

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
N° 62 - Cuatrimestral
Enero - Abril - 1989 - 152 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Enrique Rojas Franco

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría (Decano)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Esta Revista solicita el *canje* con las demás publicaciones de la misma índole.

Nous prions d'établir *L'échange avec cette Revue.*

We always appreciate *exchange* with this Review.

Solicitamos *a permuta* dos publicacoes.

Correspondencia, artículos para su publicación; y, canje pueden enviarse a cualquiera de estas dos direcciones:

Revista de Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica. *San José*. Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas
Colegio de Abogados
Zapote. *San José*. Costa Rica.

DONACION
REV 156076

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV156076

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

4 DIAS

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS



REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

62

(1963 - 1989)

26 AÑOS

SAN JOSE, COSTA RICA

ENERO — ABRIL

1989



REV 156076

**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1989

Presidente:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. Oscar Fonseca Montoya

Tesorero:

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:

Lic. Rafael Valle Guzmán

Vocal 3:

Lic. Pedro J. Beirute Rodríguez

Vocal 4:

Lic. Juan Diego Rojas Araya

Vocal 5:

Licda. María E. Solera Flores

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:
Dr. Nelson Gutiérrez

Rector:
Dr. Luis Garita Bonilla

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Elizabeth Odio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Primo Luis Chavarría

Vice-Rector de Acción Social:
Dr. Sergio Guevara

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

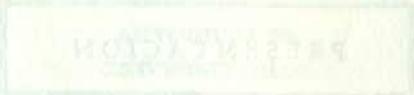
PRESENTACION

1989: 26 AÑOS

Se inicia con este número 62, el año de 1989 y con él se transita por 26 años de publicación de esta revista. Gracias a todos los que hacen posible este vital esfuerzo por la cultura jurídica del país.

En esta edición se imprimen trabajos de investigación en Derecho procesal civil, comercial, económico; derechos humanos y peritazgo.

El director y editor



Presentacion de la Tesis

ROSA DE ARIAS

Dr. Luis Carlos...

El autor de esta tesis...

Dr. Jorge...

El doctor...

Dr. Fernando...

Dr. Carlos...

Dr. Ricardo...

Dr. María...

Dr. Jorge...

Dr. Luis...

Dr. María...

LOS DEBERES DEL PERITO

Dr. Carlos Machado Schiaffino

Profesor argentino
Jefe Registro Civil (Rosario)
Consejo Facultad de Derecho (Rosario)



- REV 156076
- DONACION
BIBLIOTECA, FACULTAD DE DERECHO
Universidad
de
Costa Rica
- Sumario:*
1. Planteo de la cuestión
 2. Análisis en particular. Doctrina. Derecho Comparado
 - 2.1. De asumir el cargo
 - 2.2. De posesionarse y prestar juramento
 - 2.3. De comparecer ante el Juez
 - 2.4. De practicar personalmente las operaciones
 - 2.5. De fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa
 - 2.6. De guardar el secreto profesional
 3. Nuestra Opinión

1. *Planteo de la cuestión*

Del mismo modo que en otras oportunidades hemos planteado la existencia de derechos concernientes a los peritos y la necesidad de su protección; creemos oportuno puntualizar también sobre los deberes que deben cumplimentar los expertos.⁽¹⁾

Tanto la defensa de sus derechos como la exigencia de sus deberes y responsabilidades apuntan a un mismo objetivo: "la eficacia probatoria del dictamen".

La importancia de la peritación es cada día mayor, cualquiera sea la naturaleza del proceso donde se practica, dada la frecuente complejidad técnica, artística, científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación por el Juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de esos expertos, que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y una mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte.

De modo que es necesario que las normativas jurídicas establezcan con claridad los deberes y los requisitos a que debe someterse el dictamen pericial, para que el mismo goce de la veracidad y fundamentación necesaria para lograr el objetivo perseguido, y el experto desarrolle la indispensable función de facilitarle al Juez la trascendente tarea de sentenciar adecuadamente.

"El espíritu del hombre es un rumiante. Como éste mira a lo lejos, mastica lentamente, coge un manojito aquí, una brizna allí, toma para sí todo el prado y también el horizonte".

2. *Análisis en particular. Doctrina. Derecho Comparado*

Los deberes más relevantes:

2.1. *De asumir el cargo*

En el proceso penal se considera generalmente como obligatorio el desempeño del cargo de perito, cuando la designación es hecha por el Juez,

(1) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "Derechos Patrimoniales del Perito: Honorarios", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, marzo 4 de 1987, pág. 13, núm. 5505.

aunque el designado no esté inscrito en lista especial, salvo impedimento legal o incapacidad. Así se consagra entre otros, en los Códigos de Procedimientos Penales de Colombia, Italia, España.⁽²⁾

Cuando rige el sistema de las listas previas de peritos —verbigracia Argentina—, de las cuales se escoge voluntariamente o se sortea para cada caso, la designación que el Juez hace tiene siempre el carácter de obligatoria, salvo las excusas por salud, ausencia u otra causa consagrada en la ley o en el reglamento, cualquiera sea la naturaleza del proceso; así lo consagra el Código de Procedimientos Civiles Italiano y el Estatuto Colombiano sobre auxiliares de la Justicia.

Igual es la situación cuando las partes escogen los peritos o a uno de éstos, pero de listas previas oficialmente elaboradas. Es decir, la aceptación de formar parte de una de tales listas, impone el deber legal de ejercer el cargo, siempre que resulte designado, salvo una excusa legal. Existe este deber también cuando se desempeña un cargo oficial que tiene como función emitir dictámenes para fines procesales.

En cambio, cuando las partes pueden escoger libremente al perito que la ley les autoriza designar, no existe ningún deber legal de aceptar el nombramiento, sino, como observan Florián y Mittermaier, existe un vínculo contractual para la prestación de un servicio —postura con la que disintimos—, mediante un estipendio u honorario. Por consiguiente, el perito designado puede rehusar el cargo, en cuyo caso hay que reemplazarlo.⁽³⁾

El deber de ser perito es diferente del de testimoniar. Este recae sobre toda persona que tenga *conocimientos de hechos* que interesen a un proceso y por tanto existe, en principio para todo el mundo, ya que cualquiera está en posibilidad de llegar a encontrarse en esa situación; aquél no recae sino sobre quienes voluntariamente han asumido el cargo oficial, o han aceptado su inclusión en listas especiales o la designación que les haya hecho una de las partes, y en el proceso penal en que no exista el sistema de listas previas, cuando se tiene la especial capacidad técnica, artística o científica necesaria para el desempeño del cargo, en ese caso determinado.

Al perito se le remunera su trabajo y al testigo no. Por estas razones es correcto el concepto de Florián, de que no existe un deber cívico de ser perito.⁽⁴⁾

2.2. *De posesionarse y prestar juramento* —si la ley no lo excusa por existir un juramento general previo—

La debida posesión del perito, impone o incluye el requisito del juramento, que exigen generalmente los Códigos de Procedimiento.

La omisión del juramento o la posesión y la violación de los requisitos que la ley exija para ésta, vician de nulidad el dictamen aunque no lo diga la ley, por tratarse de un requisito fundamental, que reviste al dictamen de seriedad y le da mayores garantías a las partes y al Juez.

Lessona opina que el juramento debe proceder a las operaciones generales de los peritos, es decir al examen de los hechos y a su estudio, sin que sea suficiente el prestarlo al momento de depositar o rendir el dictamen; sin embargo reconoce que en la Doctrina y Jurisprudencia prevalece la opinión contraria.⁽⁵⁾

La tesis contraria defendida por Ricci, Mattiolo y la jurisprudencia italiana, que el mismo Lessona cita, es indudablemente correcta, porque se satisface la exigencia legal de darle garantía al dictamen si al rendirlo o presentarlo se ha tomado posesión del cargo y prestado juramento.⁽⁶⁾

Framarino Dei Malatesta considera que el juramento es una cortapisa eficaz contra la posible intención de engañar, tal como ocurre en el testimonio de terceros, que da mayor seguridad acerca de la escrupulosa lealtad de las afirmaciones del perito.⁽⁷⁾

Italo Virotta considera que existe nulidad relativa cuando se omite, según el actual Código de Procedimientos Penales Italiano.

Santiago Sentís Melendo comparte la opinión prevalente en Italia, de que no es indispensable el juramento del perito, previo a la realización de las operaciones periciales, y que basta prestarlo en el momento de rendir el dictamen y aun posteriormente, salvo norma legal expresa; la omisión del juramento constituye vicio de nulidad, para el ilustre procesalista.⁽⁸⁾

Como observa Sentís Melendo, algunas legislaciones como la alemana, en opinión de Kisch, autorizan a las partes para que los peritos omitan el juramento, y en Francia la Jurisprudencia ha admitido esa posibilidad, a pesar de no existir texto que lo faculte.

(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando: "Compendio de Pruebas Judiciales, Edit. Temis, Bogotá, 1960, núm. 224.

(3) FLORIAN: "De las Pruebas Penales", Edit. Temis, Bogotá 1969, núm. 225.

(4) MITTERMAIER: "Tratado de la Prueba en materia criminal", Madrid 1877, pág. 177.

(5) LESSONA: "Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil", núm. 419.

(6) MANZINI: "Derecho Procesal Penal", Edit. Ejea, Buenos Aires 1952, t. III, núm. 329.

(7) FRAMARINO: "Lógica de las Pruebas", Edit. Temis, Bogotá 1964, t. II, pág. 316.

(8) SENTIS MELENDO: "El juramento de los peritos en Teoría y Práctica del Proceso", Edit. Ejea, Buenos Aires, 1959, t. III, págs. 303-314.

En opinión de Devis Echandía debe rechazarse esta Jurisprudencia, porque se trata de una formalidad de orden público e interés general y no de exclusivo interés para las partes.⁽⁹⁾

Muy importante es recordar que cuando el perito desempeña un cargo público cuya función consiste, precisamente, en emitir dictámenes ante los Jueces —como ocurre con los médicos y técnicos de laboratorios forenses— no hace falta, para que se cumpla este requisito, que preste juramento en cada caso, porque lo suple el juramento general que prestó al posesionarse del cargo oficial.

Esta es también la postura de Sentís Melendo, quien cita numerosa Jurisprudencia Argentina en el mismo sentido. En Francia la Jurisprudencia lo admitió antes de la reforma legal que lo autoriza, como lo explican E. Garsonnet y Cécil Bru.

La nueva ley francesa de 1944 simplificó la formalidad del juramento, aceptando que se preste por escrito, remitido al Tribunal, en un formulario que éste envía al perito previamente, al notificarle la designación. Esta ley autoriza a las partes para dispensar el juramento y contempla el juramento general previo para quienes desempeñan cargos públicos.

2.3. De comparecer ante el Juez

Esta formalidad puede llegar a suplirse por su aceptación por oficio, o comunicación enviada por correo, según el sistema legal vigente.

Para que el perito nombrado deba comparecer ante el Tribunal, es indispensable que se haga oficialmente la designación y que se lo llame. Esto se cumple por la vía de la notificación y citación. A tal fin se procederá en la misma forma que para el llamamiento de los testigos.

Corresponde, pues, hacerle llegar el nombramiento, comunicándosele al mismo tiempo que debe concurrir al Tribunal en un término dado para que acepte el cargo conforme a las formalidades legales, diligencia que se practicará en el domicilio real, o en su escritorio u oficina en la cual se desempeñe con motivo de su profesión o funciones.

Si el perito no comparece, puede proceder la compulsión. Esto significaría que el experto nombrado estaría sujeto a la autoridad del Tribunal desde que tomó conocimiento de la designación. Podrá invocar ciertamente, una causa impeditiva para desempeñar el cargo, la que se aceptará o rechazará; pero hasta tanto se rechace en firme, ese sometimiento subsistirá.

(9) DEVIS ECHANDIA, Hernando: "Teoría General de la Prueba Judicial", Edit. Zavallá, Buenos Aires 1972, t. II, pág. 258.

Si nos ponemos en el caso del científico-técnico remiso o que resiste desde su comienzo a la autoridad del Tribunal, con un criterio práctico podría concluirse que muestra desde ya un vicio en su conducta, al que aconsejaría prescindir de él y sustituirlo.⁽¹⁰⁾

Los peritos oficiales deberán ser notificados en su despacho e inmediatamente deberán ponerse en comunicación con el Juzgado a los fines de la aceptación del cargo, o para proporcionar las razones que se lo impiden.

2.4. De practicar personalmente las operaciones

Se trata de operaciones necesarias para su dictamen, bajo el control del Juez y en la forma como la ley procesal lo determine.

Para el mejor desempeño de su misión, el perito puede asesorarse de otros expertos, obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, hacer elaborar un plano o croquis explicativo de su dictamen y de acuerdo con sus indicaciones y bajo su dirección, a condición de que luego adopte y explique su personal conclusión, porque se tratará de estudiar y fundamentar su dictamen.

En cambio el técnico-científico no puede delegar a un tercero el examen de los hechos o de las pruebas —según el caso— sobre los cuales debe dictaminar, ni dejar exclusivamente a otra persona las operaciones técnicas que fundamentan la conclusión, ni limitarse a transcribir el concepto de otro, porque no existiría el desempeño personal del encargo, y por lo tanto, el dictamen quedará viciado de nulidad.

El Código Procesal Civil Colombiano permite utilizar auxiliares y el concurso de técnicos, bajo la dirección de los peritos, pero éstos deben exponer su concepto.

El Código Procesal Penal Francés exige el trabajo personal. El Código Procesal Penal Italiano considera causal de nulidad o inexistencia del dictamen, el hecho de que el perito lo fundamente en informes o testimonios de terceros recibidos por aquel, sin estar autorizado para ello.

Cuando son varios los peritos, nada impide que uno de ellos sea encargado por los demás de ciertos trabajos técnicos como la elaboración de un plano, el examen físico o químico de un elemento, la realización de un examen de laboratorio o de otras operaciones similares, si los demás revisan o verifican esos trabajos y los consideran correctos, adoptándolos como suyos. En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia Francesa.

(10) Idem cit. (2).

El concepto de Chiovenda se deduce de las siguientes palabras "...el oficio del perito es estrictamente personal y no puede delegarse". Pero ello no quiere decir que el perito deba realizar personalmente todas las operaciones necesarias a la pericia; a veces esto sería imposible. Es preciso pues, distinguir el dictamen de las operaciones preparatorias. El dictamen pericial comprende el juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos; y esto no puede hacerse sino por el perito designado. Pero las operaciones preparatorias para escoger esos datos pueden ser de naturaleza variadísima, y no se debe excluir a priori que algunas de estas operaciones deban o puedan confiarse por los peritos a sus ayudantes.⁽¹¹⁾

2.5. De fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa

La claridad en las conclusiones es indispensable, para que aparezcan exactas y el Juez pueda adoptarlas, su firmeza o la ausencia de vacilaciones es necesaria para que sean convincentes; la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. En el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes.

2.6. De guardar el secreto profesional cuando el caso lo requiera

La violación de este requisito convierte en ilícita la prueba.

Este secreto fue conocido en Roma, y consagrado en Francia durante el siglo XV por varias ordenanzas reales, como la de Carlos VII, la de Luis XI, en Inglaterra fue reconocido bajo el reinado de Isabel I.

Al venir el movimiento codificador de los países romanistas, encabezados por Francia, se incorporó en algunas legislaciones a los Códigos de Procedimientos o a los Códigos Penales, así por ejemplo en el Código Penal Francés, en el Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Quebec, Canadá; en el Código de Procedimientos Penales Colombiano, entre otros.

(11) CHIOVENDA: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Madrid 1954, t. III, núm. 339.

3. Nuestra Opinión

Amén de lo antes expuesto, sostenemos que es necesaria una puntualización detallada acerca de los deberes que al perito le competen.

El científico-técnico cumple una función social, que se vería desvirtuada si no se exigiera un dictamen fundado, y conclusiones claras y precisas.

El deber de prestar juramento, reviste a la investigación del perito de seriedad y le da mayores garantías a las partes y al Juez. La Doctrina y Jurisprudencia que admiten que las partes pueden dispensar al experto de esta exigencia está basada en el viejo y caduco criterio de que el proceso civil es de interés particular.

El deber de guardar secreto no está previsto expresamente en la legislación procedimental argentina; en cambio lo reglamentan los Códigos de Ética de las distintas profesiones liberales.

El desempeño personal del encargo, se relaciona directamente con la aptitud y formación técnica del experto, razón por la cual no puede delegar a otra persona las operaciones que fundamentan su conclusión; lo cual significa que puede recabar asesoramiento de otros expertos u obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, a condición de que luego adopte su personal conclusión.

Los demás deberes analizados encuentran su fundamento en disposiciones del Derecho Procesal, de modo que variarán de acuerdo al ámbito territorial de aplicación de las distintas legislaciones.

Es necesario enaltecer la función del perito, y esto sólo se logrará en la medida que se respeten sus derechos y puntualicen sus deberes.⁽¹²⁾

La exigencia de cumplimentar estos requisitos *no debe tener por finalidad perturbar la labor del experto, sino por el contrario dignificar su tarea*, impidiendo que se altere la eficacia probatoria del dictamen pericial.

La finalidad de la labor pericial es una verdadera trayectoria dialéctica en pos de una verdad, que se esconde tras un interrogante. La *verdad* es lo que centra todos los esfuerzos del investigador, le da razón de ser a su labor, no dubitativamente, sino como imperativo de la misma naturaleza de los hechos esclarecidos.⁽¹³⁾

(12) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "Derechos Extrapatrimoniales del Perito", Jurisprudencia Argentina, 1987, en impresión.

(13) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "El Perito en la Legislación Argentina", INTERPOL 1986, en impresión.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Profesora Asociada y Vice Decana
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

- 1) Preámbulo y plano de exposición
- 2) Pasado y presente en la enseñanza del Derecho Procesal Civil
- 3) Repercusiones de un nuevo método
- 4) Justicia civil y realidad
- 5) Nuevo enfoque de la justicia civil

Conclusiones

1) *Preámbulo y plano de exposición:*

El título de este estudio expresa en forma concreta el problema esencial que lo motiva: se trata de hacer una reflexión sobre la trascendencia que reviste el Derecho Procesal Civil dentro del ordenamiento jurídico ya que constituye el canal para dilucidar los conflictos de Derecho Privado en sus diferentes manifestaciones: civil, comercial, familia, juicios universales y además porque funge como fuente supletoria de otros procedimientos: laboral, administrativo.⁽¹⁾ No obstante, es nuestro criterio que a pesar de esa relevancia en nuestro medio, hemos descuidado el Derecho Procesal Civil y con ello se ha generado una especie de "letargo", de "estancamiento" del mismo que nos produce una onda preocupación.

Ciertamente debemos advertir, ha habido valiosos esfuerzos por mejorar la administración de justicia en materia civil, el ejemplo más patente lo encontramos en el proyecto redactado por una Comisión del Poder Judicial integrada por tres distinguidos juristas como son don Miguel Blanco, don Edgar Cervantes y don Olman Arguedas y que vio la vida desde 1983 pero que hoy en 1988, cinco años después, no ha alcanzado la condición de ley vigente.⁽²⁾ De manera que el panorama continúa igual.

Ahora bien, creemos que el fenómeno apuntado es percibido por quienes de una u otra manera, deben relacionarse con los Procedimientos Cíviles y así se deja ver en los comentarios que a veces se escuchan sobre el tema. Es decir, la inquietud de que algo anda mal y debe ser cambiado pero que no se dan pasos concretos para cambiar este estado de cosas.

Dentro de los aspectos que queremos destacar aquí está aquel de intentar buscar las posibles causas de esta situación y por otro lado, plantearnos algunas perspectivas que puedan llevar a una motivación para el rescate del Derecho Procesal Civil en Costa Rica.

(1) Ver: Arts. 504 y ss. (sucesiones); 563 y ss. C.p.c.; art. 445 C. de T.; 229 pfo. 2º de la L.A.P.

(2) Promueve este Proyecto un proceso civil que participa de algunos de los principios modernos de los códigos de materia, así como una organización de títulos, ajustes del lenguaje técnico, simplificación de procedimientos, incorporación de nuevas figuras que en muchos casos suple lagunas muy importantes. Se adapta el sistema de libre valoración de prueba, así como nuevos tipos de prueba documental, se eliminan tachas, se reduce el número de medios de impugnación, etc., todo regido por un sistema escrito.

2) *Pasado y presente en la enseñanza del Derecho Procesal Civil:*

Se hace obligada esta referencia toda vez que opinamos que esta es una de las principales causas de la actual crisis del Derecho Procesal Civil, y que resulta sutil: "recóndita" y por eso muy difícil de percibir, pues de manera recurrente y tradicional, el método de enseñanza universitaria en la materia impidió al estudiante un replanteamiento que fuera más allá del esquema que se le dio en el aula. Esta es una experiencia que todos nosotros hemos vivido en mayor o en menor medida; hemos estudiado los Procedimientos Civiles con un enfoque "codiguero" en donde la materia se exponía única y exclusivamente por medio de la conocida *clase magistral*. Es obvio que aquí la *magistralidad* no significa siempre "alta academia", sino el monopolio de la palabra por parte del profesor quien frente a un estudiantado levemente adormecido, lee con alto sentido del deber, de 15 a 20 artículos por lección con algunas rápidas explicaciones y referencias jurisprudenciales que a la hora de evaluar deben plasmarse de memoria en un cuaderno de examen. Es claro, que ha habido también excepciones ya que sabemos de profesores (aún cuando pocos) que han dado un matiz diferente al curso, separándose de ese estricto apego al Código.

Si nos asomamos a una aula universitaria hoy en día, podremos observar con estupor, que la situación no ha variado en mucho.

Entonces ¿Cuál es el resultado? El resultado sin duda alguna es un profesional en Derecho que aprendió el Procedimiento Civil con un único sentido y por eso subyace en él la idea de que el proceso civil tiene una única expresión y de ahí el poco interés sobre el problema. Es como si predominara un dogma del Derecho Civil, de donde deriva la necesidad de modificar ese método rígido y claramente desactualizado en la enseñanza del Derecho Procesal Civil a fin de permitir la formación de profesionales con una visión más amplia del procedimiento civil que con espíritu crítico aprendan las reglas básicas y sus alcances, así como otras manifestaciones del mismo.

Es de primordial importancia que el estudio del Derecho Procesal Civil, se lleva a cabo partiendo del pleno conocimiento de los principios del proceso civil, conjugando con los acontecimientos reales que debe resolver. El análisis deberá abandonar en parte el sistema de revisión pura y simple del articulado del Código y las referencias que de esos mismos artículos hace la jurisprudencia nacional o de doctrinas tal vez superadas ya que ello solo conduce a formar un círculo vicioso de las fuentes de ilustración en la materia que cierra la posibilidad de nuevos enfoques.

Es claro, que Código y Jurisprudencia constituyen los ingredientes primarios para el estudio del Derecho Procesal Civil, pero no son suficientes. Se hace indispensable extender ese análisis a la observación y verificación de la realidad tutelada, la investigación y revisión de conceptos, esquemas y experiencias que aparecen en la literatura, esencialmente ex-

tranjera con especial énfasis cuando de ello extraigamos material útil y que proporcione soluciones o respuestas válidas a nuestros problemas. Debemos aceptar que carecemos de literatura doméstica especializada, y que aquella extranjera con que se cuenta desafortunadamente es de muy vieja fecha así como propone antiguas concepciones procesales y a su vez es escasa: contamos con pocas obras. Debemos aceptar también que dentro de estas condiciones nos vemos obligados a acudir a textos extranjeros actuales y ojalá en gran cantidad que nos informen del panorama en sus diferentes manifestaciones. Se impone además, para completar el cuadro, la investigación desde todas sus facetas en especial aquella de campo, y con referencia al Derecho Comparado, pues sólo de esta manera se generará una enseñanza comprometida con el progreso del Derecho Procesal Civil.⁽³⁾

La obtención de materiales nuevos, las prácticas didácticas concebidas como medios para promover la opinión, la crítica, el cuestionamiento, la investigación conduce a la producción de hipótesis y fórmulas visionarias para el mejoramiento del procedimiento civil, mediante el descubrimiento del modelo que tenemos, y determinar así su funcionalidad o no y su idoneidad para una justa y acertada administración de la justicia civil.

3) *Repercusiones de un nuevo método:*

La primera de ellas será el gran desafío de abrir un nuevo camino proyectando el instrumento procesal dentro del fenómeno real: frente al momento histórico actual y ante el futuro que regulará rodeado de exigencias sociales, económicas, políticas y tecnológicas diferentes y dotadas de un gran dinamismo que marcarán indefectiblemente el punto de arribo.

Esto implicaría en segundo lugar, descubrir lo bueno y lo malo del sistema que poseemos, para retener los aciertos y desechar los errores.

Luego, penetrar las duras estructuras de un esquema secular mancillando tal vez una especie de *bondad mitológica* por la cual ha sido venerado y conservado hasta nuestros días, a pesar de sus carencias.

Es en resumen, remover lo existente para asistir a un nuevo enfoque, a la búsqueda de soluciones apropiadas conforme sean las necesidades reales del cuerpo social para reducir el desfase entre crisis de un derecho y su restauración efectiva. Es decir, crear el vehículo idóneo para pasar de una justicia civil formal a una justicia civil real.

(3) Un punto de vista sobre este aspecto podemos verlo en SORI (M), "Le scelte politiche del giurista" en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, V. XX VIII (II Serie) 1973, pp. 306 ss. Habla también el autor de la diferencia entre lo político y la descripción científica en la enseñanza del derecho. También CARRO FERNANDEZ (J.L.), "Libertad de cátedra como fuente de libertad y respeto de los Derechos Humanos" en *Los derechos humanos y su protección por parte del Estado*, V. IV, pp. 209 ss.

4) Justicia Civil y Realidad:

Conocemos todos que el acontecer social, económico, político y tecnológico se mueve vertiginosamente: vivimos un siglo de profundas transformaciones en esos sectores a las que desde luego no es ajeno nuestro país y no lo puede ser tampoco el Derecho.

La combinación del elemento económico y aquel político han marcado desde siempre la conducta social, hoy a éstos se suma el factor tecnológico con cuya acción se han operado en el mundo moderno, sensibles modificaciones sociales por haber incidido en los tradicionales modelos de producción de trabajo y consumo que obviamente generan nuevos desafíos en las políticas a seguir para absorber de manera adecuada los problemas que correspondan al orden jurídico de un país. Es por esta vía que la humanidad ha pasado, en algunos casos de una economía agrícola u otra industrial, de una industrial a una de alta tecnología la cual, ésta última, sobrepasa todos los niveles conservadores de desarrollo para colocarse a la cabeza del mundo avanzado. Es así como surgen problemáticas diferentes que requieren de soluciones propias.

Por eso debemos revisar cuál es nuestro nivel y cuáles los retos que debemos asumir y cómo debemos asumirlos.

Es de especial importancia tomar en cuenta que Costa Rica ha entrado en una etapa de intensos cambios que no se limitan al ámbito doméstico sino que aparejan situaciones que nos enfrentan a la comunidad internacional. Así vemos, que se da un activo comercio no solo nacional sino internacional, que con el plan desarrollo para la Cuenca del Caribe, se ha incrementado la actividad de exportación, asistimos a la llegada de numerosas inversiones extranjeras, la aparición de innumerables perturbaciones en Centroamérica han provocado un flujo masivo de refugiados hacia nuestro territorio; la incorporación de sistemas de computación y de avances electrónicos sumamente sofisticados en casi la totalidad del quehacer privado: en los negocios y la producción tanto industrial como agrícola. La existencia de un número cada vez mayor de nuevas organizaciones para la producción como las sociedades mercantiles, cooperativas y bancos privados nos ha colocado ante un panorama que hace escasos siete u ocho años, no se vislumbraba siquiera y que como es lógico, pueden dar lugar a conflictos de Derecho Privado nuevos que aumentan y varían el trabajo para los órganos jurisdiccionales, por lo que se hace indispensable un mecanismo ágil, práctico, breve que permita satisfacer las demandas de justicia de manera cabal y además con bajos costos: mejorando las técnicas procesales así como los recursos humanos e incorporando las nuevas tecnologías al proceso. Sea una administración de justicia "justa" para todos, pues no cabe duda de que la complejidad y duración de los procesos civiles ha procurado una gran desconfianza de parte de ciudadanos nacionales y extranjeros con un efecto secundario muy grave: que es la solución de conflictos privados recurriendo a la llamada *autotutela* sea retomando una suerte de *justicia privada* en donde las condiciones del "pacto" corres-

pondiente podrían acarrear serias violaciones de los derechos del más débil. Además, una tramitación judicial lenta y complicada adquiere más la categoría de *burocrática* que de jurídica y evidentemente dejaría de ser un remedio válido y eficiente, cuando hablamos de reparar injusticias. Situaciones de este tipo nos llevan a recordar a Sprung quien refiriéndose a Franz Klein, el creador del Código Procesal Civil austriaco de 1895-98, comentaba que cualquier conflicto social de orden privado provoca una controversia jurídica que turba la normal "circulación de la sangre" de la organización social y si al proceso se le atribuye la categoría del "médico sanador", éste debe utilizar técnicas nuevas para nuevos problemas y restituir esa "circulación".⁽⁴⁾

Y es que a un procedimiento civil de corte medieval⁽⁵⁾ se suma una actitud mental de parte de los funcionarios judiciales en general: jueces y sus auxiliares, precisamente por la formación que han adquirido y el esquema procesal que utilizan, se encuentran consciente o inconscientemente atados a patrones muy interesantes que derivan de una fiel creencia de que el proceso civil, lo "mandan" las partes y así su función es estrictamente la de expectadores y por reflejo, el proceso civil queda atrapado entre un juez pasivo, unas partes que abusan de sus poderes presentando gestiones innecesarias, papeles y trámites engorrosos que lanzan como resultado un mero engranaje burocrático afuncional.

