. Es la realidad social la que contesta esa interrogante y es cada costarricense el que puede comprobar cómo y de qué forma esos derechos son burlados por las burocracias públicas y privadas, por los partidos políticos y por la institucionalidad misma. Parte de la eficacia de la violación de esos derechos se puede comprender por la debilidad política, económica y social de los sectores marginados del país y de escasos financieros, que constituyen buena parte de la población nacional.

Asimismo, cabe decir que el derecho pasa a ser un derecho inútil cuando se comprueba su ineficacia y su incapacidad para hacerle frente a los problemas de la vida cotidiana.

Por lo que toca al libro propiamente se puede indicar que la primera parte del mismo la escribió el Dr. Rubén Hernández bajo el acápite de *Las libertades públicas en Costa Rica*, cuyo tratamiento —a nivel formal— es adecuado y pertinente. La segunda parte de la obra la redactó el Dr. Gerardo Trejos con el nombre de *Organos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la convención americana o Carta de San José (Costa Rica)*. En este apartado se hace un estudio del contenido de la Carta, desde los ángulos de los órganos de la protección, la competencia, las partes, los presupuestos procesales y el procedimiento.

Obviamente esta monografía sobre el tema en cuestión es otro aporte valioso al derecho de las libertades públicas y a los derechos del ser humano, en general.

A propósito de las ideas de esa obra, dejamos constancia aquí que la corriente de juristas que propugna la tesis de medios de fiscalización reales sobre el funcionamiento del Estado costarricense, que crece cada vez más sin controles efectivos, se acrecienta ante el peligro que constituye una maquinaria estatal, desbordada ante un administrado débil e indefenso.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

*

**

CASTILLO BARRANTES, Enrique: *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*. San José. Colegio de Abogados. 1977. 206 p.

De acuerdo con los momentos actuales, se siente una profunda necesidad de revisar a fondo la legislación procesal penal. A propósito de ello, el Colegio de Abogados, presentó a la consideración del Poder Ejecutivo un proyecto de ley encaminado a la emisión de un nuevo cuerpo procedimental en ese campo jurídico. Parece que la influencia de la legislación argentina no fue del todo adaptable a nuestro país y que se hace necesario promulgar una normativa más acorde con nuestro sistema legal y nuestra realidad social.

Precisamente, el libro del Dr. Castillo hace énfasis en una serie de institutos propios del área jurídica que comentamos. Explica, en la Introducción, dicho autor que este libro es el resultado de unas charlas que fueron dadas a jueces y abogados en la Corte Suprema de Justicia, en San José, en el primer semestre de 1975, durante los meses inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penales.

Los temas que el penalista Castillo desarrolla son los siguientes: la ubicación teórica de la reforma procesal en Costa Rica, los principios fundamentales del procedimiento penal y, teoría de las acciones.

Esta obra representa todo un aporte al conocimiento procesal penal, a la vez que implica un enriquecimiento a la doctrina en este sector normativo.

El Colegio de Abogados premió esta investigación del Profesor Castillo, en su concurso anual para la mejor obra jurídica de 1976, bajo

los auspicios de la memoria del maestro Alberto Brenes Córdoba, quien fue un brillante jurista nacional.

Constituye, sin duda, un estímulo relevante que hace dicho Colegio a la producción del pensamiento jurídico costarricense y latinoamericano.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

*

**

Índice y digesto de informaciones posesorias 1971 - 1976.

Rodrigo Barahona, Ana E. Rodríguez y Bernardo Peralta.

(San José: Editorial Universidad. 1977. 50 ps.).

La materia de informaciones posesorias tiene gran importancia en un país rural como el nuestro, en el cual la reforma agraria es un mero concepto sin sentido en la realidad y en donde las instituciones estatales carecen de políticas adecuadas para hacerle frente a la explosividad del agro. En otras palabras, nuestro Estado reformista no tiene políticas agrícolas; por así decirlo, un aparato gubernamental ayuno de comprensión y de alcance para la problemática global del agro: la distribución de la tierra y del poder sobre tierras y personas; eliminación (o, al menos amortiguamiento) de la dependencia y del coloniaje interno; marginalidad rural, etc.

A pesar del deseo de muchos y de la resistencia de no pocos, las zonas rurales pesan relevantemente en el proceso histórico del país; y, el café continúa marcando la pauta de las clases sociales, el control del aparato del Estado, las políticas oficiales; y, la estructura y procesos de la economía nacional. El monocultivo, en términos relativos y proporcionales, sigue incidiendo en la marcha de la nación. La senda de países agroexportadores es la que transitamos, aparentemente, sin visos de cambio. Así, la hacienda cafetalera es un fenómeno social, político y económico de primordial importancia en Costa Rica. Esa fracción de la clase hegemónica, que son los cafetaleros, mantiene buena parte de las riendas del Poder.

Por todo ello, la temática de las informaciones posesorias deja de ser un simple estudio académico para proyectarse sobre la vida de nuestra colectividad en forma crucial.

Importa, así, destacar las palabras de los encargados de elaborar este trabajo, cuando manifiestan que "junto a los procedimientos judiciales de titulación cuya evolución jurisprudencial ofrecemos, existe en Costa Rica un trámite administrativo a cargo del Instituto de Tierras y Colonización para los mismos fines, regulados por la Ley N° 4545 de 20 de marzo de 1970 y sus reformas. En relación con esta ley se ha

presentado a la Asamblea Legislativa un proyecto para suspender, por dos años su vigencia, lo que revela la inquietud existente en algunos sectores políticos del país sobre la conveniencia de mantener abiertas dos vías para conceder título inscribible sobre las tierras" (*id.*, p. 3).