Es hora ya de que despertemos y corramos el velo con que está cubierta la justicia civil en Costa Rica y descubramos toda una gama de alternativas. Vayamos a la experiencia de otros países con el simple afán de conocerlas y abriarnos los horizontes. ¡Eh aquí la importancia del estudio del Derecho Procesal Civil! El compromiso de superar la calidad de la justicia en materia civil se impone con urgencia si deseamos realmente un proceso expedito y real. Cuanto mejor sería un proceso sencillo y breve donde jueces, auxiliares y partes fatiguen menos y obtengan frutos superiores. Pensemos en ese compromiso y perdamos el temor hacia lo nuevo, rompamos las barreras y restituyamos el brillo y el lugar que merece el proceso civil opacado por el polvo secular que lo cubre y por un proceso penal oral que ha capturado el interés de observadores y estudiosos ya que es un claro ejemplo de un proceso vivo, tangible, humano, que estimula a la discusión a la revisión de conceptos doctrinales, legales y jurisdiccionales así como a otras reflexiones llenas de interés y claramente muy útiles.

(4) SPRUNG (R). "Le basi del diritto processuale civile austriaco" en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, N° 1, 1979, pp. 24 ss.

(5) ALCALA ZAMORA (N). De esta forma este autor quien considera que la LEY de 1855 fue por su carácter medieval una *ley regresiva* y por eso impidió un régimen procesal avanzado incluyendo hispanoamérica. "Bases para el proyecto del Código Procesal Civil costarricense", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1977, pp. 1000 ss.

5) *Nuevos enfoques de la justicia civil:*

Costa Rica a igual que el resto de América Latina no se vio beneficiada por las corrientes del llamado "procesalismo científico" que se inició en Alemania a finales del Siglo XIX. La razón es muy explicable. En materia de Derecho Procesal Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española fue la rectora de los sistemas que regulan la materia en los países colonizados por España y Portugal, Ley que promanó de la Partida III en tiempos de Alfonso X el Sabio, (siglo XIII) y al no llegar tampoco a España dicha corriente⁽⁶⁾ Iberoamérica quedó al margen de la misma.

Las consecuencias derivadas del procesalismo científico alemán fueron muy positivas, gracias a él el Derecho Procesal adquirió autonomía y principios propios que hasta el momento le habían sido negados por vivir a la sombra de aquellos característicos del derecho sustancial e individualista.⁽⁷⁾

De sumo interés es destacar aquí los desarrollos posteriores que se efectuaron y en particular dentro del ámbito del Proceso Civil que significaron verdaderas revoluciones con resultados muy positivos a la hora de su aplicación y los cuales constituyen aún hoy respuestas válidas gracias al ángulo de proyección con que fueron concebidas.

Para efectos de análisis creemos conveniente iniciar de la eliminación de la idea tradicional del proceso civil como un proceso que ventila intereses estrictamente privados, razón por la cual el Estado hasta cierto punto, abandona el resultado del mismo a la amplia disposición de los interesados, hoy en su lugar, se impone el criterio de que en el proceso civil se canalizan intereses que conciernen al Estado como integrantes de la paz social. Si bien es cierto provienen de un conflicto individual ellos inciden en las reglas de la vida social y de ahí que las relaciones privadas gozan también de la definición de interés público y estatal como células componentes del ente social.⁽⁸⁾

Salvaguardándose así el carácter esencialmente público del proceso civil no sólo desde el punto de vista del derecho procesal sino porque en él debe darse un equilibrio entre el interés particular y aquel público. Visto desde este ángulo el proceso civil se convierte en un instrumento de bienestar social.

(6) ALCALA ZAMORA (N) Idem N° 5. No obstante, esas corrientes han penetrado en América Latina sea por medio de juristas extranjeros o de quienes han estudiado en Europa. En 1973, Brasil plasmó la influencia de E. Liebman en un Código Procesal Civil regido por el principio de la oralidad.

(7) Entre las múltiples referencias al tema, Ver SPRUNG (R), p. 39.

(8) SPRUNG (R), op. cit., p. 36.

No obstante, para poder hacer efectivo ese carácter el proceso debe estar dotado de ciertos principios que no lo hagan accesible por su simplicidad, rapidez y bajo costo: sea los requisitos básicos para llegar a una decisión seria y justa que tutele realmente el interés reclamado.

Es así como para lograr un proceso de esa naturaleza, se ha acudido a principios básicos de la "oralidad", la "publicidad", "inmediación", "libre valoración de la prueba", "concentración", "celeridad". Al adoptarse este sistema evidentemente se abandonaron los principios que regían los procesos medievales del Derecho Común los que muy por el contrario, se basaban en un carácter privado y secreto, fundamentalmente escrito, dividido en diversas fases por lo que era lento y desarticulado donde el juez permanecía separado del conocimiento del material probatorio así como de las partes y al mismo tiempo encontraba limitaciones en lo relativo a la valoración de las pruebas quedando sometido a aplicar valores prefijados por ley (sea: el sistema de la prueba legal).

Por otro lado, la efectividad del proceso se obtiene de una mayor atribución de poderes al juez contra una disminución de aquellos de las partes pero no por eso menoscabando sus garantías, simplemente se busca salvaguardar al proceso de los abusos o gestiones inoportunas de las partes en aras de la celeridad y seriedad que lo debe caracterizar.

Además con el auge del movimiento constitucionalista posterior a la Segunda Guerra Mundial, el proceso civil a igual que el proceso penal, fue incluido dentro del catálogo oficial de procesos de interés social y así se le hizo partícipe de las garantías y libertades constitucionales para proteger a las partes de eventuales violaciones a los principios básicos que deben aparecer en todos los procesos jurisdiccionales en un Estado democrático⁽⁹⁾ y que también fueron acogidos en el Derecho Internacional Europeo.⁽¹⁰⁾

1. *Juez legal o natural:* nadie puede ser sometido a tribunales especialmente creados para el efecto.

(9) Para ampliar este interesante paso histórico véase entre otros, LIEBMAN (E), "Garanzie internazionali dell' "equo" "processo civile" *Riv. Dir. Proc. Civ.* N° 3, 1979, pp. 330. CAPPELLETTI (M), *Ideologías, Proceso y Sociedad*, Milano 1975, pp. 51 y ss.

(10) LIEBMAN (E), op. cit., pp. 332 ss. Destaca el A, el hecho de que hoy en el Derecho Internacional se contempla al individuo como sujeto del mismo y no ya solo a los Estados, pues hoy las personas pueden acudir a los organismos de justicia internacional a reclamar la violación a garantías constitucionales procesales, civiles, políticas y sociales cita la "Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales" así como el "Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos" aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1966.

2. *Derecho de acceso a los tribunales*: derecho de acción y de defensa (principio del contradictorio), que incluye el problema de la asistencia legal gratuita para los desposeídos.
3. *Juez independiente e imparcial*: jueces sujetos solo a la Constitución y a la ley.
4. *Duración razonable del proceso*: el proceso debe desarrollarse de manera "equa": poniendo a todas las partes en condiciones de poder hacer valer y defender adecuadamente las propias razones dentro de un arco de tiempo breve.
5. *Igualdad de las partes*: que es también un aspecto de equidad y significa la "igualdad de armas". Pero, se refiere específicamente a una igualdad en la audiencia y en general, en las prácticas procesales.
6. *Publicidad de los procesos*: partiendo del concepto de soberanía del pueblo se exige un control de la opinión pública en el ejercicio de la jurisdicción.
7. *Obligación de motivar la sentencia*:⁽¹¹⁾

También cabe destacar la importancia que para dotar de mayores elementos de funcionalidad y efectividad al Derecho Procesal Civil, han tenido los estudios de Derecho Comparado.⁽¹²⁾ Por medio de la acción del Derecho Comparado, se han descubierto los modelos existentes en el pasado, su evolución y los esquemas que en la actualidad se presentan ante los ojos del jurista estudioso y que en muchos casos, se han constituido en patrones ampliamente efectivos y por ello han ejercido gran influencia en otros sistemas extranjeros.

Veamos algo sobre el punto.

Entre los modelos más destacados y surgidos a partir del *procesalismo científico* están: por supuesto, el Código Procesal Civil alemán de 1877, el cual hasta el presente, se reporta como uno de los mejor estructurados y de una alta eficiencia práctica. No obstante, la aparición posterior del

(11) Estos principios en parte también los encontramos expresados en la Declaración Universal de los derechos humanos arts. 8 y 10. Así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" (22 nov.1965) art. 8.

(12) Entre los grandes comparatistas podemos citar en Italia a: Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vigoriti, Taruffo, Sereni, Paromi, Rumi, Gorla, Bryant Garth, etc. Ver entre otros interesantes referencias sobre el tema en DENTI (V), "Diritto Comparato e scienza del processo", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, N° B, 1979, pp. Con una interesante síntesis de los diferentes enfoques para el Derecho Comparado.

Código Procesal Civil austríaco de inspiración alemana pero elaborado bajo otras consideraciones: sociales, políticas, económicas, psicológicas y jurídicas, fue la que marcó el gran hito en la historia de la justicia civil pues en éste el insigne Ministro de Justicia de la época Franz Klein quien fue designado para que lo redactara después de varios intentos fallidos de otros juristas austríacos,⁽¹³⁾ dio a la luz un Código concebido bajo las consideraciones ya señaladas pero, esencialmente sociales, basado en las circunstancias reales del cuerpo social. Por eso sus resultados prácticos han dado lugar a procesos civiles tan cortos que en algunos casos podemos hablar de seis meses de duración. En él convergen las metas ideales de una correcta disciplina procesal logrando la tutela por medio de un equilibrio entre orden jurídico (objetivo) e interés subjetivo (derechos de los privados) y una administración de justicia efectiva.⁽¹⁴⁾

Es bueno señalar que el proceso austríaco para realizar un proceso civil simple y efectivo, ha utilizado la forma oral, como una consecuente reducción en la duración de las causas y los respectivos costos permitiendo así el acceso al mayor número de ciudadanos al proceso. Se ve así de manera muy clara, un proceso civil que ve en los intereses sociales individuales la parte de un todo social por el hecho de que un conflicto privado produce una crisis del ordenamiento y por eso su rápida y adecuada solución interesa al Estado.

Con el objeto de dejar ver cómo se ha estructurado el proceso austríaco y palpar más de cerca su naturaleza me permito hacer aquí una síntesis de su esquema procedimental:⁽¹⁵⁾

1. *Demanda introductoria*: se dan aquí las citaciones oficiosas así como queda prevista para esta fase una "primera comparecencia" para las partes en donde el juez goza de amplios poderes discrecionales, por ejemplo, pedir informaciones, aclaraciones de la manera más abierta, sobre los hechos, encontrando límites solo en la prueba documental y testimonial.

2. *Desarrollo del proceso*: se atribuye al juez el poder de conducir aceleradamente el proceso para darle unidad impidiendo peticiones destinadas a atrasar el avance del proceso así como previniendo sobre los términos para la práctica de pruebas. Los reenvíos solo pueden darse en casos taxativamente establecidos por ley. Además, la proposición de los medios de impugnación no se divide entre interposición y motivación sino que ambas van unidas: declaración y motivos se unen en un mismo escrito.

Al efecto, se elimina el principio de preclusión y se fortalece la discusión oral. Esta discusión oral se efectúa ante un tribunal colegiado y debe darse en una sola audiencia.

(13) SPRUNG (R), op. cit., pp. 34 ss.

(14) SPRUNG (R), op. cit., pp. 24 ss.

(15) SPRUNG (R), op. cit., pp. 37 ss.

Por su cuenta el proceso en rebeldía, se basa en el principio de preclusión y de reposición de términos.

La escritura tiene una función "memorizadora" de lo que sucede en el proceso y se utiliza para los llamados *actos preparatorios*.

Conclusión: la sentencia de mérito se dicta de ser posible, de inmediato al concluir la audiencia o a más tardar 8 días después.

CONCLUSIONES

- En Costa Rica el Proceso Civil permanece estacionado desde hace más de un siglo sin que ese estado de cosas se vea modificado a pesar de que el Proceso Civil actual se ha tornado incapaz de administrar justicia.
- Tal fenómeno tiene íntima relación con los esquemas transmitidos a la clase forense mediante un sistema de enseñanza del Derecho Procesal Civil equivocado y limitado en sus posibilidades intelectuales y materiales por lo que se hace necesario reestructurar el método didáctico.
- Un único enfoque del Derecho Procesal Civil, enerva la actitud crítica y la búsqueda de soluciones lo que se ha traducido en una enorme falta de interés e indiferencia con la consecuente preservación de un proceso afuncional.
- La importancia del estudio del Derecho Procesal Civil, se da en virtud de la exigencia de abrir nuevos horizontes para construir un esquema que conduzca a una plena y efectiva administración de la justicia civil.
- La promoción de un nuevo esquema procesal civil debe darse partiendo del hecho social y sus agentes transformadores (economía, política, ciencia, tecnología, etc.) ubicado históricamente.
- La referencia a otras realidades jurídicas permitirá hacer luz en la búsqueda de respuestas adecuadas.
- Por último debemos siempre partir de que el proceso civil ante todo debe ser un instrumento para el bienestar social y no una mole que entorpece las buenas relaciones y desgasta de manera innecesaria y altamente perjudicial, los recursos del presupuesto para la administración de justicia de un país violando derechos fundamentales de los ciudadanos.

LA ASUNCION DE LA DEUDA AJENA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO, CON ESPECIAL ENFASIS EN LA SUCESION A TITULO PARTICULAR EN EL DEBITO Y EN LA NOVACION SUBJETIVA PASIVA(*)

Dr. Gastón Certad M.

Profesor Catedrático de la
Universidad de Costa Rica y de la
Universidad Autónoma de Centro América

Mi más sincero agradecimiento a mis ex-alumnas *Ana Lucía Espinosa Blanco* y *María del Pilar Peinador Roldán*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y *Emilia Saborío Pozuelo* y *Elías A. Soley Gutiérrez*, del Colegio Académico de la Universidad Autónoma de Centro América, hoy licenciados en Derecho, sin cuya valiosa y desinteresada colaboración no hubiese sido posible la conclusión oportuna de este estudio.

(*) Conferencia impartida en el Auditorio de la Corte Suprema de Justicia en la celebración del Centenario del Código Civil.

SUMARIO :

- I. Algunas consideraciones en torno a la adquisición del derecho: adquisición originaria y adquisición derivada.
- II. La sucesión en los derechos y en las obligaciones.
- III. La "cesión de deudas" en la doctrina clásica y contemporánea francesa. La "asunción de deudas" en la doctrina española.
- IV. La asunción de deuda en los Códigos Germánicos.
- V. La asunción de deuda en el Código Civil Italiano de 1942: irrelevancia de la distinción entre sucesión a título particular en el débito y novación subjetiva pasiva.
- VI. Breve conceptualización de la delegación y la expromisión.
- VII. El "accollo" en el Código Civil Italiano del '42. Concepto. Accollo voluntario o convencional. Accollo interno o simple. Accollo externo: 1) acollo acumulativo; 2) acollo liberador: a) acollo privativo; b) acollo novativo. Accollo "ex lege" o legal: interno, acumulativo y privativo.
- VIII. La sucesión a título particular en el débito sólo se efectúa a través de la delegación, expromisión y "accollo" privativos.
- IX. La situación en nuestro Derecho privado: Código Civil de 1886 y Código de Comercio de 1964.
- X. Importancia práctica de codificar correctamente las descritas figuras de asunción de la deuda ajena en nuestro país.

1. Harto difundida es la fórmula tradicional según la cual la adquisición es la conjunción o unión del derecho con un determinado sujeto. Obviamente, se trata ésta de una expresión metafórica o, cuando mucho, aproximada. Con ella se pretende indicar el acontecer de uno o varios hechos en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico reconoce, o más bien, atribuye o asigna la titularidad de un derecho a un determinado sujeto; y porque generalmente todo sujeto tiene un patrimonio (o se encuentra en el centro de una esfera jurídica) se puede afirmar que la adquisición señala el ingreso del derecho en el patrimonio (o en la esfera jurídica) del sujeto. La adquisición, entonces, o actual o concreta y específicamente virtual, define y condiciona la existencia del derecho; y en este sentido puede afirmarse que todo derecho es susceptible de ser adquirido por un determinado sujeto.⁽¹⁾

Así las cosas, el nacimiento del derecho produce necesariamente la adquisición o, cuando menos, la destinación del mismo hacia un determinado sujeto; de donde hoy se admite en forma pacífica, que no se dan derechos sin sujeto. Es ésta la conocida adquisición originaria o a título originario.

Esta forma de adquisición tiene como característica esencial e inconfundible la circunstancia que la titularidad del adquirente es objetivamente independiente de la posición del precedente titular, pues la figura adquisitiva está constituida por elementos de hecho que son propios del adquirente. La consecuencia es que en la adquisición originaria el hecho constitutivo del derecho lo da exclusivamente el hecho adquisitivo; es el mismo hecho jurídico el que determina la adquisición, es decir, el ligamen de la titularidad al sujeto determina también la existencia del derecho.⁽²⁾

Pero con referencia al sujeto adquirente, surge la necesidad de distinguir la adquisición derivativa o a título derivativo que, a diferencia de la originaria, no coincide con el nacimiento del derecho, encuadrándose más bien en el ámbito de las modificaciones subjetivas. Esta forma de adquisición implica precisamente una doble modificación que, analizada en sus momentos constitutivos, se presenta como extinción o pérdida, para el precedente titular, y como adquisición en sentido estricto, para el nuevo titular.⁽³⁾

(1) PUGLIATTI, Salvatore, "Acquisto del diritto", en Enciclopedia del Diritto, I, Giuffrè Editore, Milano 1958, pág. 510.

(2) NICOLO, Rosario, "Successione nei diritti", en Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1971, págs. 609 y 610.

(3) PUGLIATTI, Salvatore, op. cit., pág. 510.

Nosotros somos de la opinión que la nota característica de la adquisición derivativa está en la relación de dependencia objetiva que en ella se da entre el derecho preexistente y el derecho adquirido, siempre que entre uno y otro se dé una relación de causalidad, por la que el primero funciona como 'conditio sine qua non' del segundo.⁽⁴⁾

La adquisición derivativa puede ser producida por una multiplicidad de fuentes: por un acto de disposición del titular o de un sujeto autorizado a actuar por él (traspaso voluntario); por un acto de ejercicio de un poder público (traspaso coactivo); o bien por una particular situación que una norma jurídica considera suficiente para hacer descender de ella la adquisición.

El concepto de adquisición derivativa (como el de traspaso —en relación al precedente titular— y el de sucesión —consideración del fenómeno prescindiendo de los sujetos agentes—) ha hecho surgir y ha alimentado una cuestión técnica, que puede formularse en los siguientes términos: ¿puede sostenerse que el derecho o la obligación objeto de la adquisición, pasando de un sujeto a otro, mantenga su identidad, o debe considerarse que, cambiando el sujeto, cambie también el derecho o la obligación, y se adquiriera tan sólo un derecho o una obligación equivalente?

Pues bien; en las siguientes líneas dedicaremos toda nuestra atención y esfuerzos a la solución de tan valedera interrogante y veremos cómo el instituto de la "sucesión" se muestra particularmente favorable a los efectos de llegar a una conclusión en la problemática propuesta.

2. El concepto de 'sucesión' emerge históricamente en el más antiguo derecho romano en relación al fenómeno de la desaparición, en sentido físico o en sentido jurídico, de un sujeto, situación que por una indeclinable exigencia práctica, imponía la creación de un mecanismo que impidiera la extinción de las relaciones jurídicas en las que intervenía el sujeto desaparecido. Este mecanismo se realizó adecuadamente en un primer momento en la sucesión *mortis causa*.⁽⁵⁾

Por mucho tiempo, en realidad durante todo el período del derecho clásico, el concepto de sucesión permaneció ligado al presupuesto de hecho de la extinción de un sujeto y no conoció otro mecanismo de producción que la adquisición de la cualidad personal, por medio de la cual el sujeto que resultaba investido devenía automáticamente titular de las relaciones jurídicas pertenecientes al sujeto desaparecido.

(4) Es ésta la opinión dominante sostenida por autores como Coviello, Ferri, Scialoja, Venezian y otros, citados por NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 610. Frente a esta posición, autores como Bonfante, De Ruggiero y Gorla consideran que el carácter esencial de la adquisición derivativa es la relación entre el adquirente y el precedente titular.

(5) ARIAS RAMOS, J., "Derecho Romano", II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 780 a 782.

Por el contrario, respecto a la adquisición de derechos singulares, el concepto de sucesión se afirmó en época relativamente reciente, precisamente cuando la concepción materialista del traspaso de la cosa fue sustituida por la idea del traspaso del derecho, y cuando la adquisición (derivativa) de un derecho dejó de ser considerada como la consecuencia de un acto de apropiación del adquirente, cronológicamente sucesivo a un distinto y autónomo acto de disposición del enajenante, para ser tratada como el resultado de la síntesis de dos actos de voluntad del viejo y del nuevo titular. Así, en correlación a las ideas de que objeto del traspaso es el derecho, es decir, una relación ideal entre el sujeto y el bien, y de que el traspaso representa la síntesis unitaria de la pérdida y de la correlativa adquisición, se hizo necesario afirmar el concepto de 'sucesión a título particular', y no sólo con relación a los derechos reales, sino también con relación a los derechos personales.

Aún más reciente es el concepto de sucesión en las obligaciones: pesaba en los romanos la (primitiva) concepción de 'obligatio' como un vínculo netamente personal que unía el deudor al acreedor; ello chocaba con la idea de que aquél fuese sustituido por otro y de que el segundo pudiese transmitir a un tercero las facultades que tenía contra el primero. La misma sencillez de la vida económica romana no imponía la necesidad de considerar siquiera la cesión del crédito, ni mucho menos, la sucesión en el débito.⁽⁶⁾ Pero cuando, como consecuencia de las conquistas y de las relaciones con otros pueblos, la vida comercial romana se amplió, surgiendo tal necesidad: Ticio estipula de Sempronio lo que le debía Cayo; Cayo queda liberado y Sempronio obligado en su lugar con Ticio; y el deudor encuentra así en la 'novatio' un medio de liberarse de su acreedor, proporcionándole, en lugar de la cosa debida, el empeño de otra persona; si esta persona se obliga con el acreedor por orden suya, se dice que hay 'delegatio': delega un deudor nuevo a su acreedor; si por el contrario, el promitente se compromete espontáneamente a serle útil, se dice que hay 'espromissio'.⁽⁷⁾ Pero en lo concerniente a la transmisión de obligaciones sin novación, el discurso es, definitivamente, moderno: ya los clásicos franceses nos hablaban de la "cession de dettes"; pero la figura se confirmó con la aparición de los códigos germánicos (por su orden Código General Civil de Austria, Código Civil Alemán y Código Civil Suizo de las Obligaciones) a fines del siglo pasado y principios del presente; pues si abstractamente es concebible no sólo el subintrar de un sujeto a otro en la posición activa (derecho de crédito) de una relación jurídica, sino también el subintrar en la posición pasiva (obligación), es obvio que, por lo menos teóricamente, se pudiese hablar junto a una sucesión en los derechos de una sucesión en las obligaciones. Como en general 'suceder'

(6) CERTAD M., Gastón, "Breves apuntes en tema de sucesión en el débito. ('Expromisión, Delegación, 'Accollo')" en Revista Judicial N° 9, Año III, San José, setiembre de 1978, pág. 10.

(7) PETIT, Eugene, "Tratado elemental de Derecho romano", Edinal, México, 1958, pág. 496.

significa "entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella",⁽⁸⁾ 'suceder en el débito' significaría específicamente "subintrar un sujeto a otro en su posición de deudor", y esto, desde un punto de vista estrictamente estructural, nada lo impide.⁽⁹⁾

El ámbito histórico del concepto de sucesión puede entonces reconstruirse fácilmente: de la figura típica e inconfundible de la 'successio' clásica, cuyo último efecto era la sustitución de un sujeto por otro en una serie indefinida de relaciones, se viene desarrollando en el tiempo el concepto de sucesión a título particular, ligada al presupuesto de un acto de disposición del titular y al concepto de traspaso del derecho (más tarde de traspaso de la obligación) y que tenía como efecto primordial e inmediato la sustitución de un sujeto por otro en el derecho (luego en la obligación) que era objeto del traspaso.

Tenemos entonces que "la noción técnica de 'sucesión' sirve generalmente para calificar el fenómeno en virtud del cual un sujeto (sucesor o avente causa) asume respecto a una relación jurídicamente relevante la misma posición que ocupaba anteriormente otro sujeto (dante causa). Así las cosas, el concepto de sucesión se extendería hasta comprender todas aquellas figuras que conllevan una modificación exclusivamente subjetiva de una relación jurídica, la cual, manteniendo intactos o incólumes sus elementos objetivos, conservaría su originaria individualidad y sería por ello considerada como la continuación de la precedente. Tenemos entonces que si por sucesión se entiende, desde un punto de vista descriptivo, la sustitución de un sujeto por otro en una determinada posición jurídica, ella se puede producir con referencia a cualquier tipo de situación jurídica, o sea, a todas las categorías de relaciones humanas jurídicamente calificadas que se consideren susceptibles de permanecer vivas a pesar de un cambio del sujeto que en un determinado momento es su titular".⁽¹⁰⁾

Claro que para la situación jurídica de un sujeto respecto a una determinada relación jurídica sea idéntica a la de un sujeto distinto, deben necesariamente permanecer intactos los elementos objetivos de esa relación, esto es, el contenido y el objeto, de modo que la posición del segundo sujeto (sujeto subintrante) no sea susceptible de coexistir conjuntamente con la del primero (sujeto subintrado), sino más bien presentarse como la continuación de ésta.

Ahora bien; en el campo de la valoración normativa el concepto de sucesión debe servir para determinar una particular relación de interdependencia entre una situación jurídica, considerada históricamente, y una situación jurídica actual que sustituye a la primera. Más allá de esta valo-

ración correlativa de las dos situaciones, *que sólo la norma puede hacer con fundamento en determinados presupuestos*, el concepto de sucesión no tiene razón de ser. Porque para que haya sucesión no basta que un derecho (o una obligación) se extinga frente a un sujeto y otro (u otra) consecuentemente surja frente a un sujeto distinto, con contenido y objeto idénticos; es necesario además y principalmente que la norma, valorando las dos situaciones y partiendo del presupuesto de una dependencia de la segunda respecto a la primera, llegue a su identificación formal y no simplemente empírica, atribuyéndole a los hechos constitutivos o impeditivos del derecho (o de la obligación) original la misma relevancia respecto al derecho (u obligación) nuevo y disponiendo que la regulación del primero (o de la primera) siga teniendo aplicación para el segundo (o la segunda).⁽¹¹⁾

Es importante aquí revelar que no sólo es tarea exclusiva de la norma determinar cuándo, en relación a determinadas figuras adquisitivas, hay sucesión, sino además que, con el término técnico de sucesión, debe individuarse sólo una particular calificación jurídica de la figura. Me explico: frente al fenómeno de la adquisición del derecho (o de la obligación) de parte de un sujeto, es la norma la que procede a calificar la posición del adquirente en relación a la posición del precedente titular y a establecer aquel nexo de dependencia que se transforma en una relación de identidad formal y que técnicamente nosotros denominamos sucesión; de guisa que, cuando se dice que la sucesión conlleva el subintrar de un sujeto en la misma posición ocupada por otro sujeto en función a una determinada relación jurídica, se pretende sustancialmente decir que la adquisición de parte del nuevo titular está objetivamente configurada de modo que su posición depende de la ocupada precedentemente por el titular original; que adquiere eficacia con base en los mismos hechos que hacían eficaz a la original y está sometida a la misma disciplina jurídica de la original. Y entonces es perfectamente justificada la consecuencia que, desde el punto de vista normativo, el sucesor adquiere una posición jurídica idéntica a la del titular original.

De todo lo dicho se infiere que la adquisición originaria, como quiera que ella se configure en contraposición a la adquisición derivativa, es conceptualmente incompatible con el fenómeno sucesorio; de donde presupuesto esencial para que el ordenamiento jurídico reconozca la existencia de un fenómeno de sucesión de los derechos (o de las obligaciones) es la presencia de una adquisición derivativa.

"La conclusión parece ser que la sucesión, entendida como la identificación normativa de dos situaciones jurídicas con el mismo contenido y con el mismo objeto y en donde una sustituye a la otra, no es más que una calificación particular de una 'fattispecie' adquisitiva que, sin

(8) "Diccionario de la lengua española", Real Academia Española, XIX Edición, Madrid, 1970.

(9) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 10.

(10) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 606.

(11) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 609.

embargo, es independiente de las modalidades y de la fuente de la adquisición".(12)

Pocas palabras queremos añadir en lo que a la clasificación de las distintas formas de sucesión respecta: en relación al presupuesto de hecho del cual se hace depender la sucesión, se acostumbra distinguir la sucesión *mortis causa* de la sucesión *inter vivos*. La primera, ligada al presupuesto de hecho de la muerte de una persona física —y más generalmente al presupuesto de la extinción de un sujeto— puede ser a su vez sucesión a título universal y sucesión a título particular. Esta ulterior distinción encuentra su fundamento no sólo bajo un aspecto cuantitativo, en cuanto el sucesor universal (heredero) subintra potencialmente en todas las relaciones pertenecientes al 'de cuius' mientras el adquirente a título particular (legatario) adquiere sólo la titularidad de determinadas relaciones del dante causa, sino principalmente bajo el ámbito de la distinta naturaleza del título que justifica la sucesión.

La sucesión universal, dada su naturaleza y el mecanismo a través del cual se produce, encuentra posibilidad de aplicación sólo en la sucesión *mortis causa*, en cuanto la adquisición de un título que produzca y justifique la sucesión en todas las relaciones de un sujeto, presupone la extinción de ese mismo sujeto.

Cuando, por el contrario, la sucesión prescinde del presupuesto de hecho de la extinción de un sujeto (sucesión *inter vivos*), ella debe necesariamente presuponer un acto de disposición por parte del titular (o eventualmente de otro sujeto) y correlativamente un acto de voluntad del adquirente, esto es, una adquisición derivativa. Pero cualquiera que sea el objeto del traspaso, la sucesión en esta hipótesis no puede ser de otra forma que a título particular. Precisamente en la sucesión a título particular en el débito concentraremos de ahora en adelante nuestra atención y esfuerzos.

3. La asunción de la deuda ajena, y más concretamente las hipótesis de sucesión a título particular en la obligación, no son tratadas por el Code Civil Napoleón de 1801. El artículo 1271 de ese Cuerpo de Leyes dice:

"La novación se opera de tres maneras:

1.;
2. cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que es liberado por el acreedor;

Comentando esta norma, los tratadistas franceses distinguen dos variedades de novación por cambio de deudor (novación llamada subjetiva):

(12) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 613.

delegación y expromisión; y concuerdan además en que, ya se trate de la una o de la otra, el asentimiento del acreedor es indispensable para que la novación opere.(13)

"Hay delegación cuando el nuevo deudor que se compromete con el acreedor es delegado, es decir, encargado por el viejo; es entonces el primitivo deudor quien toma la iniciativa de la delegación...".(14)

De estas palabras nítido resulta que el inciso 2º del artículo 1271 del Code Napoleon contempla, para los citados autores franceses, la delegación llamada novativa.(15)

"...Si por el contrario, el nuevo deudor, que viene a tomar el lugar del viejo, no actúa bajo petición de éste, instigado por él; si él actúa espontáneamente o por iniciativa de un tercero, estamos ante un caso de expromisión...".(16)

De esta otra intervención resulta también muy claramente que, para los escritores de repetida cita, la norma de comentario contempla, además, la denominada expromisión novativa.(17)

De mucho interés es lo dispuesto por el artículo 1275 ejusdem:

La delegación mediante la cual un deudor presenta al acreedor otro deudor que se obliga frente al acreedor, no opera ninguna novación, si el acreedor no declara expresamente que él pretende liberar al deudor que ha hecho la delegación".

Frente a esta norma, los comentaristas franceses sostienen la existencia de dos tipos de delegación: perfecta e imperfecta. "Para que exista delegación perfecta, es indispensable que el delegatario libere al delegante".(18) "La delegación perfecta tiene por efecto liberar al primitivo deudor. Ella lo coloca en la misma situación que si hubiera pagado y por consiguiente el delegatario no tiene más acción contra él".(19)

(13) BAUDRY LACANTINERIE, G.; BARDE, L., "Traité théorique et pratique de droit civil", III (Des obligations), Librairie de la société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908, N° 1713, pág. 25; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librairie F. Pichon réunies, Paris, 1917, N° 540, pág. 175.

(14) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1714, págs. 25 y 26.

(15) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 20.

(16) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1715, pág. 26.

(17) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 20.

(18) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1744, pág. 58; PLANIOL, op. cit., N° 554, pág. 180.

(19) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1747, pág. 61. Es ésta la delegación denominada novativa.

Pero "la delegación no produce siempre una novación. En ciertos casos, la deuda que ella origina, en vez de suprimirla, viene a colocarse junto a la deuda original...".⁽²⁰⁾

"Resulta del artículo 1275 que no hay más novación cuando el delegatario no ha expresamente declarado que él libera al delegante. En esta hipótesis, nace una segunda obligación que viene a agregarse a la primera. Según la terminología del derecho romano, es este un caso de 'adpromissio', y la doctrina moderna dice que la delegación es entonces imperfecta.

... El acreedor tiene ahora dos deudores, y cada uno de ellos está obligado por la totalidad de la deuda...

Así puede decirse que, en la delegación imperfecta, tanto el delegado como el delegante, juegan, en relación al delegatorio, el papel de deudor principal...

... La delegación imperfecta no puede, evidentemente, realizarse sin que el acreedor la acepte. Pero no es necesario que dicha aceptación sea expresa. Ella puede resultar de las circunstancias".⁽²¹⁾

Como puede notarse quedan por fuera de la regulación normativa francesa, como al inicio anunciamos, las verdaderas hipótesis de sucesión inter vivos a título particular en la deuda, es decir, la expromisión, la delegación y el "acollo"⁽²²⁾ (liberadores) privativos, institutos a los que la doctrina francesa llama genéricamente "cession de dette".⁽²³⁾

(20) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1714, pág. 26.

(21) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1753, págs. 71-72; PLANIOL, op. cit., N° 554, pág. 180. Es ésta la delegación conocida como acumulativa, cumulativa, conjuntiva o solidaria.

(22) Es ésta la expresión que utiliza el Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 1272. La traducción de este vocablo al español, como bien lo apunta Santiago Sentís Melendo en la traducción de la obra "*Sistema de Derecho Privado*" de Domenico Barbero (E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 268, nota del traductor), no es sencilla. Idiomáticamente "acollo" significa "el peso que gravita sobre el cuello de una caballería" y, por extensión, "el peso que puede hacerse recaer sobre una persona". El citado traductor utiliza el término "carga" para traducir esta voz, expresión que no compartimos por confundirse con la traducción del vocablo italiano "onere", que ninguna relación tiene con el "acollo". Preferimos nosotros usar el mismo vocablo italiano, no sin advertir que los alemanes utilizan la locución "asunción de deuda (Schuldubernahme)" y los franceses "cesión de deudas (cession de dettes)", que sirven para distinguir el entero fenómeno de la sucesión a título particular en la deuda y no la aislada figura del "acollo".

(23) Esta fórmula se usaba "casi para sobresaltar la correspondencia con el fenómeno de la transmisión del crédito; y se trataba de justificar el término 'cesión' con fundamento en puntos de vista filosóficos y en concepciones económicas, mal entendidas o mal asimiladas, identificando la deuda con un 'valor' y esforzándose así en superar la costumbre del legislador, de reservar la palabra 'cesión' para las vicisitudes traslativas que aumentan la esfera patrimonial del adquirente". RESCIGNO, Pietro, "*Manuale di Diritto Privato*", 2ª Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1975, pág. 586.

Surgen estas figuras, positivamente, con el Código General Civil de Austria de fines del siglo pasado, recibiendo la confirmación definitiva con la promulgación del B.G.B. de 1900. La cesión de deuda libera al primitivo deudor. Este resultado no puede producirse contra la voluntad del acreedor: claro que si la "cesión" les hace perder a este último un deudor, también le hace adquirir otro; pero es posible que el segundo deudor no le inspire al acreedor tanta confianza como el primero. Es por ello imposible que pueda imponérsele al acreedor un cambio de obligado: puesto que precisamente existe un acreedor que espera satisfacción, satisfacción que puede depender tanto de la disposición, cuanto de la solvencia del deudor, es de suponer que al acreedor no le es indiferente la persona misma del deudor. De todo esto se infiere que la llamada "sustitución del deudor" es una cuestión de suyo delicada y por eso la ley no la consiente si no media el asentimiento del acreedor (salvo que sea necesaria en su mismo interés, como en el caso de muerte del deudor).⁽²⁴⁾

Laurent es de la opinión que este razonamiento nos obliga a considerar la cesión de deudas legalmente imposible: "Si cede sus créditos, no cede sus deudas" invocando "el principio elemental que el deudor no puede ceder sus obligaciones".⁽²⁵⁾ "El Código no admite que las deudas puedan ser cedidas; el deudor está ligado al acreedor, y no puede desligarse de éste".⁽²⁶⁾

Para Lebrun la "cession de dette" es un convenio por el cual un deudor trasmite la situación pasiva que tiene con su acreedor a un tercero que deviene deudor en su lugar".⁽²⁷⁾ La figura ha sido clasificada según se la considere aisladamente (o como accesoria de la cesión de un bien) o como elemento de la cesión de contrato, una operación de mayor magnitud.⁽²⁸⁾

Nos interesa analizar aquí lo que los franceses llaman la "cesión perfecta", con la cual se trata de hacer adquirir al acreedor un derecho contra el nuevo deudor, perdiendo aquél su derecho contra el primer deudor, quien resulta liberado. La figura no es posible concebirla sin una manifestación de voluntad del acreedor, pues es principio indiscutible que nadie puede ser obligado a cambiar de deudor; la razón estriba en que el valor de una obligación, cualquiera que ella sea, depende en gran parte

(24) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 10.

(25) LAURENT, H., "*Principes du droit civil français*", XXV, Bruxelles, 1898-1903, N° 211.

(26) LAURENT, op. cit., XXIV, N° 529.

(27) LEBRUN, Auguste, "*Cession de dette*", Dalloz Encyclopedie Juridique, Répertoire de Droit Civil, Paris, Jurisprudence Général Dalloz, 2^{ème} édition, II, 1971, págs. 1-2.

(28) CARBONNIER, Jean, "*Droit Civil*", IV, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition, mise à jour, 1975, pág. 470.

de la personalidad misma del obligado, su solvencia y también su moralidad.⁽²⁹⁾

Para Lubrun el Código Civil francés debe interpretarse en el sentido de que no prohibiendo expresamente la figura de la cesión perfecta, no se la debe rechazar en forma rotunda.⁽³⁰⁾ Pero la doctrina civilista contemporánea de ese país se encuentra dividida entre quienes, autónomamente, no la admiten del todo (es decir, como otra figura más dentro de la línea general de la sucesión en el débito, al lado de la delegación y de la expromisión)⁽³¹⁾ y quienes, haciendo un gran esfuerzo interpretativo e integrativo, la admiten.⁽³²⁾

Los españoles enfocan el tema de la sucesión inter vivos a título particular en el débito con el nombre de asunción de deudas,⁽³³⁾ definiéndola como "... un contrato celebrado por el deudor primitivo con un nuevo deudor, que asume la obligación de aquel",⁽³⁴⁾ imponiéndole como requisito el consentimiento o la ratificación del acreedor. El contrato puede tener dos manifestaciones: una de la que resulta la liberación del deudor primitivo (asunción liberatoria),⁽³⁵⁾ como consecuencia del consentimiento expreso o tácito del acreedor (artículo 1205 del Código Civil español); otra que vincula a ambos deudores frente al acreedor (asunción acumulativa o cumulativa).⁽³⁶⁾

El Código Civil español, de inspiración napoleónica, tampoco contempla en su articulado la sucesión inter vivos a título particular en la obligación y de ahí que la asunción de deuda es considerada en España, por la doctrina mayoritaria, como un contrato atípico, regido por las estipulaciones hechas por las partes.

El instituto es estudiado por los españoles desde varios puntos de vista: la liberación o no del deudor anterior; la insolvencia (o quiebra)

(29) Según palabras de los MAZEAUD: "el crédito vale lo que valga el deudor..." (Henri, Leon et Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960, pág. 521.

(30) LEBRUN, op. cit., págs. 1-2.

(31) Ejemplo de esta tendencia lo constituyen los hermanos MAZEAUD, op. cit., pág. 523).

(32) Citamos como ejemplos de esta posición a LEBRUN (op. cit., págs. 1-2) y a GAUDEMET (Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa S. A., México, 1974, págs. 504 a 508).

(33) Ver infra, nota 22.

(34) DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Editorial Tecnos, 1983, pág. 833.

(35) DIEZ-PICAZO, op. cit., pág. 833.

(36) El ordenamiento español consagra el principio de la no presunción de la solidaridad (artículo 1137 del Código Civil); no obstante, una parte de la doctrina opta por la solución contraria para el caso de asunción de deuda acumulativa.

del nuevo deudor; las garantías y obligaciones accesorias; las excepciones oponibles al acreedor.⁽³⁷⁾

4. La historia demuestra que la sucesión inter vivos a título particular en las deudas representa el punto de llegada de la evolución que se produjo en torno a la noción de "obligatio" heredada de los romanos. Se han necesitado muchos siglos para que esta evolución se complete.

A diferencia del Derecho Romano, el antiguo derecho alemán sí conoció la institución de la asunción de deudas y pese a un período de declinación de la misma, puede notarse su resurgimiento a partir de la primera mitad del siglo pasado.

El Código Prusiano de 1794 ("Allgemeines Landrecht") contenía algunas disposiciones que, según la forma en que se las interprete nos llevan a concluir que marcaron la inclinación hacia el triunfo del sistema germánico moderno.⁽³⁸⁾ Pero el Código Civil para el Imperio de Alemania, en su texto definitivo, no fue votado sino en 1896 y es uno de los primeros en admitir "ex professo" la asunción privativa⁽³⁹⁾ de las deudas: Libro II, relativo al "Derecho de las Obligaciones", Sección V que, bajo la rúbrica "Asunción de deuda (Schuldübernahme)", regula la institución en los artículos 414-419. El Bürgerliches Gesetzbuch prevé que la "Schuldübernahme" —con esta expresión el legislador alemán distingue únicamente la asunción privativa— puede realizarse entre el tercero y el acreedor (artículo 414)⁽⁴⁰⁾ o bien mediante contrato entre tercero y deudor, que el acreedor asienta o ratifique expresamente (artículo 415).⁽⁴¹⁾

Ennecerus define la asunción (privativa) de deuda como "un contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor. El deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma".⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾

(37) DIEZ-PICAZO, op. cit., págs. 827-833.

(38) Nos resulta que el primer Código en legislar sobre la asunción privativa de la deuda fue el Código General en Austria del siglo XIX, tal vez inspirado en el Código Prusiano, pero realmente no hemos logrado conseguir información directa que nos permita corroborar este hecho y analizar sus disposiciones.

(39) Privativa porque el acreedor resulta privado de su crédito frente a su antiguo deudor, manteniéndose en todo lo demás igual a la obligación.

(40) Trátase ni más ni menos que de la expromisión y delegación privativas. Véase supra N° 6.

(41) Esta especie negocial de asunción privativa ocupa, en el Código alemán, el puesto del "accollo" privativo del Código italiano de 1942, véase supra N° 7.

(42) ENNECERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 410.

(43) Lo que la diferencia precisamente de la denominada novación subjetiva pasiva, pues la primigenia obligación no perece sino que subsiste a cargo de otro sujeto pasivo.

El efecto principal de este contrato es que el adquirente se coloca en el lugar del antiguo deudor quien queda, a su vez, liberado, pero el crédito no se extingue (esto es, no hay novación), sino que simplemente cambia de dirección respecto de la atribución pasiva de la obligación. La deuda se trasfiere al que la asume tal cual es al momento de la asunción.⁽⁴⁴⁾

A pesar de no estar expresamente previstas en el B.G.B., la doctrina admite la asunción acumulativa y la novativa. En virtud de la primera, el tercero subintra se coloca junto al deudor originario —que no queda liberado— como codeudor solitario; debe notarse que tampoco en esta figura el contenido de la prestación debida varía; en ella, el tercero debe tener un interés real, verdadero, en la relación obligatoria misma y no únicamente un interés personal en apoyar al deudor.⁽⁴⁵⁾

En la asunción novativa, el tercero subintra al deudor original que resulta liberado como consecuencia de la extinción de la obligación, y nace entre tercero y acreedor una nueva relación obligatoria: como lógica consecuencia, el contenido de la prestación cambia.

Podemos observar, ante estas figuras de asunción (privativa) de la deuda (expromisión, delegación y "acollo") cuál es la noción hoy imperante de obligación en el Código Civil alemán: la obligación, desde un punto de vista pasivo, no es considerada ya —como en Roma y en las legislaciones de inspiración napoleónica— como una unión personal —salvo cuando su ejecución no es susceptible que emane de otra persona distinta que no sea el deudor original, en razón de sus aptitudes o cualidades. Pero, fuera de esta hipótesis, decididamente excepcional, la persona del deudor no es en medida alguna elemento de la obligación. La esencia de la obligación, siguiendo las enseñanzas de Saleilles, está "en la naturaleza de la prestación a cumplir", la manera como ella debe ser y "el conjunto de actividades" a la cual ella puede comprometer eso que se ha llamado "el contenido de la obligación, la 'praestare' de los romanos", y esta 'praestare' puede tener un valor propio, independiente de la persona y circular como tal".⁽⁴⁶⁾ Así, la persona del deudor viene a resultar extraña a la esencia de la obligación; ella sólo tiene importancia bajo el aspecto de las posibilidades de pago.⁽⁴⁷⁾

En virtud de una reforma de principios de este siglo, la asunción de deudas versión alemana es acogida por el legislador suizo en el "Code Federale des Obligations": "en la revisión del Código de Obligaciones se adoptó, después de muchas vacilaciones, el punto de vista de la teoría

(44) LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", I, Editorial Revista de Derecho

(45) Según Larenz (op. cit., pág. 485) es ésta una de las diferencias entre la asunción acumulativa y la fianza.

(46) "Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand", Paris, 1890, N° 82, pág. 71.

(47) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 23.

contractual alemana, aunque sólo para el caso corriente de asunción de deuda".⁽⁴⁸⁾

Bajo el nombre de "reprise de dette" el Código Suizo regula entonces la sucesión en la posición pasiva de la relación obligatoria, cuyo efecto primordial es el de retomar la deuda, por lo cual el tercero subintra en esa relación asume la deuda del sujeto pasivo original, que resulta liberado.⁽⁴⁹⁾

Al igual que el B.G.B., el Código de Obligaciones suizo contempla dos hipótesis de "reprise de dette": la interna y la externa. La primera, que tal vez debería llamarse con más propiedad "Promesse de liberation",⁽⁵⁰⁾ es un contrato entre un tercero y el deudor de la obligación en donde aquél promete a éste asumir su deuda frente al acreedor, quien debe liberarlo;⁽⁵¹⁾ la liberación prometida al deudor puede lograrse de diversos modos.⁽⁵²⁾

La "reprise de dette externe" (artículo 176) es un contrato entre el tercero y el acreedor tendiente a que aquél sustituya en la relación obligatoria al deudor original que queda así liberado. "En este tipo de 'reprise de dette' cambia el sujeto pasivo de la obligación (como es lógico) y persiste la deuda original, por lo que no es una novación. El tercero se obliga con el acreedor y el deudor anterior se libera de éste, y si se decretare la nulidad del acto, el primer deudor se mantiene en su carácter de obligado; igualmente se libera el tercero si por alguna razón el acreedor no puede disponer del crédito. Ese nuevo deudor asume la deuda en el estado en que se encuentra en ese momento, tanto en sus modalidades y accesorios como con sus excepciones reales".⁽⁵³⁾

Tenemos entonces que "la obligación que la persona que asume la deuda contrae para con el acreedor es, en cuanto al contenido, identifica a la obligación del deudor a quien se exime de la deuda. A diferencia de la novación, la asunción de deuda no puede introducir más que un simple cambio en la persona del deudor. La asunción de deuda puede concebirse, en cierto modo, como un acto de sucesión en la deuda, del mismo modo que el cesionario viene a ocupar por sucesión el lugar del

(48) VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", II Editorial Reus S. A., Madrid, 1934, N° 98, pág. 334.

(49) ENGEL, Pierre, "Traité des obligations en Droit Suisse", Editions Ides et Caleudes, Neuchatel, 1973, pág. 599; VON TUHR, op. cit., pág. 332.

(50) Según la terminología referida por Engel (op. cit., pág. 600).

(51) A esta figura el B.G.B., la denomina "asunción de cumplimiento" y corresponde al artículo 175 del Código de las Obligaciones. ENGEL, op. cit., pág. 600; VON TUHR, op. cit., pág. 332.

(52) No sólo, como hace resaltar el artículo 175, ap. 1° saldando el crédito al acreedor o asumiendo la deuda, sino también por medio de un contrato de novación o de compensación (expromisión o delegación) con el acreedor.

(53) ENGEL, op. cit., pág. 604.

cedente. La asunción de deuda versa sobre ésta en el estado que tenga en el momento de asumirse y, como la obligación de la persona que la asume sigue las huellas de la obligación del deudor, puede clasificarse como una promesa causal, a diferencia de la novación, que reviste casi siempre la forma de una promesa abstracta del nuevo deudor".⁽⁵⁴⁾

También existe en el derecho suizo, pero como figura atípica, la denominada "reprise de dette acumulatif". Consiste en la obligación que asume un tercero con el deudor de una relación para pagar la obligación al acreedor; este último tendrá mayor garantía de cumplimiento porque frente a su crédito se sitúan dos deudores solidarios (artículo 143). Esta asunción puede operarse de dos formas: a) en virtud de convenio entre el tercero y el deudor original en favor del acreedor quien, sin embargo, puede oponerse al mismo; o b) con base en un convenio entre el tercero y el acreedor directamente sin necesidad de consentimiento del deudor original, ni posibilidad de oposición. La doctrina suiza ha dicho que esta asunción es más que nada una "promesa de ejecución".^{(55) (56)}

En conclusión: como negocios modificativos del débito son regulados en el B.G.B. alemán y en el Código Civil Suizo de las Obligaciones la expromisión y el "accollo";⁽⁵⁷⁾ más exactamente se regula la asunción privativa bajo la forma de contrato estipulado entre acreedor y nuevo deudor o bajo la forma de contrato entre viejo y nuevo deudor, aceptado o ratificado por el acreedor. La asunción del débito genera, normalmente, eficacia privativa: la liberación del deudor original va acompañada de la sucesión a título particular en el débito por parte del nuevo obligado. Se considera que la autonomía negocial puede ejercitarse en el sentido de producir una asunción acumulativa o de que se genere una novación de la relación obligatoria más que una asunción privativa o una sucesión a título particular en la deuda, pero la disciplina contempla expresamente sólo el fenómeno sucesorio, que se efectúa mediante la asunción privativa de la deuda ajena.

(54) VON TURH, op. cit., pág. 340.

(55) En igual sentido nos habla el Código General de Austria en su artículo 1406.

(56) ENGEL, op. cit., pág. 608; VON TURH, op. cit., pág. 333, quien la denomina también "incorporación de deuda".

(57) Estos Códigos regulan la delegación ("anweisung") como el negocio mediante el cual el asignante pone a disposición de un tercero una prestación que debe ejecutar el asignado (que recibe del delegante la orden o el encargo de ejecutarla), y por ello sin ninguna consideración de las eventuales relaciones preexistentes. De ahí que el resultado final de la operación no será siempre y necesariamente la extinción de dos deudas (la del delegante frente al delegatario y la del delegado frente al delegante) sino que puede ser el nacimiento de dos créditos (uno del delegante frente al delegatario y otro del delegado frente al delegante). Con esto no pretendemos decir, obviamente, que la asunción privativa de la deuda no pueda realizarse en Alemania y Suiza a través de la delegación.

5. En la última fase de los trabajos preparatorios del Código Civil italiano de 1942, sus redactores tuvieron plena conciencia de la necesidad de dedicar una apropiada, específica y autónoma disciplina, fuera del campo de la novación,⁽⁵⁸⁾ a aquellas figuras negociales que de distintas maneras dan lugar a modificaciones subjetivas en el lado pasivo de la relación obligatoria y, además, la oportunidad de resolver, sobre el plano eminentemente práctico de los intereses, el discutido problema de la distinción entre novación subjetiva pasiva⁽⁵⁹⁾ y sucesión particular en la deuda. Esto se lee claramente en la Relación al Rey, N° 573, del citado Cuerpo de Leyes: "la novación se ha liberado, en la disciplina del nuevo Código, de la confusa promiscuidad en que el Código de 1865 había colocado la doble configuración objetiva y subjetiva".

Por eso puede afirmarse que el Código Civil italiano vigente regula de manera autónoma sólo la novación objetiva (artículos 1230-1234) y no contiene ya una disciplina particular de la novación subjetiva.⁽⁶⁰⁾

Y es precisamente sobre el plano práctico de los intereses y de su concreto modo de comportarse que esta orientación se explica perfectamente y que un tratamiento jurídico-positivo de la novación subjetiva a la par de ella parecería algo superfluo. Porque en el campo de las modificaciones (exclusivamente) subjetivas de la relación obligatoria las necesidades prácticas se satisfacen normalmente y más adecuadamente no con la novación, que en buena técnica jurídica debe operar con el mecanismo de la doble eficacia extintiva-constitutiva, sino más bien a través de los instrumentos que efectúan la cesión del crédito o la asunción (acumulativa o liberadora) de la obligación ajena. Fue en esta dirección hacia donde se movilizaron, como vimos, las codificaciones germánicas más modernas.

El legislador italiano del '42 se percató de que ninguna utilidad práctica podía tener la distinción entre novación subjetiva y sucesión en la deuda.⁽⁶¹⁾ En la Relación al Rey, N° 584, se lee: "Es probable que en abstracto sean bastante netos los criterios diferenciadores entre novación

(58) Campo en el que tradicionalmente desde tiempo de los romanos, y ya en época más moderna, con las codificaciones de corte napoleónico, el fenómeno había sido tratado.

(59) Por novación subjetiva se entiende la sustitución de uno de los sujetos de la relación, permaneciendo inalterados los elementos objetivos, pero extinguiéndose la obligación y surgiendo otra nueva.

La novación subjetiva puede referirse al cambio de acreedor (novación subjetiva activa) o al cambio de deudor (novación subjetiva pasiva). RESCIGNO, Pietro, "Novazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, XI, U.T.E.T., Torino, 1968, pág. 432.

(60) MAGAZZU, Andrea, "Novazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1978, págs. 780-781.

(61) El problema, como se sabe, se complica por la incidencia de muchas cuestiones de fondo: desde la legitimidad misma del concepto de sucesión hasta la justificación de la sucesión particular, pasando por la admisión de la sucesión en la deuda (ver infra, N° 2).

subjetiva por cambio de deudos y la sucesión en la deuda; pero es cierto que querer unir determinadas consecuencias jurídicas a los acuerdos destinados a producir novación y consecuencias distintas a los destinados, siempre hipotéticamente, a producir sucesión en la deuda, hubiere sido ofrecer un pésimo servicio a la práctica", especialmente si se piensa que "distinguir, en el caso concreto, si el intento práctico de las partes pueda considerarse dirigido a la novación o a la sucesión en la deuda, es casi siempre absolutamente imposible, no pudiendo pretenderse que los contratantes, normalmente ignorantes de conocimientos jurídicos, se representen sutilísimas distinciones".(62)

La citada Relación al Rey concluye: "... en definitiva, entonces, el planteamiento que el nuevo Código hace, se puede resumir así: a) ninguna relevancia práctica a la distinción entre novación y sucesión en la deuda; b) disciplina autónoma para los distintos institutos jurídicos a través de los cuales o se consigue el efecto de liberar al deudor original como consecuencia de la asunción de una obligación por parte de otro sujeto o se consigue el efecto de añadir un nuevo deudor al antiguo".

Para nadie es un secreto que un respetable sector de la doctrina italiana(64) desapruueba la actitud agnóstica asumida por el legislador del '42 ante el problema teórico de la distinción entre novación subjetiva pasiva y sucesión particular en la deuda y critica la solución normativa ofrecida que, como hemos visto, niega de raíz el significado práctico de tal distinción. Pero es también cierto que otros autores consideran meritoria la posición del legislador que con razón ha querido clausurar una larga discusión doctrinal y se ha esforzado exitosamente en simplificar la disciplina de la asunción de la deuda y adecuarla a las exigencias de la práctica, intento que debe ser respetado y secundado por el intérprete.(65) Como se aprecia, en el Código italiano del '42 "se han reducido al mínimo, si no es que del todo han desaparecido, las razones para distinguir la sucesión particular en la deuda de la novación subjetiva pasiva. Y en verdad entre la novación, que destruye la antigua obligación para sustituirla por una nueva relación, y la asunción privativa, que mantiene en vida la vieja relación cambiando el sujeto pasivo, no hay, desde el punto de vista conceptual, la brecha inseparable que una parte de la doctrina quería mantener abierta. La concepción romana de la 'expromissio', que pulveriza la antigua obligación, y la regulación alemana de la Schuldübernahme, que considera la deuda como una cosa capaz de ser transmitida de un patri-

(62) MAGAZZU, op. cit., pág. 782.

(63) MAGAZZU, op. cit., pág. 782.

(64) Entre quienes destacan BIGIAMI, CORRADO, STOLFI y en un primer momento hasta el mismo RESCIGNO.