Por supuesto que esta investigación será de utilidad para todos aquellos interesados en el aspecto de las informaciones posesorias. Como se observa en el título, los años estudiados son los de 1971 a 1976, siendo el Tribunal Superior Civil la fuente primaria para la obtención de las resoluciones respectivas.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

**

Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950 - 1975.

Víctor Pérez, Gastón Certad, María E. Villalobos, Albertina Selva, Zetty Bou Valverde, Martín Mainieri y Julio Kierszenzon.

(San José: Editorial Universitaria. 1977. 392 págs.)

La jurisprudencia como fuente de derecho se concibe como no vinculante para los Tribunales que administran derecho. Esto en el plano teórico; pero, en la vida práctica de los litigantes y de todos aquellos ligados al Poder Judicial, se sabe que la jurisprudencia tiene un buen grado de obligatoriedad, por múltiples circunstancias explicativas, como por ejemplo: la vía fácil de partir de machotes de sentencias ya hechas, el temor a que el juez superior o de segunda instancia le enmienda la plana al juez de primera instancia, la "ley del menor esfuerzo", la "estabilidad" y "permanencia" de la doctrina; y, los condicionantes de la burocracia, etc. Por ello, una colección de resoluciones de los tribunales constituye un aporte muy valioso para el litigante que necesita conocer el criterio dado y plasmado por el Poder Judicial. Asimismo, para los estudiosos —en general— del derecho, la jurisprudencia es una materia prima digna de un análisis en profundidad.

Este trabajo de investigación del equipo citado es importante en la configuración del derecho costarricense; a la vez, que constituye otro éxito editorial de la Universidad de Costa Rica. Aunque se trata de un estudio de sentencias sin el auscultamiento ni análisis, ello no demerita la labor de investigación efectuada. Al contrario refleja el esfuerzo y la madurez en la tarea jurídica que dos profesores de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad (Drs. Pérez y Certad) junto con los asistentes Villalobos, Selva, Valverde y Kiers-

zenson. Este catálogo jurisprudencial se ha dividido en estas materias: contratos, derechos reales, familia, obligaciones, personas, procedimientos, sucesiones y teoría general.

Sin duda este esfuerzo editorial merecerá la atención del foro nacional.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

**

La social democracia en Costa Rica.

Jorge Enrique Romero Pérez

(San José: Imprenta Trejos. 1977. 327 págs.)

Realmente, el objeto de análisis en esta obra es el Estado y el Derecho que plantea la corriente política conocida como social democracia en versión costarricense y mediante la expresión ideológica del intelectual más connotado del Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales, el Lic. Rodrigo Facio Brenes.

El Dr. Jorge Enrique Romero Pérez es un joven abogado y profesor de Derecho, lleno de inquietudes, de preocupaciones y de lecturas. Lo conocí cuando era estudiante y trataba bravamente de salir adelante con su Licenciatura, a pesar de todos los obstáculos. No sólo terminó con sus estudios de Derecho, sino que pudo doctorarse en España después de unos heroicos que pusieron a prueba su fortaleza intelectual y su terca voluntad de estudio. Jorge Enrique llega a los hechos con mirada múltiple de abogado, de sociólogo y de analista político.

Desde hace tiempo me viene conversando de los antecedentes de muchas situaciones de nuestra vida política. Le ha interesado, sobre todo, lo que significó en su tiempo el programa y la acción del Partido Social Demócrata, y de las dos agrupaciones que fueron su origen: Acción Demócrata y el Centro para el Estudio de Problemas Nacionales. Es explicable que al analizar estos asuntos se encontrara con la figura cada vez más grande de Rodrigo Facio Brenes.

Romero, estudia lo que Facio Brenes significó como pensador y líder del Partido Social Demócrata, resultando con justicia su aporte ideológico inestimable. Traza, también, un cuadro de antecedentes históricos y políticos, que comprenden prácticamente la mitad de la obra.

El autor ha hecho, sin duda, un extraordinario esfuerzo intelectual en el análisis de su materia, y es evidente que dedicó muchos días al examen de libros, revistas y periódicos en la Biblioteca Nacional; conversando, además, con hombres y mujeres que participaron directamente en alguno de los hechos relatados.

Realmente, la preocupación central del Dr. Romero en el Estado moderno en Costa Rica, y la influencia de lo que él llama el "reformismo político". Es un tema extraordinariamente rico, digno de un análisis profundo desde todos los ángulos posibles.

El Dr. Romero centra su estudio en las ideas de Rodrigo Facio, sin duda la figura más importante por su pensamiento y sus acciones, como maestro, economista, pensador político y realizador universitario. Es explicable y justa la admiración de Jorge Enrique por Rodrigo Facio, cuyas dimensiones crecen con el paso del tiempo.

Este libro es un intento de analizar a fondo la figura de Rodrigo Facio como pensador político, parte importante de una larga serie de estudios que en el futuro deberán hacerse para comprender globalmente su extraordinaria personalidad.

Eugenio Rodríguez Vega.

INDICE

	Pág.
El congreso jurídico de 1977 y la constituyente. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	7
Pasado, presente y ciencia ficción de las sociedades anónimas en Costa Rica. <i>Dr. Fernando Mora</i>	23
Los recursos ordinarios. Su estudio en el proceso penal vigente a la luz de la doctrina. <i>Prof. Henry Issa El Khoury J.</i>	37
El nuevo derecho agrario en Cuba. <i>Dr. Arturo Fournier F.</i>	71
La mujer en la pequeña historia costarricense. <i>Dr. Jorge Enrique Guier</i>	97
Un aspecto del derecho del mar: la plataforma continental y sus correlatos. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	115
Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica. <i>Dr. Enrique P. Haba</i>	159
Dictámenes	181
Libros	195

Se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos de
Trejos Hnos. Sucs., S. A.
en el mes de enero de 1978.