(65) Entre otros MAGAZZU, op. cit., págs. 782 y sig.; RESCIGNO, Pietro, "Studi sull'accollo", Giuffrè Editore, Milano, 1958, págs. 12 y sig., 65 y sig. y 134 y sigs.; RODOTA, Stefano, "Espromissione", Enciclopedia del Diritto, XV, Giuffrè Editore, Milano, 1966, págs. 788 y sigs.

monio a otro, no son radicalmente distintas. Que el legislador contemple solo la novación, como hace el Code Civil y hacía el Código Civil italiano de 1865, o solamente la sucesión particular en la deuda, como hace el B.G.B., o la una y la otra, como sucede en el Código General Austriaco, o se limite a considerar, como oportunamente hace el Código italiano vigente, la liberación del deudor original, la disciplina positiva del fenómeno no resulta sustancialmente modificada".(66)

Similar resulta, como vimos, la posición del B.G.B. y del Código Suizo de Obligaciones en los que, a diferencia del italiano,(67) la novación subjetiva no es ni siquiera nombrada.

Podemos afirmar que en el sistema del Código Civil italiano del '42 la denominada "novación subjetiva" no tiene ya, ni siquiera en apariencia, aquellas características que parecían asimilarla a la novación objetiva; ella ha perdido definitivamente —si es que alguna vez la tuvo en el derogado Código Civil italiano de 1865— toda autonomía normativa y conceptual. Correctamente Messineo ha dicho que "la novación subjetiva pasiva debe concebirse hoy, no como figura per se, sino únicamente como uno de los posibles efectos de la delegación liberadora, de la expromisión liberadora y del 'acollo' liberador".(68)

En el fondo, la verdad es que, como afirma Magazzú, 'las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria son profundamente distintas a las modificaciones objetivas, porque, aunque con ello excluyamos la relevancia de la persona bajo particulares aspectos, sólo el objeto (el interés tutelado) funge en lo esencial como principio de individuación de la relación y sólo los cambios que lo afectan pueden incidir sobre la individualidad jurídica de la relación misma'.(69)

Entonces, mientras la novación objetiva constituye, en el sentir del legislador italiano, un instituto dotado (por su específica función) de autonomía normativa y conceptual, pudiendo ser construido, ya desde el ámbito de la "fattispecie", ya desde el ámbito de la eficacia, la llamada novación subjetiva no es una "fattispecie" negocial autónoma (caracterizada por una función específica) sino, a lo sumo, un suplemento de "fattispecie" que puede acompañar a los típicos negocios de asunción de la obligación ajena, para regular una modalidad, una clase de efecto.(70)

(66) RESCIGNO, "Debito (Successione nel)", Novissimo Digesto Italiano, V., U.T.E.T., Torino, 1960, págs. 192-193.

(67) El Código Civil italiano, en su artículo 1235, alude a la novación subjetiva pasiva, remitiendo a las normas reguladoras de la delegación, la expromisión y el "acollo".

(68) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979, pág. 405.

(69) MAGAZZU, op. cit., pág. 835.

(70) BARBERO, Domenico, "Sistema del Derecho Privado", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 327.

La verdad es que, en el ámbito de las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria, la novación va bastante más allá del interés práctico y más usual y corriente de las partes; ella representa un fenómeno excesivo respecto a los resultados que con las modificaciones subjetivas las partes pretenden conseguir: para hacer "químicamente pura" la asunción de la obligación ajena, para regular simplemente una clase de efecto, en síntesis, para hacer la disciplina de la obligación asumida por el tercero "independiente" frente a la de la obligación originaria, parece excesivo recurrir al esquema de la eficacia novativa con su doble vicisitud extintiva-constitutiva, como correctamente se la debe entender.

De todo lo que hemos dicho en torno a la novación subjetiva, resulta claro que el instituto ha sufrido, por obra del legislador italiano del '42, una progresiva reducción en su ámbito de aplicación. "Los intentos de revalorizar el instituto, para el que algunos desean conquistar nuevos territorios, tanto en el campo del Derecho Privado como en el ámbito del Derecho Público, nos parecen inclusive anti-históricos. . . En realidad la novación, como vicisitud extintiva de la obligación, constituye un hecho jurídico que va más allá del interés práctico de las partes de la relación. La regulación de la asunción privativa en los Códigos germánicos y el silencio, siempre en esos Códigos, sobre la novación subjetiva pasiva (que el epígrafe del artículo 1235 todavía menciona) reciben su más confirmada justificación precisamente de su correspondencia con los intereses de las partes. . .".⁽⁷¹⁾

En resumen lo que el Código Civil italiano del '42 hace es superar el problema de la distinción entre efecto novativo y privativo, relegándolo al plano de las cuestiones teóricas, extrañas a la previsión y al interés concreto de las partes y regular autónomamente las figuras de la delegación, expromisión y 'acollo' en sus formas acumulativa y liberadora (privativa y novativa). De manera breve pasaremos ahora a analizar estas figuras.

6. La delegación es uno de los instrumentos negociales capaces de efectuar el cambio del sujeto pasivo de la obligación y presupone, generalmente,⁽⁷²⁾ la existencia de una deuda (del delegante hacia el delegatario) y tiene como efecto una modificación en la posición pasiva, que puede consistir en la sustitución del antiguo deudor, que resulta liberado (delegación liberatoria) o en el ingreso en la obligación de un nuevo deudor junto al viejo (delegación acumulativa).⁽⁷³⁾

(71) RESCIGNO, "Novazione. . .", cit., pág. 434.

(72) El Código Civil italiano del '42 incluye, como negocio modificativo de la obligación a la delegación, considerando con ello como presupuesto ineludible de la delegación, la deuda del delegante frente al delegatario, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina mayoritaria en el sentido de que le da a la delegación un campo de acción muy restringido. Esto, como vimos, no sucede en los Códigos germánicos (véase infra, nota 57).

(73) RESCIGNO, "Delegazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 930.

Se la suele definir como "aquel conjunto de actos jurídicos mediante los cuales un sujeto (A), delegante, hace prometer o simplemente efectuar, con efecto sobre su patrimonio, una cierta prestación de otro sujeto (B), delegado, hacia un tercero (C), delegatario."⁽⁷⁴⁾

Como puede apreciarse, entonces, dos son los tipos de delegación, en atención a la clase de efecto jurídico que puede generarse: a) acumulativa, si el ingreso del tercero viene a fortalecer la situación del acreedor, ya que no hay liberación del deudor original, de donde ambos, tercero y deudor, son responsables solidarios del cumplimiento de la obligación; b) liberadora, si del ingreso del tercero resulta la liberación del deudor original. La delegación liberadora, siempre en atención a la modalidad del efecto que genere, se divide a su vez en dos: i) privativa, si la liberación del deudor es producto de una sucesión particular inter vivos en el débito; ii) novativa, si es consecuencia de una novación (la llamada novación subjetiva pasiva)⁽⁷⁵⁾ con su típico efecto extintivo-constitutivo.⁽⁷⁶⁾

La expromisión es un contrato mediante el cual un tercero, sin que medie delegación de su deudor, asume la deuda que tiene este último frente al acreedor.

Se enseña comúnmente que la expromisión está caracterizada por la iniciativa del tercero y por la absoluta separación, esto es la no intervención, del deudor original en la estipulación concluida por el acreedor y el tercero. Sobre esta base, y utilizando un explícito fragmento de la Relación al Rey (Nº 585), que precede al "Codice Civil de 1942, se suele afirmar que la expromisión se diferencia de la delegación por la falta de participación del deudor original, y del 'acollo' porque el esquema fundamental es realizado por el acreedor y el tercero.⁽⁷⁷⁾

En síntesis, como quiera que el instituto se manifieste, la expromisión se concreta en un negocio por medio del cual un tercero, con el consentimiento del acreedor, subintra espontáneamente en una relación obligatoria, sustituyéndose al sujeto pasivo original, cuyo consentimiento es totalmente irrelevante.⁽⁷⁸⁾

(74) GRECO, Paolo, "Delegazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960, págs. 327-328.

(75) Sobre la que Greco dice (op. cit., pág. 332), con vista del artículo 1235 del Código Civil italiano vigente, que es "aquella en la que por delegación, expromisión o 'acollo', el deudor original es sustituido por otro y permanece con ello liberado".

(76) Más detalles sobre la delegación en CERTAD, op. cit., págs. 13-16. Consúltese también ANDREOLI, Marcello, "La Delegazione" C.E.D.A.M., Padova, 1937 y BIGIAMI, Walter, "La Delegazione", C.E.D.A.M., Padova, 1940.

(77) RODOTA, op. cit., págs. 782-783.

(78) QUAGLIARIELLO, Gaetano, "Espromissione", Novissimo Digesto Italiano, VI, U.T.E.T., Torino, 1968, pág. 883.

Al igual que en la delegación y en el 'accollo', en la expromisión también existe una bipartición que coloca junto a la expromisión acumulativa, la privacidad y la novativa como especies de la expromisión liberadora.⁽⁷⁹⁾ (80)

7. En términos poco técnicos y muy generales se dice que hay "accollo"⁽⁸¹⁾ siempre que se logre el resultado de adosar el peso de la deuda a un sujeto distinto del obligado original. Pero ya veremos que esto, que podríamos llamar el concepto económico de "accollo", por lo general nos lleva a confundir este instituto con otros con función similar.

El empleo del término "accollo" en el lenguaje legislativo italiano confirma la inoportunidad de utilizar el mismo término para indicar genéricamente la asunción de la deuda ajena, según el común significado literal de esa expresión, y sugiere más bien discurrir de "accollo" en el sentido específico a que se refieren los artículos 1273 a 1276 del Código italiano vigente, esto es, cuando el deudor ("accolante") y un tercero ("accolatario") convienen en que éste asuma la deuda de aquél, pudiendo el acreedor ("accolato") adherirse a dicha convención, haciendo irrevocable la estipulación hecha a su favor.⁽⁸²⁾

Los Códigos que lo contemplan consideran únicamente el caso del "accollo" con eficacia externa, es decir, oponible al acreedor (tercero), pero es evidente que no les está prohibido a las personas, con fundamento en la autonomía privada, la posibilidad de estipular válidamente un "accollo" con efectos puramente internos.

El "accollo" externo o con eficacia externa es aquel destinado a producir efectos jurídicos frente al acreedor, que precisamente es llamado a adherirse. Se presenta, por el contrario, el "accollo" interno o con eficacia interna o, como también se le llama, el "accollo simple" o "accollo de pago" cuando la convención entre tercero y deudor pone a cargo del primero la obligación de mantener indemne al segundo del peso de la deuda, pero no le confiere ningún derecho al acreedor; la eficacia del negocio se circunscribe, consecuentemente, sólo a las partes.

La ausencia, en los Códigos Civiles que regulan el "accollo", de una disciplina específica del "accollo simple" se explica, precisamente, en cuanto él, a diferencia del externo, no conlleva la derogatoria al principio general según el cual el negocio no produce efectos respecto de terceros.⁽⁸³⁾

(79) RODOTA, op. cit., pág. 782.

(80) Mayor información sobre la expromisión en CERTAD, op. cit., págs. 11-13 y en QUAGLIARIELLO, "L'espromissione", Jovene, Napoli, 1953.

(81) Véase infra, nota 22.

(82) RESCIGNO, "Accollo", *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1, U.T.E.T., Torino, pág. 142.

(83) CICALA, Raffaele, "Accollo", *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 284.

Claro que para determinar la naturaleza interna o externa del "accollo" es necesario tomar en consideración la voluntad de las partes (tercero y deudor); es decir, se debe determinar, casuísticamente, si las partes han querido o no que la convención produzca efectos frente al acreedor.

Con el "accollo" interno, entonces, el "accolante" puede asumir genéricamente frente al "accolatario" la obligación de procurarle la liberación, sin asumir la deuda frente a su acreedor, bien pagando la deuda como tercero u obteniendo la remisión del débito a beneficio del deudor o estipulando con el acreedor una "datio in solutum", etc. También puede el tercero ("accolante") ejecutar el "accollo" asumiendo obligaciones específicas frente al "accolatario", como la de pagar la deuda como tercero, o la de asumir la deuda mediante expromisión liberadora o la de procurarle al deudor la cosa para que cancele o bien la de reconstruir en el patrimonio del deudor el valor perdido con el cumplimiento de la obligación objeto del "accollo".

Pasando ahora al "accollo" externo, si el acreedor se adhiere al "accollo" y no declara expresamente que libera al deudor, éste permanece obligado solidariamente⁽⁸⁴⁾ con el tercero (a no ser que el "accollo" hubiere sido expresamente condicionado a la liberación del deudor original); es éste el denominado "accollo" acumulativo.⁽⁸⁵⁾

Si por el contrario, el acreedor declara expresamente que libera al deudor o si se adhiere al "accollo" expresamente condicionado a la liberación del deudor, éste se libera; es éste el denominado "accollo" liberador.⁽⁸⁶⁾

Se enseña comúnmente que el "accollo" liberador puede tener efecto novativo (extinción de la obligación original y, por ende, liberación del deudor, y constitución de una nueva obligación en cabeza del tercero subintrante) o bien efecto privativo (sucesión del tercero al deudor original, que resulta liberado, manteniéndose inalterados los elementos objetivos de la obligación original).

Se discurre de "accollo ex lege" o legal con referencia a aquellas hipótesis en que la ley pone a cargo de un sujeto una deuda ajena, normalmente como consecuencia de un negocio que no recae sobre una sola deuda sino sobre el bien o el conjunto de bienes al que la deuda alude.⁽⁸⁷⁾

(84) Algunos consideran que esa responsabilidad es, además subsidiaria, aplicando por analogía al "accollo" acumulativo la regla que el artículo 1268 párrafo 2º del Código Civil italiano dicta para la delegación. RESCIGNO, "Accollo", cit., pág. 142.

(85) CICALA, op. cit., pág. 285.

(86) Ahora bien; si los contratantes han puesto como condición la liberación, el acreedor que quiera conservar al viejo deudor no puede modificar los términos del "accollo"; deberá entonces rechazarlo, conservando así al obligado original, sin adquirir la garantía ofrecida por el tercero. Así RESCIGNO, "Accollo", cit. pág. 142.

(87) RESCIGNO, "Accollo", cit., pág. 143.

Como el "acollo" convencional o voluntario, el legal ha sido también dividido tomando en cuenta los casos más significativos disciplinados en los Códigos, así: a) "acollo" interno "ex lege", que se presenta cuando la ley impone a un sujeto relevar de una obligación a otro sujeto, pero no le confiere al acreedor una acción directa contra el primero;⁽⁸⁸⁾ b) "acollo" acumulativo "ex lege", que se da cuando a determinadas figuras la ley anexa la adquisición de un nuevo obligado para el acreedor, sin que sea necesaria ninguna actividad de parte suya, bien sea para reforzar la garantía del acreedor;⁽⁸⁹⁾ o como consecuencia de la transmisión del interés por el que fue contraída la obligación; o para la formación de una comunión de intereses con el deudor original;⁽⁹⁰⁾ y c) "acollo" privativo "ex lege" que se genera cuando la ley dispone el traspaso de la deuda.⁽⁹¹⁾

En conclusión: el momento común a las tres figuras brevemente examinadas de la delegación, la expromisión y el "acollo" es la asunción de la deuda ajena, ya en forma acumulativa, ya en forma liberadora (con efecto privativo o novativo). En ellas participan tres sujetos: el deudor original, el acreedor y el tercero. Para cambiar al sujeto pasivo de la obligación, la intervención del deudor original no es indispensable —como lo demuestra al disciplina de la expromisión—; pero en todas se requiere la participación del tercero que asume la deuda (llámese delegado, expromitente o "accollante") y una manifestación de voluntad del acreedor.

8. Según la enseñanza dominante (y según todo lo que hasta aquí hemos visto), la liberación del deudor original en la relación obligatoria puede producir novación, de esa relación, (precisamente la denominada novación subjetiva pasiva) o bien simple sucesión a título particular del nuevo deudor (en esa misma relación). En el primer supuesto, y en un sentido estrictamente técnico, la vieja relación se extingue y es sustituida por una nueva relación obligatoria cuyas partes serán el acreedor original y el tercero que subintró. En el otro supuesto, la relación persiste, salvo el cambio del sujeto pasivo.

Ahora bien; la liberación del deudor puede producirse como efecto de una delegación, de una expromisión o de un "acollo", de donde junto a la delegación, expromisión y "acollo" novativos, existen también la delegación, expromisión y "acollo" privativos, destinados a efectuar la mera sucesión singular en la obligación. "La distinción tiene relevancia jurídica

(88) Como ejemplos dentro de nuestro ordenamiento jurídico podríamos citar los artículos 353, 607 y 1298 del Código Civil.

(89) Como ejemplos de esta hipótesis podemos citar en Costa Rica los artículos 1264 del Código Civil y 125 del Código de Comercio.

(90) Como ejemplos en nuestro país de esta forma "acollo" legal se pueden mencionar los artículos 28 y 65 del Código de Comercio.

(91) Mayor información sobre el "acollo" en CERTAD, op. cit., págs. 16-19. Muy interesante también es la posición del profesor CICALA en "Saggi", L'Arte Tipografica, Nápoli, 1969, págs. 130 y sigs.

en relación al régimen de las excepciones e incide sobre la suerte de las garantías que asistan al crédito: sólo en el caso de sucesión las excepciones "rei cohaerentes" se transmiten al nuevo deudor y se mantienen las garantías y los accesorios del débito; mientras que en el caso de novación, las excepciones no pasan y las garantías y los accesorios de la obligación se extinguen".⁽⁹²⁾

En conclusión: si bien la delegación, la expromisión y el "acollo" constituyen los esquemas negociales típicos destinados a efectuar, en los Códigos Civiles más modernos, la modificación de la relación obligatoria,⁽⁹³⁾ la verdad es que sólo con el efecto privativo de esas figuras se realiza, *stricto sensu*, la sucesión inter vivos a título particular en el débito.

9. Como ha quedado expuesto, el problema de la admisibilidad de una sucesión inter vivos a título particular en la deuda comenzó a debatirse seriamente entre la doctrina civilista europea en la segunda mitad del siglo pasado y no fue sino hasta fines de ese mismo siglo que se la reguló expresamente en los Códigos Germánicos.

Nuestro Código Civil, al igual que el Code Civil Napoleon y de todos los Códigos civiles que de una manera directa o indirecta en él se inspiraron,⁽⁹⁴⁾ regula únicamente, como instituto dirigido a efectuar, por acto inter vivos, la sustitución del deudor en la relación obligatoria, la novación,⁽⁹⁵⁾ en el Libro III "De las Obligaciones", Título V "De los otros medios de extinguirse las obligaciones", Capítulo I "De la novación".

(92) RESCIGNO, "Debito (Successione nel)" cit., pág. 192.

(93) RESCIGNO, "Delegazione (Dirito Civile)", cit., pág. 933.

(94) Nuestro Código Civil fue promulgado el 26 de abril de 1886 y entró en vigencia el 1° de enero de 1888. "El Código francés llegó al nuestro por la consulta que los redactores hicieron, necesariamente, del Código General de 1841, que parece haber sido obra personal del propio Braulio Carrillo. El Código de Carrillo era, en muchas partes, una traducción casi literal del francés. Pero también la comisión redactora consultó el Código Civil chileno, redactado por el eminente sabio venezolano Andrés Bello. El ordenamiento chileno recogía las bases del código francés, que por su medio llegaron a Costa Rica. También esa influencia refleja del Código Napoleón se observa por el análisis que la comisión redactora hizo del proyecto del Código Civil español (conocido como proyecto García Goyena, de 1851, que fue la base del Código Civil español de 1888), que también se fundamentaba en aquel cuerpo de leyes". BAUDRIT, Diego, "Las influencias en el Código Civil", periódico La Nación, San José, 20 de abril de 1986, pág. 15-A.

(95) "... la importancia que a la novación se le dio, en épocas pasadas, ha disminuido considerablemente en nuestros días, pues actualmente la mayor parte de su utilidad práctica, es obtenida por procesos técnicos más modernos, ya que a medida que se ha ido afirmando la transmisibilidad de las obligaciones, la cesión de créditos es la institución que ha absorbido todo el interés, especialmente en cuanto a la novación subjetiva... son pocos los casos en la vida moderna, que se presentan, y en los que se debe realizar no sólo una función traslativa, sino extintiva de la relación jurídica, situación que explica la declinación persistente de la institución, que se ha manifestado

En lo que respecta a las modificaciones subjetivas, el artículo 814 dispone:

"La novación se efectúa . . . :

2º Cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo un nuevo deudor en reemplazo del primero".(96)

El profesor Brenes Córdoba al respecto comenta: "Por fin, sobreviene novación por cambio de deudor, siempre que el acreedor acepte que un tercero reemplace a aquél como obligado.

Cuando esto ocurre porque sea el deudor quien presenta al tercero para que haga sus veces, se dice que hay 'delegación'. Se llama delegado al nuevo deudor y delegante al antiguo. Y cuando el deudor sustituto se ofrece espontáneamente, el caso es calificado de expromisión (promesa de sí mismo), siguiendo el tecnicismo del Derecho Romano".(97)

Reconoce entonces don Alberto, con buen criterio que nosotros compartimos, que la norma sub-examine contempla tanto la delegación como la expromisión liberadoras con efecto novativo. No menciona el comentarista al "acollo". Es nuestro criterio, ya vertido hace algunos años, que el comentado inciso cubre también la hipótesis del "acollo" cuando de él se produzca, claro está, la novación de la deuda ("acollo" liberador novativo): la redacción tan genérica de la norma nos permite cómodamente esta interpretación.(98)

Otro artículo que debe ser cuidadosamente examinado en nuestro Código Civil es el 819:

"La simple indicación hecha por el deudor de persona que deba pagar por él, no produce novación.

La delegación, aunque obliga directamente al delegado para con el acreedor que lo acepta, no produce novación por sí misma, sino cuando es acompañada o seguida de descargo total hecho

particularmente en la legislación civil alemana, cuyo Código admite la transmisión directa de los créditos y de las deudas, con lo que la novación subjetiva ha sido relegada a un segundo plano, y la objetiva se ha considerado como un tipo de dación en pago . . .". SOTO GAMBOA, María de los Angeles, "La novación. Aspectos históricos. Concepción actual y tipologías de la novación objetiva", Revista Judicial Nº 12, año III, San José, junio de 1979, pág. 26.

(96) Nótese el parecido de esta norma con el inciso 2º del artículo 1271 del Código Civil francés. Ver infra Nº 3.

(97) BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las obligaciones", Editorial Juricentro, San José, 1977, Nº 432, pág. 168.

(98) CERTAD, op. cit., pág. 22.

de un modo expreso por el acreedor en provecho del delegante".(99)

Afirma don Alberto: "El simple encargo que haga un deudor a un tercero para que pague por él, no implica por sí solo novación aún en el supuesto de que el acreedor manifieste estar de acuerdo, pues de ello no se desprende de modo necesario su anuencia de prescindir del deudor primitivo, siendo lo más fundado suponer que se trata simplemente de una recomendación o comisión de pago y no de novar la deuda".(100)

Se trata ésta, sin lugar a dudas, de lo que los franceses denominan "la delegación imperfecta", en donde la deuda que la delegación origina, en lugar de suprimir la obligación original, se coloca junto a ella. Es ésta la delegación que nosotros aquí hemos llamado "acumulativa".(101)

Tenemos así que la delegación, en sus dos formas (acumulativa y liberadora novativa) está expresamente regulada por nuestro Código Civil. Esto nos lleva a una irremediable conclusión: no obstante que el Capítulo I, Título V, Libro III del Código de repetida cita se denomine "de la novación", no se trata de novación en su acepción técnico-jurídica (extinción-constitución), sino en el más amplio significado de "modificación de la relación obligatoria".

Debemos atribuir esta impropiedad conceptual de nuestro legislador del '86 a la misma impropiedad de conceptos de que adolece sobre el particular el Code Napoleon que, como se dijo, es fuente inspiradora de nuestra normativa. El empleo ordinario que se hace de la delegación entre personas que son, las unas de las otras, acreedoras y deudoras, hizo que los legisladores confundieran a menudo la delegación con la novación. Un lamentable error que ni el mismo Pothier pudo evitar.(102)

La delegación no es novación; es una convención especial, análoga al mandato, que persigue obtener del delegado alguna estipulación. La novación —que bien puede resultar de una delegación— no es más que una consecuencia posible, nunca necesaria de la operación: ella supone, ante todo, que las partes estén ligadas entre sí por una obligación anterior que tienen la intención de extinguir, dejando subsistente, únicamente, la nueva obligación. Si falta dicha intención, habrá delegación y nunca novación.

En cuanto a la expromisión acumulativa, nuestro Código no se manifiesta pero seguimos creyendo nosotros que su procedencia en Costa Rica

(99) Nótese la similitud existente entre el párrafo primero de este artículo y el 1277 del Código Civil francés y entre el párrafo segundo y el 1275 ejusdem. Ver infra Nº 3.

(100) BRENES CORDOBA, op. cit., Nº 435, págs. 169-170.

(101) Véase infra Nº 6.

(102) POTHIER, "Obligations", III, réédité par M. Masson, Paris, 1883, Nº 600.

se desprende de una interpretación extensiva del mismo artículo 819 (recordemos que la distinción entre 'expromissio' y 'delegatio' es sumamente sutil, lo que nos permite llegar a ese resultado sin "retorcer" demasiado la norma),⁽¹⁰³⁾ máxime si la expromisión novativa está contemplada expresamente en nuestro Código, como demostramos líneas atrás, en el inciso 2º del artículo 814. Habrá entonces expromisión acumulativa (o imperfecta como la llaman los franceses) cuando el acreedor no acompañe o siga a la expromisión de descargo total hecho de un modo expreso en provecho del exprometido.

No creemos, sin embargo, que pueda utilizarse el mismo orden de ideas para reconocer al "acollo" acumulativo, pues esta asunción de deuda se produce en la dirección deudor-tercero, mientras que la expromisión y la delegación se forman en la dirección acreedor-tercero.⁽¹⁰⁴⁾

Como puede claramente notarse, por fuera de nuestra normativa quedan las verdaderas hipótesis de sucesión a título particular inter vivos en la obligación, esto es, la expromisión, la delegación y el "acollo" liberadores privativos. Precisamente basándose en tal circunstancia, esto es, en que los Códigos Civiles de inspiración napoleónica regulaban expresamente tanto la sucesión en el débito *mortis causa* a título universal cuanto la sucesión en el crédito a título particular, únicamente, vimos cómo una parte de la doctrina sostenía que la sucesión en el débito a título particular debía considerarse excluida.⁽¹⁰⁵⁾

La pregunta es: ¿es posible, bajo el imperio de nuestro Código Civil, admitir la sucesión inter vivos a título particular en las deudas, tal y como ella está organizada, entre otros, en los Códigos germánicos y en el italiano?

Con anterioridad a la promulgación de los Códigos germánicos, y hoy en aquellos países en donde la legislación no contempla expresamente la sucesión en la deuda, la mayoría de la doctrina era propensa a considerar admisible la sucesión inter vivos a título particular en la obligación, aunque si bien no existía consenso en la individualización de las figuras que le permitían a las partes realizarla. Al argumento del silencio del Código, utilizado por algunos para no admitir el instituto en cuestión, se le oponía —y todavía algunos lo hacen—⁽¹⁰⁶⁾ que al efecto de hacer subintrar un nuevo sujeto en la posición del deudor original, sin modificar los elementos objetivos de la relación obligatoria, podía llegarse con fun-

(103) CERTAD, op. cit., pág. 22.

(104) CERTAD, op. cit., pág. 22. Parece sugestivo admitirlo por la vía de la autonomía privada o libre contratación como una vez lo admití. Ahora, como quedará expuesto en el texto, tengo mis serias dudas.

(105) CARRESI, Franco, "Débito (*Succesione nel*)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 744.

(106) Nosotros mismos en alguna oportunidad nos inclinamos por esta tesis. Ver CERTAD, op. cit., págs. 23-24.

damento en el principio de la autonomía privada, es decir, en el principio de la libre contratación y en el de que, en derecho privado, lo que no está expresamente prohibido está permitido.

Otro argumento utilizado frecuentemente para negarle ingreso a esta figura es la afirmada incompatibilidad lógica de considerar idéntica una obligación cuando cambia la persona del deudor; pero a esto se opuso que también en la sucesión *mortis causa*, cambia el deudor, sin que esto implique modificación alguna a la relación originaria.

Naturalmente, quienes afirmaban que era configurable una sucesión a título particular en la deuda eran contestes en sostener que tal efecto sólo se podía conseguir con el consentimiento del acreedor (además del deudor y de quien se ofrecía a sucederlo) y, en el caso de que hubieren sido otorgadas garantías por parte de terceros, también con el consentimiento de éstos; y algunos precisaban que tales consentimientos (del acreedor y de los terceros garantes) debían dirigirse no sólo a permitir la sustitución del deudor, sino además a configurar la nueva relación como idéntica a la preexistente, en defecto de lo cual debía hablarse más propiamente de novación subjetiva pasiva y no de sucesión a título particular en el débito.⁽¹⁰⁷⁾

El sugestivo argumento de la autonomía privada no nos parece ya tan valedero.⁽¹⁰⁸⁾ Con anterioridad a la promulgación del Código Civil italiano de 1942 dos jóvenes, pero ya insignes y respetables juristas italianos, Rosario Nicoló y Walter Bigiavi, hicieron ver que el citado principio, sobre el que se fundaban los simpatizantes de la sucesión a título particular en la deuda, a falta de una disposición que expresamente contemplara tal forma de sucesión —tal era el caso del Código Civil italiano de 1865, entonces vigente—, no podía, en el caso específico, ser de algún válido subsidio, porque la sucesión, como dejamos claramente demostrado líneas atrás,⁽¹⁰⁹⁾ es un fenómeno que encuentra su fuente inmediata y su exclusiva legitimación en la norma jurídica y, más precisamente, en aquella específica valoración que la norma hace de una determinada relación jurídica, la cual es considerada, desde un punto de vista formal, como idéntica a la situación preexistente en cabeza de otro sujeto.⁽¹¹⁰⁾

Ahora bien; si demostramos que en nuestro ordenamiento jurídico —porque tampoco nuestro Código de Comercio, no obstante ser de 1964 (i),

(107) CARREST, op. cit., pág. 744.

(108) "La autonomía privada no puede socorrer a las partes cuando se trata de elaborar un esquema de acto destinado a efectuar una sucesión en la relación jurídica, porque sólo la ley puede atribuirle a un acto eficacia frente a terceros, de donde el recurso a la autonomía privada sólo es posible a propósito de actos que producen efectos sólo entre las partes". CARRESI, op. cit., pág. 747.

(109) Véase infra, N° 2.

(110) BIGIAVI, op. cit., págs. 121-122.

contempla este instituto en las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos (Libro II, Título I, Capítulo I)— semejante norma no existe, debemos concluir, necesariamente, que la figura sub-examine debe considerarse, de *iure condito*, excluida. Sin embargo, la circunstancia de habernos dedicado al estudio del Derecho Mercantil y la necesidad que imponen los tiempos modernos de una tremenda agilidad en la trasmisión de los créditos, sobre todo y precisamente dentro de las relaciones jurídicas mercantiles, nos hacen considerar la posibilidad de darle ingreso a esta forma de sucesión en lo tocante a las obligaciones mercantiles. Claro que, como ya dijimos, nuestro Código de Comercio no contiene la norma de ley que dé sustento a esta sucesión; pero los usos mercantiles —a los que alude claramente el artículo 3 *ibidem* y que, de conformidad con el artículo 2, son fuente de nuestro Derecho comercial—, contemplan la sucesión en el débito como una figura particularmente apta para responder a las exigencias del comercio. Y es que la verdad es, que los cambios relevantes y más usuales en la posición pasiva de la relación obligatoria se producen, generalmente, en relaciones comerciales (objetiva y subjetivamente comerciales).⁽¹¹¹⁾

10. La conclusión alcanzada en esta investigación nos deja bastante perplejos. No debe olvidarse la muy meritoria obra realizada por la doctrina civilista europea, empeñada, desde la segunda mitad del siglo XIX, a reconstruir sobre distintas y más idóneas y sólidas bases institutos del derecho de las obligaciones que, tradicionalmente regulados en el terreno de la novación, necesitaban de una disciplina jurídica autónoma, adecuada a su específica función surgida con claridad en la experiencia jurídica moderna, sobre todo en lo que a las relaciones mercantiles respecta.

La asunción de la deuda ajena es un instituto ligado al régimen de las vicisitudes de la relación jurídica y, en particular, a las modificaciones subjetivas de la obligación. Las figuras a través de las cuales esta asunción se realiza presuponen la existencia de la deuda y tienen como efecto inmediato un cambio en la posición del deudor. La celeridad de las transacciones modernas exigen ordenamientos jurídicos preparados para brindarles instrumentos aptos para su propio desarrollo. No es posible que la procedencia de estas figuras dependa de una interpretación doctrinal o jurisprudencial, de una determinada tesis, punto de vista o posición que, por su naturaleza, es cambiante.

Ha llegado la hora de promulgar un nuevo Código Civil que incluya y regule pormenorizadamente los institutos a través de los cuales se genera la sucesión *inter vivos* a título particular en la obligación. Esta problemática no es nueva; el tema ha sido objeto de análisis y discusión en otras latitudes. Con la promulgación del Código Civil italiano de 1942, el legislador de ese país tuvo que tomar una decisión; decisión que no-

(111) Esta posición fue sostenida con vehemencia en Italia por BIGIAMI, op. cit., págs. 122 y sigs.

sotros avalamos plenamente. No sabemos si lo correcto es seguir el camino italiano o el germánico; eso podría dejarse para una discusión posterior; pero lo que sí sabemos es que el derecho moderno exige soluciones rápidas y concretas para los problemas cotidianos y la regulación de la asunción de la deuda ajena es algo inminente e indispensable.

Y es que este clamor por un nuevo Código Civil parece estar en las gargantas ahogadas de todos quienes amamos el Derecho privado en Costa Rica: la Doctora María de los Angeles Soto en alguna ocasión afirmó, a propósito de la novación: "Cosa muy distinta ha sucedido en Costa Rica, en donde los pronunciamientos jurisprudenciales son escasos y de poca importancia, razón que justificaría la afirmación de que el instituto novativo, regulado en el capítulo dedicado a los otros modos de extinguirse las obligaciones, ha sido de poca utilidad práctica en nuestro medio".⁽¹¹²⁾

Concluimos diciendo que ante la impostergable promulgación de un nuevo Código Civil, el legislador se verá enfrentado a tomar, ante el problema de la asunción del débito ajeno, alguno de estos dos caminos: o regula expresamente los institutos idóneos para realizar la sucesión a título particular en la deuda (expromisión, delegación, "accollo" liberadores privativos y, por qué no, la cesión del contrato), siguiendo la vía ya abierta por los Códigos germánicos y el italiano del '42; o bien que, de la renovada disciplina de los institutos por medio de los cuales tradicionalmente se realiza la sustitución de un nuevo deudor al original, que resulta liberado ("delegatio" y "expromissio"), resultara claramente que tal sustitución implica siempre, en todo caso, necesariamente, la extinción de la preexistente relación obligatoria y el surgimiento de una sucesiva y distinta relación, con un nuevo deudor; es decir, que se produjere siempre una novación. Lo que no podemos hacer es evadir el problema o, lo que es peor aún, seguir de brazos cruzados.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREOLI, Marcelo, "La delegazione", C.E.D.A.M., Padova, 1937.
- ARIAS RAMOS, J., "Derecho Romano", II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- BARBERO, Domenico, "Sistema del Derecho Privado", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.
- BAUDRIT, Diego, "Las influencias en el Código Civil", periódico La Nación, San José, 20 de abril de 1986.
- BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, "Traité theorique et pratique de droit civil", III (Des obligations), Librairie de la société du Recueil J. - B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908.
- BIGIAVI, Walter, "La delegazione", C.E.D.A.M., Padova, 1940.
- BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las obligaciones", Editorial Juricentro, San José, 1977.
- CARBONNIER, Jean, "Droit Civil", IV, Paris, Presses Universitaires de France, 8eme. édition, mise à jour, 1975.
- CARRESI, Franco, "Debito (Successione nel)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffré Editore, Milano, 1962.
- CERTAD M., Gastón, "Breves apuntes en tema de sucesión en el débito. (Expromisión, Delegación, 'Accollo')", en Revista Judicial N° 9, Año III, San José, setiembre de 1978).
- CICALA, Raffaele, "Accollo", Enciclopedia del Diritto, I, Giuffré Editore, Milano, 1958; "Saggi", L'Arte Tipografica, Napoli, 1969.
- "Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, XIX Edición, Madrid, 1970.
- DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", I, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- ENGEL, Pierre, "Traité des obligations en Droit Suisse", Editions Ides et Caludes, Neuchatel, 1973.
- ENNECERUS, Ludwing, "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.
- GAUDEMET, Eugène, "Teoría General de las obligaciones", Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.
- GRECO, Paolo, "Delegazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960.
- LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- LAURENT, H., "Principes du droit civil français", XXV, Bruxelles, 1898-1903.

- LEBRUN, Auguste, "Cession de dette", Dalloz Enciclopedia Juridique, Repertoire de Droit Civil, Paris, Jurisprudence Général Dalloz, 2eme. edition, II, 1971.
- MAGAZZU, Andrea, "Novazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Giuffré Editore, Milano, 1978.
- MAZEAUD, Henri, Leon et Jean, "Lecciones de Derecho Civil", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960.
- MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979.
- NICOLO, Rosario, "L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui", Giuffré, Milano, 1936; "Successione nei diritti", en Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1971.
- PETIT, Eugene, "Tratado elemental de derecho romano", Edinal, México, 1958.
- PLANIOL, Marcel, "Traité élémentaire de droit civil" II, Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Ancienne Librarie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librarie F. Pichon réunies, Paris, 1917.
- POTHIER, "Obligations", III, reédité par M. Masson, Paris, 1883.
- PUGLIATTI, Salvatore, "Acquisto del diritto", en Enciclopedia del Diritto, I, Giuffré Editore, Milano 1958.
- QUAGLIARIELLO, Gaetano, "Espromissione", Novissimo Digesto Italiano, VI, U.T.E.T., Torino, 1968; "L'espromissione", Jovene, Napoli, 1953.
- RESCIGNO, Pietro, "Accollo", Novissimo Digesto Italiano, I, 1, U.T.E.T., Torino; "Debito (Successione nel)", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960; "Delegazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffré Editore, Milano, 1962; "Manuale di Diritto Privato", 2ª edizione, Jovene Editore, Napoli, 1975; "Novazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, XI, U.T.E.T., Torino, 1968; "Studi sull'acollo", Giuffré Editore, Milano, 1958.
- RODOTA, Stefano, "Espromissione", Enciclopedia de Diritto, XV, Giuffré Editore, Milano, 1966.
- SALEILLES, "Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le project de Code Civil allemand", Paris, 1890.
- SOTO G., María de los Angeles, "La novación, Aspectos históricos. Concepción actual y tipologías de la novación objetiva", Revista Judicial N° 12, Año III, San José, junio de 1979.
- VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", II, Editorial Reus S. A., Madrid, 1934.

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han sido objeto de una notable expansión. Este proceso progresivo de internacionalización y universalización de los derechos fundamentales de la persona humana ha configurado un *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* cuyos caracteres, propios e individualizantes, entran en contradicción con numerosas concepciones tradicionales del Derecho Internacional Público clásico.

Este trabajo pretende analizar el carácter novedoso y hasta cierto punto revolucionario de los principios, normas e instituciones que hoy caracterizan y tipifican el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

I. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", "Derecho Internacional de los Refugiados".

En el plano internacional existen diversas disciplinas dirigidas a proteger los derechos humanos en diferentes situaciones. Estas conforman lo que algunos autores han denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos *latu sensu*, que puede ser definido como:

el conjunto de normas y principios fundamentales dirigidos a proteger y garantizar derechos de los individuos, cualquiera que fuere la situación jurídica de éstos (civiles, militares, nacionales, extranjeros, hombres, mujeres, combatientes, no combatientes, etc.), bajo cualquier situación (paz, guerra, guerra civil, insurrección, etc.), tanto en el territorio del país, para los nacionales o residentes, como en el extranjero, sea cual fuere la razón por la que han decidido salir de ese país e ingresar en otro.⁽¹⁾

Esta noción, amplia y global, exige, en el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional, efectuar una distinción entre las normas y los mecanismos que caracterizan y tipifican cada una de las ramas consagradas a proteger y garantizar los derechos de la persona humana, a saber:

(1) Héctor GROS ESPIELL. "Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados". En Swinarski, Christophe, ed. *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Ginebra; La Haya: Comité Internacional de la Cruz Roja; M. Nijhoff, 1984, p. 703.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos *strictu sensu* (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Internacional de los Refugiados (DIR).

Estas tres ramas presentan, por una parte, zonas comunes de protección y, por otra, ciertos caracteres diferenciales. Sin pretender efectuar un examen pormenorizado, nos proponemos llevar a cabo una breve caracterización de cada una de ellas, para pasar luego al análisis concreto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *strictu sensu*.⁽²⁾

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario, éste constituye la codificación más completa de las normas y reglas internacionales que reconocen a la persona humana, las garantías indispensables para su salvaguardia, tanto en las situaciones de conflicto armado de carácter internacional como en las de carácter no internacional.⁽³⁾

Este Derecho, también denominado Derecho de Ginebra, encuentra su fuente en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en los dos Protocolos adicionales de 1977.

Como bien expresa GROS ESPIELL,

Frente a la generalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se refiere a la existencia de derechos cuyos titulares son todas las personas físicas, en todas las

situaciones, el Derecho Internacional Humanitario, en cambio, se aplica sólo a ciertos casos específicos (conflictos armados internacionales o internos y ciertas situaciones específicamente previstas (arts. 2 y 3 comunes de los Convenios de 1949 y artículos de los Protocolos I y II de 1977) y sus normas alcanzan únicamente a las personas protegidas como consecuencia de esas situaciones en los casos expresamente previstos en los Convenios de 1949 y en los Protocolos de 1977 (enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, heridos, poblaciones civiles, refugiados, apátridas, etc.). Hay, por tanto, una zona común entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, pero, también, un campo de aplicación, material y personal, que no coincide plenamente, lo que determina la necesidad de mecanismos de aplicación y control diferentes para las dos situaciones distintas.⁽⁴⁾

El Derecho Internacional de los Refugiados, por su parte, es aquella rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *latu sensu*, que brinda protección a los derechos humanos de una categoría de personas tipificadas por elementos propios que demandan un tratamiento normativo especial: los refugiados y las poblaciones desplazadas.

Este Derecho se elaboró, sin perjuicio de importantes antecedentes, a partir de la creación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Resoluciones 319 (IV) y 428 (V) de 3 de diciembre de 1949 y 14 de diciembre de 1950), y encuentra su fuente, respectivamente, en la Convención de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de 31 de enero de 1967, así como en otros varios instrumentos convencionales o declarativos, tanto de tipo universal como regionales.⁽⁵⁾

Finalmente, respecto a las relaciones entre las tres ramas, y sin menoscabo de sus elementos diferenciales —que suponen órganos y procedimientos propios de cada una—, cabe afirmar la existencia de principios generales comunes a todas ellas, que las vinculan e interrelacionan con base en el objetivo esencial de defender y garantizar la dignidad e integridad del ser humano. Constituyen en suma, sectores específicos de un sistema internacional general, de raíz esencialmente humanitaria, dirigido a proteger al ser humano en la forma más amplia y comprensiva, compatible con la existencia del orden jurídico y los derechos legítimos del Estado y de la Comunidad Internacional.⁽⁶⁾

(4) *Supra* nota 1, p. 705.

(5) *Ibid.*, p. 709.

(6) Como bien señala GROS ESPIELL, "... la diversidad de regímenes normativos, las diferenciaciones terminológicas, la existencia de distintos órganos de aplicación y control y el reconocimiento de los caracteres particulares que individualizan a las tres ramas del Derecho Internacional... no deben hacernos olvidar su unidad esencial. Esta unidad es la consecuencia de principios generales comunes y del hecho de que es la defensa, garantía y

(2) En relación con los caracteres comunes y particulares de cada una de estas tres ramas; sus mutuas relaciones y correcta precisión terminológica, véase el trabajo de Héctor Gros Espiell citado en *supra* 1.

(3) Sobre el Derecho Internacional Humanitario la bibliografía es abundante. Entre otros muchos véase: Y. DINSTEIN, "The Law of Armed Conflict and Human Rights: Convergence and Integration". En *Institut International des Droits de L'HOMME*. 6 Session d'Enseignement. Strasbourg, 1974. G. BEST. "The Law of Armed Conflict and Human Rights". En *International Institute of Human Rights. Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*. Strasbourg, 1976. S. JUNOD. *Les droits de l'Homme et le Protocole II. Institut International de Droit Humanitaire*. Table Ronde de San Remo, 1981. D. SCHINDLER. "El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Enero-Febrero, 1979. J. MOREILLON. *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge. Paix et Droits de l'Homme*. C. MCBRIDE. Human Rights in armed conflicts. *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*. Bruxelles. IX-2, 170. C. SWINARSKI. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. San José; Ginebra: IIDH; CICR, 1985. Véase en el libro citado en *Supra* nota 1, los siguientes estudios: Georges ABI-SAAB. "The specificities of Humanitarian Law", pp. 265-280. Igor P. BLISHCHENKO. "Les principes de droit international humanitaire", pp. 291-300. Henri MEYROWITZ. "Reflexion sur le fondement du droit de la guerre", pp. 419-432. Aristides CALOGEROPOULOS-STRATIS. "Droit Humanitaire-Droits de L'Homme et victimes des conflits armés", pp. 655-662. Asbjorn EIDE. "The laws of war and human rights. Divergences and convergences", pp. 675-698. Hernán MONTEALEGRE. "Conflictos armados internos y derechos humanos", pp. 735-742. A. H. ROBERTSON. "Humanitarian law and human rights", pp. 793-802.

II. Antecedentes y evolución histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1. Transición del Derecho Internacional Público Clásico al Derecho Internacional Público Contemporáneo

El Derecho Internacional Público Clásico fue concebido como el conjunto de normas que regulaban la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Por ello, los Estados y sólo los Estados disfrutaban del *locus standi*, siendo "los únicos poseedores de personería jurídica internacional".⁽⁷⁾

Así, el Derecho Internacional Público Clásico negaba al individuo la posibilidad de ser sujeto del Derecho Internacional y, por tanto, de *locus standi* ante los organismos internacionales.

La verdadera razón de esta concepción, como bien expresa JIMENEZ DE ARECHAGA, no era otra que la negativa de los Estados a admitir ser demandados por sus propios súbditos o por súbditos extranjeros ante un Tribunal Internacional.⁽⁸⁾

De este modo, durante la etapa del Derecho Internacional Público Clásico, la protección de los Derechos Humanos era de competencia exclusiva de los Estados, y este Derecho sólo preveía al respecto mecanismos de excepción, tales como el derecho de asilo, la protección diplomática, la representación de intereses o la intervención por causa de humanidad.

El Derecho Internacional Público Clásico no se preocupaba, salvo excepcionalmente, por el trato que el Estado daba a sus súbditos. Esta era una cuestión que caía dentro de la jurisdicción interna estatal. Tan sólo se limitaba a señalar un estándar mínimo que todo Estado debía observar respecto de los particulares extranjeros. Ante un caso de violación de este estándar se articulaba la sanción por el mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado infractor y la protección diplomática del Estado de la nacionalidad de la víctima.⁽⁹⁾

protección de los derechos del hombre, con carácter general o ante situaciones específicas que requieren un tratamiento especial, lo que fundamenta la existencia de todas ellas. El Derecho Internacional de hoy, en un enfoque común y global, aunque por medios y procedimientos diferentes según los casos, a través del Derecho Internacional de los derechos humanos *strictu sensu*, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados, busca asegurar en todo momento y en toda situación la vigencia efectiva de los derechos del hombre. *Ibid.*, pp. 710-711.

(7) BIERKENHEADO. *International Law*. 6. ed., p. 31. ANZILOTTI. *Il Diritto Internazionale nei Bindizi Interni*. Bologna, 1905, p. 44.

(8) Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 207.

(9) José Antonio PASTOR RIDRUEJO. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 185.

Mediante la protección diplomática, este último Estado podía reclamar, si lo consideraba pertinente y políticamente oportuno, al Estado infractor, siempre y cuando el particular hubiera previamente agotado los recursos internos de éste⁽¹⁰⁾

Sin embargo, esta modalidad poco tiene que ver con la protección internacional de los derechos humanos tal como se la concibe actualmente.

Como bien definió la Corte Permanente de Justicia Internacional en el "Affaires des Concessions de Mavrommatis en Palestine":

"Al tomar partido y asumir la causa por uno de los suyos y poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional".⁽¹¹⁾

La representación de intereses, en casos de ruptura diplomática, en cambio, era la protección por parte de un Estado de los súbditos de otro Estado, cuyos intereses representaba en el territorio de un tercer país, supuesto al que podía ir unido el del reconocimiento de un Estado como potencia protectora.

La intervención por causa de humanidad, a diferencia de las anteriores, era aquella en virtud de la cual un Estado intervenía, incluso empleando el uso de la fuerza, con el fin de proteger a los súbditos de otro frente a las repetidas e intolerables violaciones de los derechos por parte de éste último; supuesto que, por lo demás, se prestó a graves abusos, ya que generalmente las razones de humanidad invocadas para justificar la intervención no fueron otra cosa que la excusa o el pretexto de un verdadero atentado a la soberanía de los países más pequeños por parte de las grandes potencias de la época.

Pero desde mediados de este siglo, sin perjuicio de ciertos antecedentes que analizaremos más adelante, la noción clásica del Derecho Internacional cambió de manera revolucionaria como consecuencia de diversos factores. Las trágicas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, en especial los horribles crímenes cometidos por el nazismo; el poder creciente de los *mass media* y la creación de foros internacionales para la cristalización de la opinión pública internacional —cada vez más sensible y activa en materia de Derechos Humanos—, son algunos de los muchos factores que llevaron, al decir de PASTOR RIDRUEJO, a una toma de conciencia sobre dos hechos:

- a. Que en muchas ocasiones el Estado, lejos de ser el garante de estos derechos era su principal y más importante violador; y

(10) *Ibid.*, p. 118.

(11) "Concessions Navrommatis en Palestine", arrête núm. 2, 1924, CPJI. Serie A, núm. 2, p. 12.

- b. La relación innegable y clara entre el respeto de los Derechos Humanos al interior de los Estados y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.⁽¹²⁾

Pero este notable y claro avance, en comparación con la etapa del Derecho Internacional Público Clásico, no debe llevarnos al error de desconocer el papel protagónico, aún muy fuerte, que continúa teniendo el Estado. En efecto, es el Estado quien firma, ratifica o se adhiere a los convenios o pactos; es éste el que acepta o no someterse a la jurisdicción de los órganos internacionales. Tampoco debe olvidarse que, por lo general, la composición de los órganos internacionales en materia de Derechos Humanos está muy marcada por el acento intergubernamental y que los actuales mecanismos de coerción jurídica tropiezan todavía, muy a menudo, con el escudo de la soberanía estatal. Como señala CARRILLO SALCEDO "la relevancia del Estado sigue siendo indiscutible en la protección de los Derechos Humanos, incluso en esta época de transición en la que las estructuras tradicionales se encuentran en crisis, pero sin haber quedado totalmente desplazadas".⁽¹³⁾

Empero, como advierte NIKKEN, si bien "no puede dudarse que la instauración de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional ha implicado una manifestación de voluntad política de los Estados, en la que jugaron, aunque no simétricamente diversos factores..." y pese a que "...tampoco puede desconocerse que, en parte no despreciable, la extensión del alcance del sistema es un fenómeno de instituciones novedosas cuya aceptación y posibilidades de aplicación se multiplican con el tiempo; e igualmente a una cierta voluntad de los Estados de procurar o aceptar su instauración progresiva", (...) "tal evolución ha sido posible, y en buena medida se ha debido, a la concepción propia y particular de algunas reglas y principios propios del derecho internacional orientado a la protección de los derechos humanos, de modo que se expresa como una tendencia inmanente, que desborda a menudo el propósito inicial para el cual fueron establecidas las instituciones".⁽¹⁴⁾

2. Ciertos antecedentes precursores

La protección de los Derechos Humanos se originó en el ámbito de la legislación interna y sólo pasó al nivel internacional —sin perjuicio de

(12) *Supra* nota 9, p. 184.

(13) Antonio CARRILLO SALCEDO. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1976, pp. 43-57.

(14) Pedro NIKKEN. "Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos". En *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 23.

ciertos antecedentes precursores—, después de la Segunda Guerra Mundial.⁽¹⁵⁾

Como hemos analizado en el punto anterior, el tratamiento que el Estado daba a sus propios nacionales no implicaba, ordinariamente, —y a falta de disposiciones específicas de algún tratado—, ninguna cuestión de Derecho Internacional y caía exclusivamente, por tanto, dentro de la jurisdicción interna del Estado. En suma, en el ámbito del Derecho Internacional Público Clásico, ningún Estado podía plantear un reclamo en nombre de un extranjero cuyos derechos hubieran sido violados por su propio gobierno.

Sin embargo, con el transcurso de los años, la Comunidad Internacional ha venido admitiendo, cada vez más, que el respeto de los derechos fundamentales es materia de preocupación internacional con independencia de su nacionalidad. Un paso de significativa importancia, dentro del ámbito de los derechos humanos, se operó en 1919 con el Tratado de Versalles. La Parte XIII de este Tratado creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dando respuesta así a la trascendencia de la cuestión social y como medio de asegurar un tratamiento adecuado a dicho problema. La OIT, hoy organismo especializado de la familia de las Naciones Unidas, ha llevado a cabo, desde entonces, una significativa e importante labor en defensa de un considerable número de derechos económicos y sociales.

Por otra parte, la Sociedad de las Naciones elaboró una serie de reglas jurídicas tendentes a brindar protección a determinados grupos sociales, entre los cuales se incluyen los Tratados relativos a la protección de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas de Europa Central y Oriental y la creación de un Alto Comisionado para los Refugiados, antecesor del actual ACNUR.

Pero el resultado de estos esfuerzos fue muy relativo, como quedó demostrado durante el turbulento período de entreguerras (1919-1936) y por las trágicas consecuencias ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial.

Esta toma de conciencia por parte de la Comunidad Internacional, de que el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos para todas las personas del mundo son esenciales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales —plasmada luego en la Carta de la ONU—, se expresó, quizá por vez primera, en el mensaje anual del Presidente Roosevelt al Congreso de los Estados Unidos, en 1941, así como en varias declaraciones, a saber: Declaración del Atlántico (14 de agosto de 1941); Declaración de las Naciones Unidas (1º de enero de 1942); Declaración de Teherán (1º de diciembre de 1943) y Declaración de Yalta (11 de febrero de 1945). Asimismo, en 1944, en Dumbarton Oaks, se convino, dentro de las proposiciones para el establecimiento de una organización internacional, que las Naciones Unidas debían,

(15) Antonio TRUYOL Y SERRA. *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1979.

inter alia, fomentar el respeto a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Además, se incluyó una disposición en los Tratados de Paz, que las Potencias Aliadas celebraron con Italia, Bulgaria, Hungría, Rumania, Finlandia y Austria, para que estos Estados adoptaran medidas para garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, el disfrute de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Sin embargo, aunque esta internacionalización tiene raíces anteriores a la Carta de las Naciones Unidas, fue recién a partir de 1945, pero sobre todo después de 1948, luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que puede decirse que nació el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Surge así una época de progresivo auge en el proceso de positivización internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, también de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), de 1950; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, estos dos últimos representativos de un nuevo proceso de internacionalización, a nivel regional, de la materia.

En suma, como bien señala NIKKEN:

Aún cuando con anterioridad existían ciertos instrumentos que pueden considerarse, con criterios actuales, como propios de la protección internacional de los derechos humanos, es a partir de la fundación de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa, que se instaura un verdadero sistema internacional, cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos en forma general, sustentado sobre numerosos tratados internacionales, y que se expresa en órganos de la más diversa naturaleza, destinados a cumplir con los fines de dichas convenciones.

Esos órganos comprenden no solamente instituciones de promoción orientadas hacia la proposición de las medidas y correctivos necesarios para superar las deficiencias existentes en los regímenes de derechos humanos, sino también instituciones propiamente de protección, que en su conjunto están dotadas de funciones de investigación, de conciliación y de arreglo judicial.⁽¹⁶⁾

(16) *Supra* nota 14, p. 24.

III. Concepto

La concurrencia de los elementos antes citados llevó, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, a que la materia de los Derechos Humanos pasara a formar parte de las exigencias más elementales de la convivencia en la Comunidad Internacional y que su respeto fuera visto como una de las aspiraciones básicas y fundamentales del Derecho Internacional Público Contemporáneo.

Al mismo tiempo, la importancia adquirida por los Derechos Humanos y el tremendo dinamismo que su concepto experimentó en los últimos años, trajo como consecuencia la configuración de un verdadero Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que puede ser definido como:

el conjunto de reglas de Derecho Internacional que reconocen e intentan proteger los derechos de la persona en cuanto que sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales.⁽¹⁷⁾

De esta definición se desprenden tres puntos claves:

- i. La consideración del individuo o de determinados grupos sociales como sujetos *lato sensu* del Derecho Internacional, aunque no sea sino por el reconocimiento de titularidades pasivas (capacidad jurídica) de derechos, como ocurre en muchos casos;
- ii. La positivación de estos derechos en Declaraciones Generales o en Convenios de carácter multilateral; y
- iii. La aplicación de medios y técnicas de protección de los mismos a través de Organizaciones Internacionales Gubernamentales.⁽¹⁸⁾

IV. Fuentes

Las fuentes directas más importantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —entendiendo esta expresión en el presente trabajo, como 'fuentes de producción'—, son básicamente el conjunto de declaraciones, pactos o convenios internacionales que existen sobre la materia.

(17) E. GARCIA DE ENTERRIA; E. LINDE; L. I. ORTEGA y M. SANCHEZ MORON. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1983, p. 27.

(18) *Ibid.*

Esta pluralidad de normas jurídicas internacionales escritas, relativas a los Derechos Humanos, ha superado todo tipo de previsiones, relegando a un segundo plano otras fuentes jurídicas de gran importancia —pasadas y actuales— del Derecho Internacional general, tales como la costumbre internacional y los principios generales del Derecho.

La indiscutida validez de esta afirmación no significa que la costumbre y, en especial, los principios generales del Derecho, hayan perdido toda significación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por el contrario, la costumbre internacional sigue teniendo un peso importante y en muchas ocasiones el Derecho escrito no hace sino recoger las reglas antaño formuladas en forma consuetudinaria. Por su parte, los principios generales del Derecho, por definición, son inherentes a todo sistema o subsistema jurídico, por ser precisamente las categorías jurídicas que integran un conjunto de normas en un sistema, supliendo sus lagunas e informando básicamente su contenido. Cabe señalar que muchos de estos principios no están expresamente regulados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino que se derivan, ora del Derecho Internacional General, ora del Derecho comparado.⁽¹⁹⁾

Existen, además, otras dos fuentes jurídicas que deben ser tenidas en cuenta, pese a que su alcance es más subsidiario que el de las anteriores, a saber: las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y la doctrina jurídica.

Respecto de la primera, las decisiones de los órganos internacionales, éstas pueden ser jurisprudenciales en sentido estricto, cuando las mismas emanan de un órgano judicial, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁽²⁰⁾ En otros casos, las decisiones proceden de órganos políticos, como por ejemplo, la Asamblea General de la ONU y de la OEA; o cuasi-judiciales, tales como la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; si bien en los primeros su influencia, como precedente jurídico, suele ceder ante las consideraciones políticas del caso concreto que es objeto de consideración en cada momento.

La doctrina jurídica —entendida ésta en sentido lato, es decir no limitada a los estudios individuales sino también a los trabajos colectivos propiciados por organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales—, juega también un papel, aunque relativo, en cuanto fuente de producción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero sin lugar a dudas, todas estas fuentes presentan un carácter subsidiario, debido, en especial, a la proliferación de textos escritos, los

(19) *Ibid.*, pp. 36-37.

(20) *Ibid.*, p. 37.

cuales, pese a la gran diversidad de su naturaleza jurídica, al contenido y a su carácter obligatorio, pueden ser denominados genéricamente 'instrumentos' del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁽²¹⁾

En este sentido, desde el punto de vista de la "naturaleza jurídica" de estos instrumentos, cabe distinguir entre las declaraciones y las convenciones o convenios. Las primeras, generalmente y con matices, más que de protección son instrumentos de promoción de los Derechos Humanos, precediendo por lo general, tanto cronológica como lógicamente, a los convenios. Su valor suele ser más moral y político que jurídico, no estableciéndose en su texto sanciones de ningún tipo en caso de incumplimiento o inobservancia de las mismas.

Por el contrario, cierto sector de la Doctrina se pronuncia en favor de un relativo valor jurídico de estas declaraciones, que si bien es siempre inferior al de los convenios internacionales, se asimilaría al de la costumbre internacional, en cuanto que expresan ya una conciencia internacional dotada de ciertos reflejos jurídicos.⁽²²⁾ En este sentido, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que:

...habida cuenta de la solemnidad y la significación de una declaración, puede considerarse que el órgano que la adopta manifiesta con ello una viva esperanza en que los miembros de la comunidad internacional la respetarán. Por consiguiente, en la medida en que esta esperanza se justifique paulatinamente por la práctica de los Estados, puede entenderse que una declaración enuncia, a través de la costumbre, reglas obligatorias para los Estados.⁽²³⁾

Desde el punto de vista del "ámbito de aplicación", los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden ser clasificados en universales, es decir aquellos pertenecientes al sistema universal de las Naciones Unidas, dirigidos potencialmente a todos los habitantes del mundo, y en regionales, destinados por lo general a un área geográfica limitada en la cual existen, entre los países que la componen, principios sociales, políticos y culturales

(21) *Ibid.*, pp. 37-38.

(22) Según P. NIKKEN, el carácter vinculante de la Declaración Americana puede sostenerse desde dos puntos de vista, análogos a los que se han examinado en relación con la Declaración Universal. Uno, debido al hecho que la Declaración Americana ha quedado incorporada a la carta de la OEA. Otro, el constituir una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA, que reúne todas las características señaladas por el artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. P. NIKKEN. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*. Madrid: Civitas-IIDH, 1987, pp. 286 y ss. Véase además, T. BUERGENTHAL. *The revised OAS Charter and the protection of human rights*, 69 AJIL (1975).

(23) *Supra* nota 17.

comunes. Hasta el presente, dentro de este segundo grupo cabe señalar los sistemas regionales Europeo, Americano y Africano.

En cuanto a los instrumentos de tipo universal existentes en el sistema de las Naciones Unidas, hay que citar, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, considerada hoy, pese a que fue aprobada por una resolución de la Asamblea General y que no es un tratado o convenio, como fuente de Derecho, de la que resultan derechos y deberes para los individuos y obligaciones específicas para todos los Estados que integran la Comunidad Internacional. La Declaración Universal, que pretende afirmar la existencia de una concepción común de los Derechos del Hombre, sin perjuicio de reconocer la existencia de diferentes sistemas ideológicos, políticos, económicos y sociales y teorías diversas sobre la naturaleza de los Derechos Humanos adoptados por los Estados que integran esa Comunidad, es el fundamento de todo el sistema de las Naciones Unidas sobre la materia.⁽²⁴⁾

Este sistema se integra —sin que esta enumeración sea exhaustiva— por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros varios instrumentos internacionales, algunos de tipo declarativo y otros de naturaleza convencional. De estos textos resulta un sistema muy complejo, con elementos incluso anteriores a los dos Pactos y al Protocolo Facultativo, que en lo orgánico, implica la existencia de la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de Protección de Minorías y de Prevención de Discriminaciones y de otros órganos (por ejemplo, el Comité establecido por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial), creados mediante instrumentos convencionales relativos a la protección internacional de derechos concretos o para casos específicos. En lo procesal, los mecanismos previstos derivan, en algunos casos, de la Resolución 1.503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social (ECOSOC), de las normas de los convenios correspondientes, entre los que hay que destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y de otras muchas disposiciones del ECOSOC, de la Comisión y de la Subcomisión.

En cuanto a los sistemas regionales, hay que hacer mención, en primer lugar, del Europeo, que funciona sobre la base de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y de sus Protocolos Adicionales. Este sistema se sitúa dentro del marco del Consejo de Europa

(24) H. GROS ESPIELL. "Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional". En *I Seminario Interamericano sobre Educación y Derechos Humanos*, San José: Libro Libre; IIDH, 1986, p. 45. Del mismo autor, *En Estudios sobre Derechos Humanos. I*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana; IIDH, 1985, p. 31.

y reúne a los países de Europa Occidental.⁽²⁵⁾ En cuanto al Sistema Interamericano, éste es aplicable a todos los países Miembros de la Organización de los Estados Americanos, y al régimen particular de los Estados Miembros de la OEA, que son además Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica.⁽²⁶⁾

Igualmente, dentro de la Organización de la Unidad Africana (OUA), la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en su Primera Parte, "Derechos y Obligaciones", Capítulo I, "Derechos Humanos y de los Pueblos", hace una enumeración de los derechos humanos objeto

(25) Sobre el Sistema Regional Europeo de promoción y protección de los Derechos Humanos, véase, entre otros muchos, los siguientes trabajos: J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Supra* nota 9, pp. 193-208. Del mismo autor: "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *ius cogens* internacional". En *Libro Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 581 y ss. M. DIEZ de VELAZCO. *Organos de protección de la Convención Europea de los derechos del hombre*. Bogotá: Temis, 1959, pp. 95-118. F. G. JACOBS. *The European Convention on Human Rights*. Nueva York: Oxford, 1975. Karel VASAK. "El Consejo de Europa". En Vasak, Karel, ed. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/UNESCO, 1984, pp. 622-705. Margarita GONZALEZ de PAZOS. "El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y la Carta Social Europea". En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 1 (1): 101-118, 1986. Jesús RODRIGUEZ y RODRIGUEZ. "El Sistema Europeo de protección internacional de los derechos humanos". *Ibid.*, pp. 129-142. E. GARCIA DE ENTERRIA; E. LINDE; L. I. ORTEGA y M. SANCHEZ MORON. *Supra* nota 17.

(26) La literatura sobre el Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos es muy vasta. Como obras que presentan una visión global del tema véase: Thomas BUERGENTHAL; Robert NORRIS y Dinah SHELTON. *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*. San José: Juricentro; IIDH, 1983. Héctor FIX-ZAMUDIO. "El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos". *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. *Supra* nota 25, pp. 47-80. Luis DIAZ MULLER. "El sistema Interamericano: la Declaración y la Convención Americanas". *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. *Supra* nota 25, pp. 35-46. A. CHUECA SANCHO. "Los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de San José de 1969". *Revista Española de Derecho Internacional*, 1980, pp. 33 y ss. Del mismo autor, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, v985, pp. 573 y ss. Carlos GARCIA BAUER. "La Convención Americana sobre Derechos Humanos". En *Libro Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. I*. *Supra* nota 25, pp. 521 y ss. Del mismo autor, *Los Derechos Humanos en América*. Guatemala, 1987. H. GROS ESPIELL. "Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano". En Vasak, Karel, ed. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/UNESCO, 1984, pp. 706-745. El volumen colectivo *Los Derechos Humanos en las Américas. Libro Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunsbee de Abranches*. *Supra* nota 14. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Washington, D.C.: OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980 y la bibliografía contenida en el libro Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Diez Años de Actividades, 1971-1981*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1982, pp. 397-401.

de la protección, y en su Segunda Parte "Medidas de Salvaguardia", Capítulo I, prevé la existencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, encargada de promover la observancia de estos derechos, como así también, la de asegurar su protección en África.⁽²⁷⁾

Existen además, como señala GROS ESPIELL, otras manifestaciones de carácter regional en materia de regulación internacional de Derechos Humanos como las normas contenidas en el Acta Final de Helsinki —pese a que este texto no sea un tratado ni contenga normas procesales de aplicación—, y las existentes en el Estatuto de la Liga de Estados Arabes.⁽²⁸⁾

V. *El proceso de universalización, internacionalización y politización de los Derechos Humanos*

Toda consideración en torno a los Derechos Humanos ha de tener presente, en primer lugar, que la conciencia clara y universal de estos derechos es una conquista propia de los tiempos modernos, lo que no implica desconocer que el concepto actual de los mismos sea el producto de un largo proceso histórico.⁽²⁹⁾

En segundo lugar, cabe destacar, como bien señaló RENE CASSIN en su último Curso dictado en la Academia de La Haya, la impresionante expansión de la idea y del contenido que el concepto de los Derechos Humanos ha tenido después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, lo cual permite afirmar que el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre ha de ser visto como base y fundamento esencial para la libertad, la justicia y la paz.

(27) F. CASTRO-RIAL GARRONE. "La Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos". *Revista Española de Derecho Internacional*, N° 2, 1984, pp. 491 y ss. Ke'ba M' BAYE y Birame NDIAYE. "La Organización para la Unidad Africana". En Vasak, Karel, ed. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/UNESCO, 1984, pp. 755-814.

(28) Para un análisis en profundidad sobre el tema, véase: H. GROS ESPIELL. "Los Derechos Humanos y las Relaciones Este-Oeste. La Declaración de Helsinki". *Revista de Estudios Internacionales*, 4 (2), 1983, pp. 209 y ss. Del mismo autor, "Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional". *Supra* nota 24, pp. 43-51. David P. FORSYTH. *Human Rights and World Politics*. Nebraska: University of Nebraska Press, 1983. J. A. PASTOR RIDRUEJO. "Los Derechos Humanos en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa". *Revista de Fomento Social*, N° 139: 315-324, julio-setiembre, 1980. T. BUERGENTHAL y Judith R. HALL. *Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki*. Montevideo: EDISA, 1977.

(29) A. TRUYOL Y SERRA. *Supra* nota 15, p. 12.

En tercer lugar, la materia de los Derechos Humanos ha experimentado un triple proceso de universalización, internacionalización y politización.

La universalización de los Derechos Humanos hace referencia a la expansión que la materia ha tenido en una doble dirección. Uno, en el plano vertical, en el sentido de que a los derechos de la primera generación, o derechos de la Libertad (civiles y políticos), han ido agregándose, en sucesivas etapas, los derechos de la segunda generación o derechos de la Igualdad (económicos, sociales y culturales), para asistir en el presente, al surgimiento de los derechos de la tercera generación o derechos de Solidaridad.⁽³⁰⁾ Y dos, en el plano horizontal, como consecuencia del proceso de descolonización operado en el seno de las Naciones Unidas, sobre todo a partir de la Resolución 1514 (XIV) de 1960, que produjo una modificación radical de la estructura de la Sociedad Internacional, al incorporarse a ésta nuevos Estados, que si bien se pronunciaron en favor de la promoción y protección de los Derechos Fundamentales del Hombre, introdujeron al mismo tiempo, sus particulares concepciones políticas, económicas, sociales, religiosas y culturales en la consideración del tema.⁽³¹⁾

La internacionalización de los Derechos Humanos guarda también relación con el proceso posterior a 1945, dirigido a crear sistemas, tanto en el plano universal como regional, para brindar una protección efectiva de los Derechos Humanos. En efecto, luego de una larga y penosa experiencia, en especial durante la Segunda Guerra Mundial, se hizo evidente que las garantías constitucionales internas de los Estados, por muy completas que fueran, no eran suficientes, por sí solas, para dar una protección real a los Derechos del Hombre, más aún cuando en muchos casos era el propio Estado el principal violador de estos derechos.

Esta necesidad social, moral y jurídica de una tutela internacional de los Derechos Humanos encontró, en principio, serias resistencias, tanto en el campo político como en el jurídico, en especial, aquellas provenientes de una anacrónica concepción de la soberanía absoluta del Estado. Hoy, debido a la creciente apertura de la Doctrina, existe amplio consenso en que los Derechos Humanos integran las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional y, por ello, su respeto es una de las aspiraciones fundamentales del Derecho Internacional Contemporáneo.

Finalmente, los derechos humanos presentan un alto contenido de ideologización y politización,⁽³²⁾ fruto de la división del mundo en dos bloques ideológicos (Diálogo Este-Oeste), y de la utilización, dentro del

(30) DANIEL ZOVATTO. "Contenido de los Derechos Humanos. Tipología". En *Primer Seminario Interamericano sobre Educación y Derechos Humanos*. San José. Libro Libre-IIDH, 1986, p. 68.

(31) A. TRUYOL Y SERRA. *Supra* nota 15. Roberto MESA. *La Sociedad Internacional Contemporánea, Documentos Básicos*, I., pp. 32 y 55.

(32) H. GROS ESPIELL. *Supra* nota 24, pp. 43-46 y 48-51.

contexto de la "guerra fría", de la problemática de los Derechos Humanos como ingrediente de la política exterior, en especial, en el caso de las superpotencias, con el fin de obtener ante la opinión pública internacional, una imagen de prestigio para sí, al mismo tiempo que de censura y condena hacia el otro bloque. A su vez, las relaciones entre países desarrollados y subdesarrollados (Diálogo Norte-Sur) incorpora nuevos ingredientes políticos e ideológicos en la consideración del tema.⁽³³⁾

VI. *La especialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en comparación con el Derecho Internacional General o Común*

Esta cuestión ha sido tratada por VASAK, para quien la diferencia entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional General consiste en que mientras el primero es un Derecho de integración y subordinación, debido a que origina un solo orden jurídico cuyos sujetos, activos y pasivos, quedan subordinados al poder estatal, el segundo es un Derecho de coordinación, que tiende a ser Derecho de cooperación entre los Estados, en especial en el seno de las organizaciones internacionales, universales o regionales.

Por su parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según el citado autor, aparece tanto frente al Derecho Interno como ante el Derecho Internacional Común con caracteres propios. Las normas internacionales de derechos humanos no participan del Derecho de subordinación, ya que al ser de índole internacional se desarrollan en el seno de la Comunidad Internacional, caracterizada por la existencia de Estados soberanos. Pero, por otro lado, tampoco se ciñen exclusivamente al Derecho de coordinación y de cooperación. De ahí que, según el citado autor, la especial naturaleza de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacen que éste sea un Derecho de protección, dirigido a garantizar al individuo el goce y respeto de ciertos valores considerados como patrimonio colectivo de la comunidad humana.⁽³⁴⁾

Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al decir de AGUDELO RAMIREZ,

busca realizar su objetivo mediante reglas, procedimientos o instituciones que lo singularizan por ciertos caracteres espe-

(33) *Ibid.*

(34) Según este autor, el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos presenta las siguientes características: 1) es un Derecho ideológico; 2) es un Derecho derivado; 3) es un Derecho mínimo y; 4) es un Derecho objetivo. Karel VASAK. "Hacia una legislación internacional específica de los derechos humanos". En *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. *Supra* nota 25, t. III, pp. 868 y ss.

cíficos. Sin necesidad de invocar la calidad del individuo como sujeto del Derecho Internacional, se aboca a la defensa de sus libertades y derechos fundamentales con ímpetu revolucionario que desborda las viejas estructuras del Derecho tradicional y se convierte en una rama *sui generis* por la novedad, principalmente, de sus normas y de su acción internacional.⁽³⁵⁾

En efecto, la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos representó una verdadera revolución en las concepciones tradicionales del Derecho Internacional. Entre las principales cuestiones, por su importancia, cabe destacar las siguientes: 1. En relación con los Sujetos del Derecho Internacional; 2. En cuanto al Objeto; 3. Respecto al carácter de *Jus cogens* de muchas de sus normas, y 4. En materia de no injerencia en los asuntos internos de los Estados (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas).

1. *En relación con los sujetos*

A diferencia del Derecho Internacional común, en que los sujetos por excelencia siguen siendo los Estados, otras personas de Derecho Internacional (por asimilación a los Estados, pero que actúan por sí mismas) y las organizaciones internacionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto a los Estados aparecen los seres humanos como sujetos *lato sensu*.

Esta subjetividad internacional de los individuos es defendida por JIMENEZ DE ARECHAGA para quien "Sin duda los Estados son los sujetos principales del Derecho Internacional y los protagonistas por excelencia de las relaciones internacionales". Pero son —agrega—, al mismo tiempo,

... los creadores del Derecho Internacional; y pueden, en virtud de esa capacidad creadora, reconocer o acordar el otorgamiento de la personería jurídica internacional a otras entidades, distintas de los Estados... Los Estados tienen, por su propia voluntad y por medio de acuerdos entre ellos, el poder de crear nuevos sujetos internacionales. Afirmar, como hacían los dualistas, que únicamente los Estados son titulares de derechos y obligaciones internacionales sería negarles esa potestad. No existe ninguna norma de Derecho Internacional que imponga una restricción semejante a la libertad de los Estados.⁽³⁶⁾

(35) Luis E. AGUDELO RAMIREZ. *Realidad jurídica de los derechos humanos. Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Nueva América, 1984, pp. 97-109.

(36) E. JIMENEZ DE ARECHAGA. *Supra* nota 8, p. 204.

Sin entrar al análisis detallado de los elementos que deben darse para que una persona física se transforme en sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe empero señalar que desde el momento en que el ser humano es titular, en virtud de este Derecho, de derechos y obligaciones, y tiene la capacidad de accionar para demandar el respeto o la garantía de los mismos o para impetrar la sanción por su violación, puede considerarse como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁽³⁷⁾

Efectivamente, dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el individuo tiene la facultad de ejercer acción internacional mediante el derecho de petición, que si bien actualmente no es pleno, importa un claro e innegable avance respecto de la concepción tradicional. Este derecho de petición de la persona humana, en cuanto sujeto *lato sensu* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido regulado de manera más progresista en el sistema de la Convención Americana que en el ámbito Regional Europeo y en el de las Naciones Unidas. Ello es así por cuanto en los dos últimos, para que un individuo pueda presentar una denuncia en contra de un Estado Parte (de la Convención Europea o del Pacto Internacional), se exige un reconocimiento especial de competencia. Por el contrario, en el Sistema Regional Americano, cualquier individuo o grupo de personas pueden presentar una denuncia contra cualquier Estado tan pronto como éste haya ratificado la Convención Americana (art. 44 del Pacto de San José de Costa Rica). Se desprende, por tanto, la importancia que la Convención Americana atribuye a las obligaciones que han asumido los Estados Partes frente a los individuos, los cuales, como hemos señalado, pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado.

Como bien ha dicho TRUYOL Y SERRA:

El establecimiento de un régimen internacional efectivo de los derechos humanos implica una limitación sustancial del poder soberano de los Estados, que ya no podrán dar a sus súbditos el trato que quieran en esta materia, vital para los individuos. Y al propio tiempo significa la promoción jurídico-internacional del individuo, su elevación a sujeto del derecho internacional positivo universal. Dentro de tal régimen, los individuos dejan de ser exclusivamente súbditos o ciudadanos cuyos derechos y deberes son los que (con mayor o menor o incluso ninguna participación suya) establezca su respectivo Estado, para convertirse en hombres sin más, miembros de una comu-

(37) H. GROS ESPIELL. *Supra* nota 24, pp. 29-31. René CASSIN. "L'Homme sujet de Droit International et la protection des Droits de l'Homme la Société Universelle". *Mélanges en l'honneur de George Schelle*. T. I. Paris, 1950, p. 68. G. SPERDUTTI. "L'Individu et le Droit International". *Recueil des Cours. Académie de Droit International*, t. 90. J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Supra* nota 9, pp. 175 y ss. Karel VASAK. *Supra* nota 25, pp. 876 y ss. P. NIKKEN. *Supra* nota 22, pp. 65-73.

nidad jurídica universal con la que están a estos efectos directamente conectados, dotados de derechos y deberes vinculantes para los Estados.⁽³⁸⁾

2. *Respecto del objeto*

Mientras el Derecho Internacional Público común regula relaciones entre Estados o sujetos soberanos, directa o indirectamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no regula relaciones entre Estados u organizaciones internacionales, sino derechos entre Estados e individuos (personas humanas), los cuales no aparecen en el estadio actual de evolución del Derecho Internacional común, como sujetos plenos de éste.⁽³⁹⁾

Por otra parte, mientras los tratados internacionales tradicionales, multilaterales o bilaterales, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas; en cambio, los tratados relativos a derechos humanos deben ser considerados —más que como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados— destinados a establecer un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios.⁽⁴⁰⁾

Como bien han precisado la Corte Internacional de Justicia y los órganos del Sistema Europeo e Interamericano de promoción y protección de los derechos fundamentales, los tratados de derechos humanos son de naturaleza diferente a la de los otros tratados internacionales. Las particularidades propias e individualizantes de estas convenciones fueron subrayadas por la Corte Internacional de Justicia cuando, respecto de la de genocidio, expresó:

"En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones".⁽⁴¹⁾

(38) Citado por AGUDELO RAMIREZ. *Supra* nota 35.

(39) E. SCHWELB. "The Law of Treaties and Human Rights". 16 *Archiv des Völkerrechts* (1973). Reproducido en *Toward World Order and Human Dignity*. W. M. Reisman. J. B. Weston, p. 262.

(40) P. NIKKEN. *Supra* nota 22, pp. 89-90.

(41) Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif: CIJ Recueil, 1951, p. 23.

En este mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso "Austria vs. Italy", al referirse específicamente sobre esta cuestión, señaló:

que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes.⁽⁴²⁾

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de setiembre de 1982, refiriéndose a la especial naturaleza de estos tratados, dijo:

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.⁽⁴³⁾

De este modo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia del Derecho Internacional General tiende a ignorar, hasta donde le es posible, el principio de reciprocidad, ya que, como hemos visto en las citas anteriores, los instrumentos internacionales de derechos humanos más que conceder derechos y obligaciones recíprocas a los Estados Partes para sus intereses nacionales, lo que realmente persiguen es realizar los objetivos e ideales de la Comunidad Internacional, en favor de una protección plena de estos derechos a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de la jurisdicción que le corresponda.

En otras palabras pero con la misma idea, las obligaciones suscritas en los tratados humanitarios son esencialmente de carácter objetivo ya que se orientan a proteger los derechos fundamentales de los particulares frente a los atropellos de los Estados contratantes más que a crear entre éstos derechos subjetivos y recíprocos.⁽⁴⁴⁾

(42) "Austria vs. Italy", *Application N. 788/60. European Yearbook of Human Rights*. Vol. 4, 1960, p. 140.

(43) Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de setiembre de 1982. Serie A N. 1. T. BUERGENTHAL. "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court". *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*. San José: IIDH, 1986, p. 41.

(44) Luis E. AGUDELO RAMIREZ. *Supra* nota 35, p. 103.

Como bien ha precisado la Corte Interamericana en su citada Opinión Consultiva

... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁽⁴⁵⁾

3. El carácter de *Jus cogens* de muchas de sus normas

Hoy día —expresa GROS ESPIELL—, se ha llegado a afirmar, a nuestro juicio con razón, que el deber de respetar los derechos humanos constituye una norma imperativa del Derecho Internacional General, un caso de *jus cogens*, quizás el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de "orden público internacional".⁽⁴⁶⁾

Sin perjuicio de ciertos antecedentes de importancia, esta idea de un *jus cogens*, o mejor dicho su descripción, está contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que dispone:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es

(45) *Supra* nota 43. Párrafos 27, 29 y 33. Véase además Corte IDH. "Otros Tratados 'objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-1/82 de 26 de setiembre de 1982. Serie A, N. 1. Párr. 24. Rafael NIETO NAVIA. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*. Libro citado en *supra* nota 43, p. 123, P. NIKKEN. *Supra* nota 22, pp. 89-92.

(46) H. GROS ESPIELL. "La evolución del concepto de los Derechos Humanos: criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo". En *Estudios sobre Derechos Humanos. I. Supra* nota 24, pp. 291 y ss. J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Supra* nota 9, p. 234. Julio PRADO VALLEJO. Los derechos humanos. *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*. Agosto de 1985, p. 48.

una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

Para el citado autor:

Los derechos humanos, o mejor dicho, los derechos humanos esenciales e inderogables que deben mantenerse siempre en toda ocasión y ante cualquier circunstancia, constituyen hoy uno de los ejemplos más claros e indudables de principios que por constituir valores considerados esenciales de la humanidad en el grado actual de su desarrollo y evolución, han cristalizado en uno de los casos actuales de *jus cogens*.⁽⁴⁷⁾

En este mismo sentido se pronuncia QUESTIAUX, cuando refiriéndose a la obligación que tienen los Estados en relación con el carácter no derogable o no suspendible de ciertos derechos, señala:

El Estado no está ciertamente obligado en este punto más que por los instrumentos que ha ratificado. Sin embargo, la idea de unas normas mínimas que no es posible dejar en suspenso se encuentra en suficientes textos como para que apoyemos nuestro razonamiento en un principio general de Derecho, reconocido de hecho por la Comunidad Internacional, que podría además considerarse que se trata de una norma imperativa de Derecho Internacional, según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.⁽⁴⁸⁾

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en el caso "Barcelona Traction", afirmó claramente la existencia de obligaciones de los Estados hacia la Comunidad en su conjunto, y teniendo en cuenta la importancia de los derechos en causa, sostuvo que "todos los Estados pueden considerarse que tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*". Así, estos

(47) H. GROS ESPIELL. *Supra* nota 46. Véase además: José Humberto CASTRO VILLALOBOS. *La norma de Jus Cogens en el Derecho Internacional*. México, 1981. Georges PERRIN. "La nécessité et les danger du jus cogens". En Swinarski, Christophe, *Supra* nota 1, pp. 751-760. M. VIRALLY. *Refléxions sur le jus cogens*. A.F.D.I. Tomo XII, 1966, p. 10. G. Schwarzenberger. "International jus cogens". *Texas Law Review*, 1965, pp. 455-457.

(48) Nicole QUESTIAUX. *Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción*. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1982/15, 27 de julio de 1982, p. 17.

derechos de la "Comunidad Internacional en su conjunto", que imponen obligaciones *erga omnes*, constituyen la manifestación concreta de la existencia de un orden público internacional, de "una cierta zona de *jus cogens*". Y entre las obligaciones que enumeró el Tribunal se señalan aquellas que:

resultan, por ejemplo, de la ilegitimidad de los actos de agresión y del genocidio en el Derecho Internacional contemporáneo, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.⁽⁴⁹⁾

En suma, la esencia del *jus cogens* radica en que la Comunidad Internacional reconoce ciertos principios que salvaguardan valores de vital importancia para la Humanidad, traduciendo normativamente esos valores en reglas imperativas de Derecho Internacional. Estas reglas interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a un Estado o a un grupo de Estados, sino que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Como bien expresa CARRILLO SALCEDO:

En un momento histórico en el que las exigencias de la comunidad internacional hacen que preocupen más los imperativos de la justicia que los de la seguridad, la noción de *ius cogens* internacional trae consigo no sólo respuestas para esas exigencias de justicia, sino también, y sobre todo, cauces de concreción jurídica de la noción de comunidad internacional y vías de transformación cualitativa del Derecho Internacional, en el que hoy es posible jurídicamente algo que en el Derecho Internacional resultaba casi inconcebible: un orden público de la comunidad internacional.⁽⁵⁰⁾

4. La improcedencia en materia de derechos humanos de la reserva de la jurisdicción doméstica

En nuestros días, la observancia y el necesario respeto de los derechos humanos no puede ser considerado como una materia o asunto doméstico, respecto del cual pueda articularse el principio de no injerencia en los asuntos domésticos de los Estados (art. 2.7 de la Carta de la ONU).

(49) J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Supra* nota 9, pp. 54-55.

(50) A. CARRILLO SALCEDO. *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos: 1985, pp. 204-218. Del mismo autor, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. *Supra* nota 13, pp. 284-285.

A diferencia del Derecho Internacional Clásico, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados determinadas obligaciones relativas al respeto de los derechos humanos. De este modo, la soberanía del Estado, si bien sigue siendo un principio capital del Derecho Internacional, está, sin embargo, limitada, en el orden interno, por los derechos reconocidos a las personas con independencia de su nacionalidad.

De este modo, la protección de los derechos humanos, por voluntad de los propios Estados, ha ido dejando de ser una cuestión exclusivamente interna para pasar a ser una obligación internacional.

Como bien expresa OPPENHEIM:

En la práctica, un asunto cesa de ser esencialmente de la jurisdicción interna de un Estado si, con arreglo al derecho internacional, ha dejado de corresponder exclusivamente a la jurisdicción interna de dicho Estado, es decir, cuando pasa a ser materia de una obligación internacional.⁽⁵¹⁾

La Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en varias oportunidades. En una de ellas, con motivo de su Opinión Consultiva de 1950 sobre la "Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía", el Tribunal de La Haya debió considerar la objeción de que la petición de la Asamblea General de la ONU era *ultra vires*, porque, al tratar la cuestión de la observancia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales estaba de hecho interviniendo en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

En esta oportunidad la Corte expresó:

Para los propósitos de la presente opinión, basta recordar que la Asamblea General justificó la aprobación de su Resolución invocando que las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 55 de la Carta, deberá promover el respeto universal y la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.⁽⁵²⁾

Así, al decir de JIMENEZ DE ARECHAGA:

Ante la objeción basada en la supuesta falta de competencia de la Asamblea General en virtud del art. 2, parágrafo 7 de la

(51) L. OPPENHEIM. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tomo I, Vol. I. Barcelona: Bosch, 1961, p. 441.

(52) Interpretation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 70. Fallo de la Corte Internacional de Justicia. *Reports 1950*, p. 70.

Carta, la lacónica respuesta de la Corte fue señalar que la cuestión de los derechos humanos estaba específicamente prevista en una disposición expresa de la Carta, el artículo 55. A la luz de este pronunciamiento, y del reconocimiento expreso que hizo la Corte —en la Opinión Consultiva sobre Namibia— acerca de la existencia de obligaciones jurídicas directamente emanadas de los artículos 55 y 56 de la Carta, puede concluirse que para la Corte, la cuestión del respeto y la efectividad de los derechos humanos sin discriminación alguna, no cae más exclusivamente dentro de la jurisdicción interna de los Estados miembros.⁽⁵³⁾

Con base en estas consideraciones es dable afirmar que la reserva establecida en el artículo 2.7 de la Carta de la ONU, materia reservada a los asuntos internos de los Estados, no es de aplicación en el caso de violaciones a los derechos humanos, ya que como ha expresado la Corte Internacional de Justicia en el citado asunto de la "Barcelona Traction", los principios y las reglas relativos a los derechos fundamentales de los Estados son obligaciones de éstos hacia la Comunidad Internacional en su conjunto, u obligaciones *erga omnes*.⁽⁵⁴⁾

En otros términos pero con la misma idea, todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos del hombre han sido sustraídas por la Carta del dominio reservado de los Estados y colocadas bajo la garantía directa de las Naciones Unidas. En consecuencia, un Estado acusado ante la ONU a propósito de un asunto relativo a los derechos del hombre no puede sustraerse al control de la Organización promoviendo la excepción de jurisdicción nacional.

En este mismo sentido, VERDROSS expresa: "La Carta ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional".⁽⁵⁵⁾

(53) E. JIMENEZ DE ARECHAGA. *Supra* nota 8, p. 212. Del mismo autor, "La Justicia y el Derecho: Resguardos de la Libertad". *Revista del IIDH*. N. 1. Enero-junio de 1985, pp. 34 y ss. Véase además: Fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B. N. 4, p. 24.

(54) J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Supra* nota 9, p. 186.

(55) Alfred VERDROSS. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1967, p. 492. Louis HENKIN. *Derechos Humanos y Jurisdicción Interna*, p. 35-62. ERMACORA. "Human Rights and domestic jurisdiction". Vol. 124. *R.C.A.D.I.* 1968. J. ZOUREK. "Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue une affaire interne de l'Etat". En *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. *Supra* nota 25, pp. 603-625.

En cuanto al Sistema Regional Americano, como bien señaló el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales:

Los derechos humanos no constituyen ya asuntos de la competencia exclusiva del Estado, cualesquiera que sean las circunstancias en que ocurra la violación o las consecuencias en que ésta se traduzca. Se trata de un asunto que ha trascendido el ámbito nacional y, por tanto, ni la soberanía ni la no intervención constituyen principios que puedan oponerse a una acción colectiva, perfectamente justificable a la luz de otros principios igualmente consagrados en el ordenamiento jurídico del Sistema Interamericano.⁽⁵⁶⁾

Así, al igual que lo afirmado respecto del plano universal, dentro del Sistema Interamericano no es posible hacer de los derechos humanos una materia exclusiva de la jurisdicción doméstica de los Estados. Por el contrario, como se desprende de la propia Carta de la OEA y de otros instrumentos pertinentes, la observancia de estos derechos es una cuestión que interesa a todos los Estados Miembros del Sistema; todos han asumido un interés jurídico, recíprocamente aceptado, configurando su respeto y vigencia en una obligación de carácter internacional.

En suma, si la observancia y respeto de los derechos humanos es norma de *jus cogens*, si además es un principio que está expresamente reconocido no sólo en la Carta de la ONU sino en el de la OEA, si existen instrumentos internacionales, universales y regionales, que definen estos derechos a la vez que prevén mecanismos para su protección, es posible por tanto sostener jurídicamente que la materia de los derechos humanos ha dejado de ser un asunto reservado a la jurisdicción doméstica de los Estados.

VII. Consideraciones finales

Como hemos tenido ocasión de demostrar a lo largo de este trabajo, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial se ha venido creando y desarrollando, tanto en el plano universal de las Naciones Unidas como en los diversos ámbitos regionales —europeo, americano y africano— un régimen jurídico y una actividad internacional destinada, específicamente, a la promoción y protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

(56) Citado en H. MONTEALEGRE. "Cuatro perspectivas de los derechos humanos en el Sistema Interamericano". En *Derechos Humanos en las Américas. Libro Homenaje a Dunsbee de Abranches*. *Supra* nota 14, p. 55.

Este desarrollo sin precedentes trajo como consecuencia, dentro del Derecho Internacional General, la configuración de una nueva rama, denominada por un sector de la doctrina como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya importancia y trascendencia nadie puede desconocer o subestimar ante el rico y variado aporte que brinda en el terreno del Derecho positivo.⁽⁵⁷⁾

Una de las notas relevantes de esta disciplina es su progresividad, fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuo, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y al vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia frente a los Estados.⁽⁵⁸⁾

Sin embargo, los logros obtenidos durante la primera etapa del proceso de universalización, internacionalización y humanización de la problemática de los derechos humanos —proceso que debe ser necesariamente visto abierto al futuro, en constante cambio y no exento de obstáculos y retrocesos—, han sido, indudablemente, más en lo que se refiere al planteamiento del tema y a la consiguiente toma de conciencia a nivel de la Comunidad Internacional, que en relación con la situación real de su vigencia y respeto. Hoy por hoy, justo es reconocer, los procedimientos de garantía y control previstos por el Derecho Internacional de los Derechos

(57) La actividad creadora de normas jurídicas tanto en el seno de las Naciones Unidas como en los ámbitos regionales —europeo, americano y africano— ha sido vasta. Durante las últimas décadas se han adoptado, entre tratados y declaraciones, cerca de un centenar de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Los principales instrumentos de Naciones Unidas en esta materia pueden ser consultados en: *Derechos Humanos: Recopilación de Instrumentos Internacionales*. New York: Naciones Unidas, 1983. En cuanto al sistema Regional Europeo, véase: H. NIEHSLER y H. Petzold. *European Convention on Human Rights: texts and documents*. Köhl: Carl Heymanns, 1982. En relación con el Sistema Regional Americano, entre otros véase: T. BUERGENTHAL y Robert NORRIS. *Human Rights: The Inter-American System*. Dobbs Ferri, N.Y.: Oceana, 1986. *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Washington, D.C.: Secretaría General de la OEA, 1985. *Los derechos humanos en el Sistema Interamericano: Recopilación de Instrumentos Básicos*, Daniel ZOVATTO G. compilador. San José: IIDH, 1987. Respecto a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, véase: Máximo PACHECO G. *Los Derechos Humanos: Documentos Básicos*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1987. Véase también: *Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales*. Raúl E. VINUESA compilador. BSAS: Zavalia, 1986.

(58) P. NIKKEN. *Supra* nota 14, pp. 22-23, y *Supra* nota 22, en especial, el capítulo I "La instauración progresiva", pp. 29-75 y el Capítulo II "Bases de la Progresividad", pp. 75-104.

Humanos, tanto en el plano universal como regional, continúan siendo insatisfactorios.⁽⁵⁹⁾

Un atento repaso de la actual realidad internacional, especialmente dirigido a la problemática que nos ocupa, evidencia el enorme abismo que hay entre los principios teóricos, las fórmulas jurídicas y las solemnes proclamaciones políticas, y la realidad de un mundo en el que con tremenda intensidad y frecuencia, se niegan y desconocen los más elementales derechos de la persona humana.

Pero este reconocimiento no puede ni debe llevar a la negación o al desconocimiento del avance cumplido, la importancia del proceso encarado y los progresos realizados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la etapa actual, lo realmente importante en favor de una efectiva protección internacional de los derechos humanos no radica tanto en la definición de estos derechos, sino en la eficacia de los recursos que se pongan al servicio de los beneficiarios ante las propias instancias internacionales de control y garantía. De ahí que la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los años futuros, deberá encaminarse en un doble sentido. Uno, la adopción de medidas, de *lege lata* y *lege ferenda*, que permitan mejorar la eficacia de los mecanismos que actualmente llevan a cabo la supervisión internacional. Y dos, en favor del reconocimiento, cada vez más pleno, de la personalidad internacional del individuo, en cuanto verdadero sujeto de este Derecho.⁽⁶⁰⁾

(59) D. ZOVATTO. "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos". Periódico *La Nación*. 27 de octubre de 1985, San José. Foro Dominical, p. 15/A. H. GROS ESPIELL. "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Monografía 13, pp. 106- 106. P. NIKKEN. *Supra* nota 22, p. 314. Tom J. FARER. "The United Nations and Human Rights: More than a whimper less than a roar". *Human Rights Quarterly*. Vol. 9. N° 4, pp. 580-586.

(60) E. JIMENEZ DE ARECHAGA. *Supra* nota 8, p. 208.

FUNCION JURISDICCIONAL Y MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERU

Dr. Rodolfo E. Piza Rocafort

Vice-Canciller
Universidad Autónoma de Centro América

SUMARIO :

- A. Introducción
- B. La función jurisdiccional en la Constitución Peruana de 1979
- C. El sistema peruano de protección de los derechos constitucionales
- D. Supremacía Constitucional y Tribunal de Garantías Constitucionales
- E. El Habeas Corpus y el Amparo en la Constitución Peruana de 1979
- F. Otros medios de protección de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente:
 - 1) La acción popular
 - 2) La acción contencioso administrativa en la Constitución de 1979
 - 3) El Ministerio Público como defensor de los derechos humanos

A. *Introducción*

A pesar de mi lejanía del sistema jurídico peruano, me he aventurado a escribir algunas notas sobre el mismo y, en particular, sobre la función jurisdiccional y mecanismos de protección de los derechos humanos en el Perú, a partir de algunos textos legales y constitucionales a los que he tenido acceso.

Decía Maquiavelo en su prólogo a "El Príncipe", que para observar debidamente el fenómeno político, convenía hacerlo desde la distancia y la llanura. De la misma manera, para observar, lo más objetivamente posible, un fenómeno jurídico, quizás convenga alguna lejanía, aunque ello venga en demérito del rigor y de la extensión del análisis.

En todo caso, la aventura viene incentivada por el carácter especial del modelo peruano de justicia constitucional y administrativa, que representa un fenómeno normativo único en el derecho comparado. Guatemala, al menos constitucionalmente, tiene las mismas características, pero le faltan las leyes de desarrollo que permitan estudiarlas con cierta extensión.

No entro a analizar, sobra decirlo, las condiciones políticas o económico-sociales en las que se inserta el modelo jurídico peruano. Ello lo dejo a especialistas más avezados y enterados.

El sistema de protección de los derechos constitucionales en el Perú está fundado en una combinación del modelo kelseniano (también llamado austriaco o europeo) de justicia constitucional, con los modelos norteamericano de "judicial review" y latinoamericano de "Amparo". Así, al lado del "Tribunal de Garantías Constitucionales" que se instituye en el Título V de la Constitución (arts. 295 a 304) inspirándose en el Tribunal Constitucional Español de 1978; el sistema peruano incluye también figuras jurídicas de origen norteamericano (revisión judicial difusa), anglosajón (Hábeas Corpus), latinoamericano (Amparo), e, incluso, escandinavo si se logra desarrollar en toda su extensión el artículo 250.4 (que instituye al Ministerio Público como "defensor del pueblo" u "ombudsman"). Merece consideración especial, la acción "contencioso administrativa" (art. 240) y la peculiar expresa referencia a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos (art. 305, y Disposiciones Generales decimosexta y decimoséptima).

B. La función jurisdiccional en la Constitución peruana de 1979

La función jurisdiccional en el Perú corresponde al "Poder Judicial" (regulado en el capítulo IX del Título IV), complementado por el "Consejo Nacional de la Magistratura" (Capítulo X del Título IV de la Constitución) y el Ministerio Público (Capítulo XI del Título IV). Asimismo, cumple función jurisdiccional de control de constitucionalidad un órgano distinto del "Poder Judicial" y de rango constitucional: el "Tribunal de Garantías Constitucionales" (artículos 296 a 304 del Título V). La Constitución acepta también, expresamente (artículo 305), la jurisdicción de los "tribunales u organismos internacionales", en particular de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Disposición General y Transitoria Décimosesta), a cuyas decisiones reconoce valor jurídico una vez agotada la jurisdicción interna.

Al Poder Judicial se dedica el Capítulo IX del Título IV (artículos 233 a 244) de la Constitución, incluyéndose en él, a los órganos del mismo, los principios especiales de la jurisdicción, garantías de la misma, así como normas sobre composición, nombramiento, requisitos, incompatibilidades, derechos, atribuciones y competencias de los miembros y de sus órganos, etc. . . . Incluso se reconocen en esta sección los derechos a la integridad física y psíquica, la interdicción de la pena de muerte y normas sobre el régimen penitenciario, las garantías judiciales y el debido proceso (sobre todo, las 19 Garantías de la Administración de Justicia recogidas en el artículo 233).

Pero también en otras partes del articulado constitucional se encuentran referencias que, directa o indirectamente, afectan a la Administración de Justicia. Así, en el Preámbulo se afirma que la "justicia es el valor primario de la vida en comunidad" (párr. 5º), en el artículo 2.20 se reconocen una serie de garantías judiciales o del debido proceso como derechos de la persona humana, que incluyen la presunción de inocencia, principios de libertad, de legalidad penal, derechos del detenido y procesado y, sobre todo, el derecho al juez natural en forma tal que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación . . ." (artículo 2.20.1).

En el artículo 211.12 se determina como atribución y obligación del Presidente de la República, la de "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados y requeridos para la pronta administración de justicia".

Por otra parte, el artículo 282 hace referencia a la justicia militar, estableciéndose que "los miembros de las fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de los delitos de la función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235 (pena de

muerte por traición a la patria en caso de guerra exterior). Quienes infringen el servicio militar obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

Entre las Garantías de la administración de Justicia están: independencia en su ejercicio y cosa juzgada (artículo 233.2), independencia de los magistrados judiciales y sometimiento exclusivo a la Constitución y a la ley (art. 242.1), unidad y exclusividad de la función (art. 233.1), publicidad (art. 233.3), motivación escrita de las resoluciones (233.4), indemnización por error judicial (233.5), el derecho a la defensa en juicio y a no ser condenado en ausencia (arts. 233.9 y 233.10), el principio del *nom bis in idem* (233.11), la autoridad de cosa juzgada, la instancia plural (233.18) y otros derechos y garantías judiciales y de los juicios penales.

En general, se encuentran consignadas todas las garantías que establecen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos e incluso algunas otras.⁽¹⁾

La independencia judicial con todo lo que ello implica, puede afirmarse que se encuentra bien regulada. En el sentido amplio con que debe concebirse la independencia de los órganos jurisdiccionales, esto es, referida a la independencia política, funcional, selectiva, económica y de la inamovilidad y el régimen de las incompatibilidades;⁽²⁾ puede sostenerse que, al menos normativamente, la recoge en forma nítida la Constitución peruana.

Esta independencia en el ejercicio de la función judicial viene confirmada, en primer término, por la manera en que los jueces de los distintos niveles son nombrados: si bien el Presidente de la República nombra los Magistrados y el Senado ratifica el nombramiento de los Vocales y Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los candidatos no son propuestos por el propio Poder Ejecutivo, y ni siquiera por el Legislativo, sino por el Consejo Nacional de la Magistratura y previo Concurso, el cual tiene una integración heterogénea que asegura su independencia (arts. 245 a 247). Menos independiente, en cambio, es el Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que de sus nueve miembros hay tres designados por el Poder Ejecutivo y tres por el Congreso (art. 296). Sin embargo, debe tomarse en cuenta que esta fórmula de composición del Tribunal es la común, por sus características y atribuciones, en los Tribunales Constitucionales (véase, por ejemplo, el artículo 159.1 de la Constitución Española de 1978).

En segundo lugar, debe destacarse la inamovilidad de los Magistrados judiciales (art. 242.2) y su independencia económica (arts. 238 y 242.2: el Poder Judicial tiene asignado un porcentaje mínimo del 2% de

(1) Ver en este sentido, HABA (Pedro E.), Segundo Informe, *op. cit.*, págs. 60 a 62.

(2) Sobre estos conceptos de independencia véase RODRIGUEZ - AGUILERA (Cesareo), *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Ed. Bosch, 1980, págs. 103 a 117.

los Gastos Corrientes del Presupuesto Nacional). Sin embargo, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales se designan por seis años solamente, aunque son reelegibles (art. 297). En tercer término, porque se encuentra subyugada su independencia funcional, pues a cualquier autoridad le está vedado "interferir" en el ejercicio que de sus funciones realice un órgano jurisdiccional (art. 233.2). Y, en cuarto término, por el hecho de que la responsabilidad disciplinaria sobre todos los magistrados se ejerce en el interior del mismo Poder Judicial, a cargo de la Corte Suprema (arts. 248 y 249).⁽³⁾ El régimen de incompatibilidad es absoluto. Incluye toda actividad pública, privada, sindical y política. Se excluye de igual modo que a los Magistrados del Poder Judicial, la docencia universitaria (art. 243).

De acuerdo con la Constitución los órganos del Poder Judicial son, en primer lugar, "La Corte Suprema de Justicia" (237.1, 238, 239, 241, 244 y 248) con jurisdicción en todo el país y máxima jerarquía en la estructura del Poder Judicial; en segundo, "Las Cortes Superiores"; en tercero, los juzgados civiles, penales y especiales, los juzgados de paz, etc. . . . (artículos 237.2, 237.3), según corresponda en la demarcación de los distintos Distritos Judiciales.

El Poder Judicial constituye un cuerpo unitario (232), en cuyo vértice superior se encuentra la Corte Suprema, a la que corresponde "fallar en última instancia o en casación de los asuntos que la ley señala" (art. 241). Además, expresamente le corresponde conocer en primera (junto con las Cortes Superiores), segunda y última instancia de las acciones contencioso-administrativas que se interponen "contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado" (artículo 240). Le corresponde formular autónomamente el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y puede concurrir a las cámaras legislativas para la discusión de los proyectos de ley que presente (artículos 238 y 239). Los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema se encuentran en el artículo 244, que exige, entre otras cosas, ser mayor de cincuenta años, haber sido Magistrado de la Corte Superior por diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria por veinte años.

Comparte con el Tribunal de Garantías Constitucionales el control de la constitucionalidad de los actos estatales (leyes, decretos, sentencias, actos u omisiones de sus autoridades, funcionarios, etc. . . .) y de los particulares, en virtud de las acciones de Habeas Corpus, Amparo y de la "acción popular" (art. 295); así como del principio general de que "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal or-

(3) Confirma HABA (Pedro Enrique), Segundo Informe, págs. 61 y 62. Para HABA, sin embargo, ofrece pocas garantías la integración del Tribunal de Garantías Constitucionales. Nosotros compartimos su resquemor, pero entendemos la integración (nombramiento) de sus magistrados como algo normal, y quien sabe si hasta necesario, en los Tribunales Constitucionales de tipo europeo, como pretende ser el Tribunal Peruano.

dinaria, el Juez preferirá la primera. Igualmente, ~~preferirá la norma legal~~ sobre toda otra subalterna" (art. 236) lo que constituye un complemento del artículo 87, y que ya había sido recogido en el Código Civil de 1936 (art. XXIII del Título Preliminar), ahora derogado por el novísimo Código de 1984 que igualmente recoge dicho principio, y que también se halla establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962.

C. El sistema peruano de protección de los derechos constitucionales

La Constitución del Perú recoge los más diversos modelos de protección jurídica de los derechos humanos. Del anglosajón, y más propiamente, toma el Hábeas Corpus (artículo 295) y el *Judicial Review* o "jurisdicción constitucional difusa" a cargo de los órganos judiciales (art. 236 en relación con el art. 87). Esta institución subsiste a la par de un "Tribunal de Garantías Constitucionales" de clara inspiración europea continental, según el modelo de "justicia constitucional concentrada".

De los sistemas propiamente latinoamericanos, la Constitución del 79 toma "la acción de Amparo" (artículos 295 y 298.2) y la llamada "Acción Popular" (art. 295.4).

De aquí que la jurisdicción constitucional de la libertad en el Perú sea una jurisdicción de carácter mixto.⁽⁴⁾ Debe señalarse que este carácter mixto no viene dado por la combinación y resumen de los distintos modelos de protección de los derechos constitucionales, sino por una yuxtaposición o suma de los sistemas reseñados. El constituyente peruano parece haber querido extremar la protección —quizá por desconfianza en cada uno de los sistemas de protección cuando actúan por separado— y entonces arbitró y reconoció a todos, cuando la vigencia efectiva y completa de uno solo de ellos sería suficiente para proteger los derechos humanos. Así, un "*judicial review*" bien estructurado y, sobre todo, aplicado en toda su extensión por los jueces bajo la tutela de un Tribunal o Corte Suprema de Justicia, bastaría o sería suficiente para la protección efectiva de los derechos constitucionales. Pero, ciertamente, la historia peruana no tiene ejemplos de que esa jurisdicción constitucional difusa haya funcionado siquiera moderadamente para la protección de los derechos humanos.⁽⁵⁾ Lo mismo cabe decir del Amparo-Hábeas Corpus-Acción Popular, y de la "Justicia Constitucional Concentrada" prevista en la normativa constitucional.

En todo caso, este marco constitucional permite suficientes vías jurídicas de protección de los derechos humanos si se tiene la valentía legislativa y judicial de desarrollar tales preceptos y hacerlos operativos.

(4) Confirma García Belaúnde (Domingo), págs. 205.

(5) Confirma García Belaúnde (Domingo); *op. cit.*, págs. 204 y 205.

D. *Supremacía constitucional y Tribunal de Garantías Constitucionales en el Perú.*

En Perú, el carácter supremo de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico viene recogido en varias partes de la misma. En el artículo 87 se establece que "la Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica...". Tal supremacía se extiende a los Tratados Internacionales que, formando parte del derecho interno, son superiores a la ley (art. 101), pero inferiores a la Constitución según se desprende de su artículo 103, excepto cuando se trate de Tratados relativos a los derechos humanos, en cuyo caso tienen jerarquía constitucional (artículo 105).

La superioridad normativa de la Constitución viene corroborada tanto por la rigidez de la reforma constitucional (art. 306), como por el control judicial y "Constitucional" de las normas legales e inferiores (decretos, reglamentos, etc. ...) y de los actos estatales, de los funcionarios y de los particulares.

El artículo 236 se refiere al control judicial de constitucionalidad ("En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera..."). Las acciones de Amparo, de Hábeas Corpus y "Popular" (art. 295) permiten asegurar la supremacía constitucional sobre toda acción, omisión o norma (no legal) que vulnere o amenace vulnerar los derechos constitucionales y las normas legales.

Por fin, en el artículo 296, se establece el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución, que en virtud de la "Acción de Inconstitucionalidad" y de la casación de las acciones de Amparo y de Hábeas Corpus denegadas judicialmente, confirma la supremacía constitucional frente a las leyes y otras normas de carácter general, de las resoluciones judiciales y de los actos que contradigan los derechos constitucionales, eliminándolos, *erga omnes*, del ordenamiento jurídico (caso de las normas recurridas por Acción de Inconstitucionalidad).

De todo lo anterior se infiere el carácter de norma jurídica obligatoria y directamente aplicable, tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares, que tienen la Constitución.

Es de este modo que la Constitución de 1979 vino a corregir la omisión de la de 1933. A diferencia de la Constitución anterior, en la de 1979 es más marcado el fenómeno de "Constitucionalización de derechos", entre ellos los Derechos Humanos. La normatividad de la Constitución del 33 sobre el Poder Judicial no recogió con rango constitucional, la facultad de desaplicar o excluir una ley inconstitucional, lo que fue subsanado en parte, por el Art. XVIII del Código Civil de 1936 y complementado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).⁽⁶⁾

(6) PAREJA PAZ SOLAN (367). El C. C. de 1936 (recientemente derogado por el nuevo Código Civil de 1984) incluía un Título Preliminar a su articulado que, además de contener las reglas de Derecho Internacional Privado,

La Constitución de 1856 se limitó a declarar que eran nulas las leyes que se opusieran a la Constitución. En la Constitución de 1933 se omitió tal referencia, aunque en el artículo 69 de la misma se estableció que todos "los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de Hábeas Corpus". Lo cierto del caso, es que el Poder Judicial, durante la vigencia de la Carta de 1933, se negó a dejar de aplicar las leyes inconstitucionales alegando que tal facultad no figuraba en la Constitución,⁽⁷⁾ y que, aun figurando en el Código Civil, tal facultad no podía desarrollarse mientras no se diera una reglamentación que, dicho sea de paso, nunca se dio, pese a que la L.O.P.J., de 1952 también la contenía en su Art. 8. En el fondo, aparte de la poca independencia del Poder Judicial frente al poder político,⁽⁸⁾ sobre todo durante los regímenes de facto, en particular los dos gobiernos militares de 1968 a 1980, lo que ocurrió fue que "muchos jueces a la hora de enfrentarse con el Poder, sea el Ejecutivo o el Legislativo prefirieron su profesión de magistrados a crearse un problema con el Poder en ejercicio".⁽⁹⁾

Si a ello agregamos la crítica general a la posibilidad de establecer un verdadero control de constitucionalidad según el modelo "difuso" (o norteamericano, si se prefiere) en los países de tradición romano-germánica, que llevaron a Cappelletti, a partir del estudio de las experiencias poco alentadoras intentadas durante algún tiempo en la República de Veimar o en la Italia de 1942 a 1956, a señalar: "los jueces de la Europa Continental —y, agregamos, los de América Latina— son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes, tarea que como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser "simples intérpretes" y "fieles servidores" de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y, en particular, la de su núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Rights, difiere mucho de la de las leyes ordinarias; requiere una actitud difícilmente compatible con las tradicionales "debilidad y timidez" del juez del modelo continental".⁽¹⁰⁾ Si ello puede decirse de los jueces de la Europa Continental, que no puede decirse de los de América Latina.

De todo lo cual, como un intento superador de tales limitaciones⁽¹¹⁾ y aun como un método para conjurar la desconfianza que despertó el Poder Judicial como garantía constitucional; el constituyente peruano estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales y reconoció, expresa-

distintas disposiciones de carácter general, asumidas con carácter "cuasi-constitucional", que sirvieron —a 3 años de vigencia de la Constitución de 1933— para completar omisiones y carencias.

(7) *Ibidem*, pág. 367.

(8) GARCIA BELAUNDE (Domingo), págs. 204 y 205.

(9) PAREJA PAZ SOLDAN (José), págs. 367.

(10) Tribunales Constitucionales, págs. 602 y 603.

(11) GARCIA BELAUNDE (Domingo), *op. cit.*, pág. 204.

mente, la facultad de los jueces de desaplicar las normas contrarias a la constitución y a la jerarquía normativa. Creemos, por nuestra parte, y esperamos estar equivocados, que se trasladará al Tribunal Constitucional, esa mentalidad del juez continental (tímida y débil). Al parecer todavía no se ha declarado ninguna norma inconstitucional a mayo del 85. Esperamos, con todo, que se liberen de la debilidad y timidez de los jueces tradicionales para enfrentarse al poder, asumiendo su función en los márgenes que verdaderamente le corresponden, lo que requiere no poco valor.

El tribunal de Garantías Constitucionales peruano, diseñado a imagen y semejanza del Tribunal Constitucional Español, aunque con menores atribuciones, viene regulado en los artículos 296 a 303.⁽¹²⁾

Está compuesto por nueve miembros, tres de los cuales son designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo (o sea, por el Presidente de la República) y tres por la Corte Suprema de Justicia. Tal modo de designación ha merecido la crítica de HABA (Pedro Enrique) en virtud de que vulnera, a su entender, la independencia de dichos tribunales.⁽¹³⁾ Sin embargo, aunque compartimos su temor, tal crítica parece desconocer que el método de designación de todos los tribunales constitucionales en que se inspira el modelo peruano, es similar, esto es, dependiente su designación de los órganos de poder y no así de concursos de mérito. De aquí que no compartamos plenamente la crítica de HABA. No puede olvidarse que los Tribunales Constitucionales de inspiración kelseniana son, más que órganos judiciales, órganos políticos que se crearon con esa específica intención, aunque de hecho lleguen a tener tanta independencia y lleguen a adoptar los métodos propios de los órganos jurisdiccionales. Lo cierto del caso es que tal forma de designación, que en Europa se entiende natural y propia, en Iberoamérica puede llegar a acentuar la dependencia y, de nuevo, la timidez y debilidad de sus miembros.

El artículo 297 señala los requisitos para ser miembro del Tribunal que son los mismos que para ser magistrado de la Corte Suprema añadiendo una de complicada interpretación axiológica por su carácter subjetivo, que se expresa en una "probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos".

Sus miembros son nombrados por seis años, pudiendo ser reelegidos, no están sujetos a mandato imperativo y no responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de sus cargos. Les alcanzan las mismas incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial (artículo 297).

El Tribunal ejerce su jurisdicción en todo el territorio de la República y es competente para:

- 1º "Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas re-

(12) Sobre similitudes y diferencias entre ambos tribunales véase el artículo de GARCIA BELAUNDE citado.

(13) HABA (P. E.), *op. cit.*, pág. 61.

gionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución por la forma o por el fondo;

- 2º Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus y la acción de Amparo una vez agotada la vía judicial" (artículo 298).

La Acción de Inconstitucionalidad la pueden promover el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, por decisión de su Sala Plena, el Fiscal de la Nación, sesenta Diputados, veinte Senadores o cincuenta mil ciudadanos. En el caso de la casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo, están legitimados para interponer el "recurso extraordinario" (que así se le llama) las partes o el Ministerio Público (artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, N° 23.385, de 19 de mayo de 1982, en adelante LOTGC).

Los efectos de la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad son de alcance general —*erga omnes*— "anulatorios" o "derogatorios" de la norma declarada inconstitucional (artículos 301 y 302 de la Constitución, artículos 34 a 37 de la LOTGC). Los efectos de las sentencias en materia de Amparo, Hábeas Corpus y de Acción Popular sin interpartes, esto es, de alcance relativo (Ver LOTGC y Ley de Amparo y de Hábeas Corpus).

Respecto de la acción de inconstitucionalidad, la sentencia que la declare no tendrá nunca efectos retroactivos (artículo 300), lo que responde al mismo principio legislativo de irretroactividad de las leyes, dado que la sentencia de Inconstitucionalidad reemplaza el acto legislativo escisorio.

La sede del Tribunal no es la capital, sino la ciudad de Arequipa a unos mil kilómetros al Sur de la capital, Lima; hecho que, a la postre, se ha sumado a los agravantes que obstaculizan su adecuado funcionamiento. Todo ello motivado por un equivocado afán descentralista.

La LOTGC N° 23.385, de 19 de mayo de 1982, regula todo lo relativo al Tribunal en virtud del artículo 303 constitucional. En ella se establecen las bases de su organización y atribuciones (arts. 1º al 9º), los Magistrados del Tribunal (arts. 10º al 18º), el procedimiento general de declaración de inconstitucionalidad (arts. 19º a 23º), la Acción de Inconstitucionalidad (arts. 24 al 33), los efectos de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad (artículos 34 a 41), la casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo (arts. 42 a 47), de las disposiciones sobre procedimientos (arts. 48 a 57), del personal al servicio del Tribunal (art. 58) y de las Disposiciones Transitorias.

La Ley, en general recoge fielmente la normativa constitucional sobre el Tribunal. Sin embargo, en materia de casación de las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus y Amparo, la Ley, al parecer, opera una restricción del ámbito de aplicación de tales recursos al establecer que la casación tiene sólo por objeto (Art. 43 de la Ley en comentario) observar que las resoluciones judiciales no hayan violado, o aplicado erróneamente

la Ley, o que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento para expedir el fallo. Esto puede querer decir, que no es posible plantear el Amparo o el Hábeas Corpus, mediante el recurso extraordinario de casación ante el tribunal de Garantías Constitucionales, cuando no se viola o vulnera una norma legal. Bien podría suceder que la vulneración de un derecho constitucional no fuera al mismo tiempo una vulneración de una norma o de un procedimiento legal. Pero, admitimos, estamos hilando delgado pues es poco probable que la violación de una norma constitucional no sea al mismo tiempo una violación de determinadas normas legales, por lo menos en sede de Amparo y de Hábeas Corpus. Y sobre todo, es poco probable que la Constitución (Ley Suprema) no sea considerada una Ley, en sentido material, cuya violación habilita el Amparo o el Hábeas Corpus.

De otra parte, debe destacarse que para recurrir en casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales las resoluciones judiciales sobre las acciones de Amparo y Hábeas Corpus, tales resoluciones deben ser *denegatorias* de tales acciones. Es decir, las resoluciones judiciales que estiman *procedente el Amparo o el Hábeas Corpus no son recurribles* ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto explica que sólo estén legitimados para interponer el "recurso extraordinario" la parte afectada por la acción u omisión que le hizo recurrir al Amparo o al Hábeas Corpus, es decir, sólo el (o los) demandante(s) de tales acciones de garantía, y que en la vía judicial le(s) fue denegado, y el Ministerio Público, en virtud de su carácter de Ombudsman o "Defensor del Pueblo".

E. El Hábeas Corpus y el Amparo en la Constitución Peruana de 1979⁽¹⁴⁾

El Hábeas Corpus en Perú es reconocido por primera vez, como procedimiento judicial de garantía, mediante ley, en 1897, para la defensa de la libertad corporal. En 1920 se incorpora a la Constitución de ese año, aunque no llega a operar hasta su incorporación a la Constitución de 1933. Debe tomarse en cuenta que durante los años 1919 a 1930 se desarrolla el Gobierno dictatorial de Leguía.⁽¹⁵⁾ En la Constitución de 1933, anterior

(14) Sobre el tema véase GARCIA BELAUNDE (Domingo), "Protección procesal de los derechos humanos en la Constitución Peruana... *Op. cit.*;" "Amparo mexicano y Hábeas Corpus peruano" en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 39 sept.-dic. 1980, págs. 701 a 705; "El Hábeas Corpus interpretado", Lima, 1971, págs. 41-396; COOPER (H. H.), "Apuntes críticos sobre el Hábeas Corpus en el Perú" en *Derecho. Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 28, Lima, 1970, págs. 4-10.

(15) Véase GARCIA BELAUNDE (Domingo), *El Hábeas Corpus en el Perú*. Lima, 1979 y PAREJA PAZ SOLDÁN (José), "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979". Lima, séptima edición, 1981, pág. 474.

a la de 1979, se reconoce el Hábeas Corpus en el artículo 69 como medio protector no sólo de la libertad física, sino también de todos los derechos humanos (denominados individuales y sociales) establecidos en la Ley Suprema, con exclusión de los de carácter político. De hecho durante la vigencia de dicha Carta rigió poco. Hay que tomar en cuenta que tuvo varias suspensiones e interrupciones como las del General Benavides —1936—, del dictador Odría —1948— y de los gobiernos militares de facto de 1968 a 1980, con todo no obstante la existencia de algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penales —arts. 349 a 360— que pretendían limitarlo, el Hábeas Corpus pudo utilizarse contra cualquier acto de autoridad que limitara o afectara los derechos constitucionales, y así lo establecieron varias resoluciones de la Corte Suprema del Perú.⁽¹⁶⁾

La Constitución vigente reconoce el Hábeas Corpus en el primer párrafo del artículo 295 como medio de tutela de la libertad individual (no sólo la física o corporal) frente a los actos u omisiones de cualquier autoridad, o persona que vulnere o amenace la misma. Para la protección de los otros derechos constitucionales existe el "Amparo" y la "Acción Popular".

El "Amparo" en el Perú (regulado en el párrafo segundo y tercero del artículo 295 de la Constitución), es reconocido por primera vez en la Constitución vigente. Sin embargo, como hemos visto, antes de 1979, sobre todo después de 1968, el "amparo" era de hecho reconocido y regulado, sólo que a través de la figura del "Hábeas Corpus", pero diferenciándose la impugnación de actos que afectan a la libertad personal (Hábeas Corpus, en sentido estricto) de la de los actos que no afectan a la libertad personal pero sí a otros derechos constitucionales. Esta diferenciación consignó el juicio de amparo con independencia del Hábeas Corpus, estricto sensu, aún cuando ambas instituciones recibieran el mismo nombre por el legislador.⁽¹⁷⁾

Al parecer, el Amparo y el Hábeas Corpus, no operan frente a normas (leyes, decretos, etc. ...) sino sólo contra acciones u omisiones, en casos concretos. Sin embargo, en virtud del artículo 30 de la "Ley de Hábeas Corpus y Amparo" (Nº 23.506 de 7 de diciembre de 1982), el Hábeas Corpus y el Amparo proceden "aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento".

Es de destacar que el Hábeas Corpus y el Amparo, procedan tanto frente a actos u omisiones de las autoridades (Estado o funcionarios públicos, incluidos los judiciales (arts. 10.5 y 15 de la Ley) como contra los particulares que violen o amenacen la libertad personal y los otros

(16) Ver FIX ZAMUDIO (H.), *op. cit.*, págs. 114, 115 y 77; GARCIA BELAUNDE (Domingo), "El Hábeas Corpus interpretado...", *op. cit.*, y COOPER (H. H.), *op. cit.*, págs. 4 a 10; GARCIA BELAUNDE (Domingo), "El Poder Judicial en el siglo XX", cit. por PAREJA PAZ, *op. cit.*, págs. 474.

(17) Confirma FIX ZAMUDIO (H.), *op. cit.*, págs. 114 y 115; BOREA ODRÍA (Alberto), *La Defensa Constitucional: el amparo*, Lima, 1977.

derechos constitucionales de los demás. También debe destacarse la regulación y configuración de las *omisiones* como medio de vulnerar los derechos constitucionales. Así, el artículo 4º de la ley vigente señala: "Si se ejerce la acción de Amparo, o de Hábeas Corpus, a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto". Lo que en alguna medida nos traslada al problema, perenne y universal, de la ejecución de sentencias contra el Estado y sus funcionarios. En todo caso, aplaudimos el texto y regulación de las "omisiones" como medio de violación o amenaza a los derechos constitucionales. Nos parece un claro avance institucional, aunque no exento de múltiples dificultades operativas.

Las posibles vulneraciones o amenazas contra la libertad individual que dan acceso al Hábeas Corpus incluyen una serie de restricciones a derechos constitucionales que no se limitan a la libertad física y de movimiento. Esto es, el Hábeas Corpus no sólo protege, como es tradicional, la libertad corporal y de movimiento frente a la detención arbitraria (que se define en el acápite g) del inciso 20 del artículo segundo de la Constitución) por no ser puesto a la orden del juez dentro del término de 24 horas;⁽¹⁸⁾ sino que también protege frente a otro tipo de violaciones distintas de la detención arbitraria.

El Hábeas Corpus puede operar frente a la expulsión del país, frente al secuestro, para proteger la libertad de conciencia y de creencia, así como para guardar reserva sobre sus convicciones religiosas, filosóficas, etc. ... Respecto de la libertad física y sus restricciones se hace en la ley una muy amplia enumeración de actos que puedan dar lugar al Hábeas Corpus (ver artículo 12º de la Ley Nº 23.506).

El Amparo procede en defensa de los derechos constitucionales que no protege el Hábeas Corpus (art. 295, párrafo segundo) y que la ley enumera taxativamente en el artículo 24 (ley 23.506).

El procedimiento del Hábeas Corpus, es sencillo, sumario e informal. Conoce de la acción "cualquier Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra el detenido o el del lugar donde se haya ejecutado la medida

(18) En cuanto al término de 24 horas para ser puesto a la orden del juez, ya en la propia Constitución existe una grave restricción en el párrafo final del acápite g) citado. Se afirma allí que "se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje, y tráfico de drogas en los que las autoridades pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término". La excepción nos parece grave porque mediante ella se facilita, como lo han denunciado los organismos internacionales, la práctica de la tortura y los malos tratos en los interrogatorios de los presuntos terroristas, traficantes o espías. Pero, además, porque hace nugatorio el término de 24 horas señalado, pues las autoridades siempre podrán escudarse en la presunción de que los detenidos preventivamente eran, al parecer, "presuntos" terroristas, etc. Aplicándoles tal presunción a todos los detenidos, aunque luego no se demuestre la culpabilidad o no se les procese. En todo caso, estuvieron detenidos por quince días sin estar dispuestos a la orden del juez.

o el del lugar donde se haya dictado. Si se tratase de detención arbitraria atribuida a una orden de un Juez, la acción se interpondrá ante el que designará a otro juez instructor..." (art. 15 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Contra la resolución que pone fin a la instancia procede la apelación ante el Tribunal Correccional, o la "nulidad" ante la Sala Penal de la Corte Suprema (artículos 19 a 22 de la Ley).

El procedimiento del Amparo, siendo igualmente sencillo y sumario, es un poco más complicado. "La acción de amparo se ejerce ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil" (Art. 29, Ley Nº 23.506). Contra la resolución que pone fin a la instancia cabe "apelación" ante la Corte Superior (arts. 33 y 34) frente a cuya decisión es posible recurrir ante la Corte Suprema (art. 35 y 36).

Al mismo tiempo, el Tribunal de Garantías Constitucionales puede conocer en casación las resoluciones derogatorias de la acción de Hábeas Corpus y de Amparo, una vez agotada la Vía judicial (art. 298.2 de la Constitución y artículos 42 a 47 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales Nº 23.385, de 19 de mayo de 1982).

No existen restricciones, por lo demás, a la legitimación activa para ejercer la acción de Hábeas Corpus en la vía judicial (art. 13 de la Ley), aunque en la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales sólo estén legitimados, mediante "recurso extraordinario", la parte o el Ministerio Público (art. 42 de la LOTGC). En cambio, el "Amparo" sólo pueden interponerlo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada" (artículo 26 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo). La casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales opera igual que en el Hábeas Corpus.

Debe señalarse que el Hábeas Corpus y el Amparo "no proceden respecto de las garantías y derechos específicamente señalados en el artículo 231 de la Constitución, durante el tiempo de su suspensión". El art. 231 hace referencia al *estado de emergencia* (inciso a) en virtud del cual son suspendibles la inviolabilidad del domicilio (art. 2, inc. 7), la libertad de circulación y residencia (art. 2º, inc. 9), el derecho de reunión (art. 2º, inc. 10) y las garantías frente a la detención arbitraria (art. 2º inc., 20 g); y el *Estado de sitio* (inc. b del art. 231) donde se pueden llegar a suspender todas las garantías, aunque referido a situaciones más determinadas.

En todo caso, durante la vigencia del estado de emergencia o de sitio la acción Hábeas Corpus queda de hecho y de derecho nulificada, pues fundamentalmente se dirige a proteger los derechos suspendibles. La acción de Amparo queda restringida pero, al parecer, seguiría operando.

De otra parte, en virtud de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, estas acciones de garantía no proceden "en caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable" (artículo 6.1) y el objeto de tales acciones se limita a "reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (art. 1 de la ley)". Esta limi-

tación de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo, nos parece exagerada y que no concuerda con la extensión con que se reconocen en el texto constitucional. De alguna manera, la misma ley establece excepciones a la afirmación respecto del objeto de tales acciones, al señalar que procede el Hábeas Corpus y Amparo frente a las "omisiones". Está claro que cuando se ataca una omisión se pretende todo lo contrario al restablecimiento de la situación anterior. También si el juez viola, fuera del procedimiento que es de su competencia, un derecho constitucional, en alguna medida tal violación ha sido consumada y, sin embargo, procede el Hábeas Corpus y el Amparo en virtud del artículo 5º de la ley.

No debe olvidarse que las acciones o amenazas generalmente cuando se recurren (mediante el Hábeas Corpus o el Amparo) ya han sido consumadas o cesadas y lo que se pretende es que se restablezca el goce del derecho amenazado o violado o que, al menos, si ello es imposible, se reparen sus consecuencias.

F. Otros medios de protección de los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente. La "acción popular", el contencioso administrativo y el Ministerio Público

1) La Acción Popular

El último párrafo del artículo 295 establece: "Hay Acción Popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y locales y demás personas de Derecho Público".

La Acción Popular, aunque instituida desde la Carta de 1933, sólo comenzó a operar treinta años después, en 1963, cuando fue desarrollada por ley. Es el derecho que confiere legitimidad a cualquier ciudadano para reclamar o impugnar ante los tribunales ordinarios contra los atropellos de las autoridades y las violaciones de la Constitución, sostenidas en Reglamentos o normas administrativas de carácter general. A diferencia de la acción de "inconstitucionalidad" no opera frente a leyes o normas con rango legal. A diferencia del Amparo y del Hábeas Corpus, sí opera directamente contra normas generales sin rango legal.

La acción popular se ejercita directamente ante el Poder Judicial por cualquier persona, física o jurídica, y está exenta, en razón de su carácter, de toda formalidad, incluyendo la caución o fianza. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha sentado, al decir de GARCIA BELAUNDE, las siguientes tesis:

a) Sólo pueden ejercerlas quienes tengan legítimo interés económico o moral (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la puede ejercer cualquier ciudadano);

b) Sus efectos no son de carácter anulatorio, no dejan sin vigencia a norma alguna, sino que advertida la colisión de la norma inferior con la ley o la Constitución, se declara la inaplicación de aquella al caso sub-litis, subsistiendo su validez general.⁽¹⁹⁾

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su artículo 7º que la Acción Popular se sustancia en juicio ordinario, como proceso de pleno derecho y con la intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.⁽²⁰⁾

De acuerdo con la reglamentación de 1963, en actual revisión para su adecuación a la Constitución en 1974, la acción se ejercerá ante la Corte Suprema de Justicia, la que correrá Traslado al Procurador General. Una vez absuelto el trámite y emitido el dictamen por el Fiscal, ante la Corte Suprema de Justicia, en lo Administrativo, la Corte resolverá la demanda en acuerdo de Sala Plena, esto es, con la intervención de todos sus miembros, en el término de ocho días, oyendo previamente a las partes en audiencia pública, siempre y cuando no haya cesado la violación o la amenaza y esta no se haya convertido en irreparable (art. 6.1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus). De aquí que se trate de un proceso informal, sumario y con carácter preferente.⁽²¹⁾

2) La acción Contencioso-Administrativo de la Constitución Peruana de 1979

De acuerdo con la Constitución las acciones de Amparo, de Hábeas Corpus y la Popular, permiten impugnar los actos administrativos y las normas generales (sin rango legal) de los poderes públicos y de todo ante con capacidad de Derecho Público, por violación de la Constitución y de las leyes, ante los órganos jurisdiccionales. De aquí que, si tales acciones operaran y se interpretaran eficaz y expansivamente, es muy posible que el "contencioso-administrativo" como vía de protección de los derechos fundamentales se nos aparezca como vocero dispensable, aunque sí necesario para la tutela de la legalidad administrativa.

Sin embargo, al parecer, tales acciones o vías sólo nos permiten obtener, como vimos, la anulación o desaplicación de determinadas normas al caso concreto (acción popular), o "reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" (artículo 1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus), siempre y cuando no haya cesado la violación o la amenaza y ésta no se haya convertido en irreparable (art. 6.1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus). De aquí que si queremos lograr el restablecimiento de la situación anterior

(19) Citado por PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 477.

(20) PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 477.

(21) *Ibidem.*

cuando haya cesado la violación o la amenaza o estas sean imposibles de restablecer, sólo nos queda pensar en la vía contencioso administrativa (dentro del llamado contencioso de reparación o de plena jurisdicción). De otra parte, sin un contencioso administrativo, podemos quedarnos sin protección de los intereses legítimos y no sólo de los derechos públicos subjetivos, puede dañarse la legalidad y moralidad administrativa, o podrían quedar los ciudadanos inermes frente a los "excesos y desviaciones de poder", tal y como han sido entendidos por la jurisprudencia, sobre todo del Consejo de Estado Francés, etc. ...

El artículo 240 de la Constitución establece: "Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la Administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia".

De su articulado se puede deducir algunas ideas:

- 1) Que la acción contencioso-administrativa que define, corresponde en competencia al Poder Judicial, lo que significa que no se acepta el sistema de organismos administrativos como el Consejo de Estado Francés.
- 2) Que operan frente a cualquier acto o resolución de la administración con minúscula, lo que debiera entenderse que comprende todos los actos o resoluciones (sin excepción) de cualquier Administración descentralizada del Estado y de los entes públicos, sean descentralizados funcional o territorialmente.
- 3) Que para interponer la acción contenciosa debe agotarse previamente la vía administrativa pues el acto o resolución recurridos deben haber causado estado.

Sin embargo, de la normativa constitucional no se puede deducir qué sujetos están legitimados para interponer la acción, si los actos o resoluciones recurridos gozan o no del privilegio de ejecutoriedad o de autotutela ejecutiva y, si tal cosa ocurre, qué medios tenemos para suspender el acto o resolución administrativos impugnados; si cabe o no la acción para proteger intereses legítimos y no exclusivamente derechos subjetivos o constitucionales y legales; si cabe la acción contra la discrecionalidad administrativa y contra el exceso de poder: si hay o no actos excluidos del control (actos de gobierno, etc. ...), si la ejecución de sentencias contra la Administración será efectiva o no, etc. ... Tales preguntas sólo pueden ser respondidas a la vista de la legislación y jurisprudencia que desarrollen el precepto constitucional. De tal desarrollo depende que contencioso administrativo sea un instrumento valioso para la protección de los derechos constitucionales y de la legalidad administrativa, o se convierta en una simple vía de protección privilegiada del Estado y de los entes públicos.

3) *El Ministerio Público*

La Constitución de 1979, prevé una institución con características y atribuciones similares a las del Defensor del Pueblo español o a las de los Ombudsmen escandinavos. Esta institución es el "Ministerio Público" previsto en los artículos 250 y 251 de la Constitución, cuya vigencia, así determinada, supuso la completa separación del antiguo Ministerio Fiscal del Poder Judicial donde antes se encontraba funcionalmente.

Decimos que la institución es similar, por cuanto su organización, prerrogativas, incompatibilidades y nombramiento de sus miembros (art. 251) le asemejan a la institución de origen escandinavo; pero, sobre todo, por cuanto tiene dentro de sus competencias la de "actuar como defensor del pueblo ante la administración pública" (art. 250.4), la de "promover de oficio o a petición de partes la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley" (art. 250.1), la de "velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia" (art. 250.2), la de estar legitimado (su titular, el Fiscal de la Nación) para interponer acción de inconstitucionalidad (art. 299.3) y para interponer recurso extraordinario en casación, en las acciones de Amparo y Hábeas Corpus denegados en la vía judicial (LOTGC), la de poder actuar en las acciones populares, de Amparo y de Hábeas Corpus en la vía judicial (ver Ley de Hábeas Corpus y de Amparo), etc.

Sin embargo, se diferencia de los ombudsmen típicos en que no es, propiamente, un organismo parlamentario (de origen y de consulta del Parlamento) sino más bien un híbrido entre la Administración Pública y el Poder Judicial, con características de ambos (algo así, guardadas las distancias y diferencias, como el Consejo de Estado francés). Tiene atribuciones "judiciales" pero sin que sus decisiones sean obligatorias ni se emitan a través de sentencias a partir de un procedimiento jurisdiccional. Al mismo tiempo, tiene características administrativas, pero sin vinculaciones, propiamente, ejecutivas.

De otra parte, su función de Defensor del Pueblo y de los Derechos ciudadanos, se ejerce al lado de otras funciones de tipo penal, de investigación policial y de asesoría jurídica. Por ejemplo, los incisos 5º y 6º del artículo 250 establecen que le corresponde: "5º Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte. 6º Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla"; además de actuar como parte legitimada en los juicios que corresponda según lo determine la ley.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente.

Por decreto legislativo Nº 52 de fecha 15 de marzo de 1981 el Poder Ejecutivo, con la preceptiva autorización del Congreso Nacional,

sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público, que, por cierto, no deja de ser un contrasentido, pues el "sentido" de las leyes "orgánicas" para diferenciarlas de las demás, es que necesitan una tramitación especial, siempre, en teoría, más complicada que la de las leyes ordinarias; a menos que se entienda lo de "orgánica" por su función "organizar" un ente público. Pero entendemos que cuando el constituyente exigió (como lo hizo en el art. 251 párrafo final) una ley "orgánica" quiso excluirla de la delegación legislativa y de la regulación de los "decretos leyes" (en virtud de el artículo 188). En todo caso, el Decreto Legislativo de referencia establece que el Ministerio Público "es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio para los efectos de defender a la familia, a los menores incapaces y el interés social así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil".(22)

Los órganos del Ministerio Público son el Fiscal de la Nación (superior jerárquico), los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, que son nombrados por el Presidente de la República con la subsecuente ratificación del Senado. Se turnan cada dos años en la Fiscalía de la Nación, que es elegida dentro del seno de los Fiscales ante la Corte Suprema. Los Fiscales ante las Cortes Superiores y los Fiscales Provinciales ante los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción. Sus miembros tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías, les afectan las mismas incompatibilidades, y su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos (art. 251 de la Constitución).

Entendemos como un adelanto institucional el establecer o, más bien, el otorgar a un organismo, con independencia o autonomía del poder ejecutivo principalmente, las funciones de defensor del pueblo o de procurador de los derechos humanos. Sobre todo si la ley que desarrolla los preceptos constitucionales, permite que actúe con verdadera autonomía frente al poder, y, sobre todo, si los titulares del órgano tienen la suficiente convicción para ejercer el pleno de su actividad funcional.

Encontramos peligroso que un organismo reúna tantas atribuciones distintas aunque entrelazadas. Y ello no tanto por la posible concentración de poder en un solo ente, que para estos efectos no nos preocupa, como porque en virtud de la diversidad, no pueda o ne le interese ejercer *todas* con un mínimo de efectividad y seriedad. Ya sólo ejercer como fiscal o instructor en los asuntos penales requiere una dedicación profunda. Si a ello se le agrega su función consultiva respecto de las resoluciones de la Corte, tendremos que su actividad como defensor del pueblo u ombdsman se verá postergada, debilitada o, incluso, hasta olvidada.

Por otra parte, la Constitución no nos permite descubrir cuál es el valor jurídico de sus decisiones, si ellas deben ser conocidas y presentadas al Parlamento o a la opinión pública, etc. De tales posibilidades dependerá

(22) Citado por PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 359.

la utilidad del organismo como defensor del pueblo y de los derechos humanos.

En todo caso, están vigentes las normas constitucionales para ser desarrolladas en toda su plenitud si se tiene la convicción e intención de no dejarlas en letra muerta. Ello dependerá, ciertamente, de la legislación, pero mucho más de sus titulares (los Fiscales) y de las circunstancias políticas y sociales donde les corresponda actuar. Sobre todo, es necesario que el organismo se vincule al Parlamento (no a la mayoría parlamentaria), y colabore con él en la función de *controlar* al Gobierno y a sus titulares y funcionarios (dentro de los cuales, necesariamente, debe incluirse a las fuerzas armadas y policiales) en aras de un más amplio respeto de los derechos humanos.

SUMARIO:

Introducción

- 1) Existencia de un convenio fiscal
- 2) Estatuto de la inversión
- 3) Impuestos concernidos

I. Inversión sin implantación

A) Exportaciones de bienes

- 1) Régimen impositivo:
 - a) En Francia
 - b) En Costa Rica
- 2) Ausencia de penalización del vendedor francés por no inclusión de la IVA en sus precios
 - a) El reembolso del crédito de IVA
 - b) Exención del impuesto sobre salarios
 - c) Reducción del impuesto sobre gastos generales

B) Exportaciones de capital

- 1) Sin retención en origen
- 2) Con retención en origen

C) Exportaciones de servicios

- 1) Retención en origen
- 2) Impuesto sobre el valor añadido

II. Inversión con implantación

A) Inversión indirecta

- 1) Régimen impositivo de derecho común
- 2) Régimen de la "sociedad madre"

B) Inversión directa

- 1) Definición del Establecimiento Permanente según la ley francesa
- 2) Cuatro tipos de figuras impositivas

Conclusión

INTRODUCCION

Puede parecer, a primera vista de poco interés conocer en Costa Rica cuál es el tratamiento reservado por Francia a la inversión francesa en aquel país.

Sin embargo, en realidad resulta de mucho interés para el futuro socio o contratante costarricense, en la negociación con su futuro socio o contratante francés, conocer dicho tratamiento para poder utilizar de la mejor forma posible, a beneficio de los dos protagonistas, las posibilidades que ofrecen ambos derechos: el costarricense, y el francés. También es útil conocer los problemas que debe solucionar su futuro socio o contratante francés para poder resolverlos conjuntamente.

Para poder describir el tratamiento fiscal por Francia de las inversiones en Costa Rica:

- 1º Hay que saber si existe entre ambos países un convenio fiscal para evitar la doble imposición.
- 2º Se tiene que definir el término "inversión" francesa.
- 3º Y delimitar el marco en que se va a desarrollar el presente estudio en cuanto a los impuestos concernidos.

1) *Existencia de un convenio fiscal*

Como no existe convenio fiscal para evitar doble imposición entre Costa Rica y Francia, la inversión francesa va a ser tratada separadamente desde el punto de vista fiscal:

- En primer lugar por la ley fiscal interna costarricense.
- Y en segundo lugar por la ley fiscal interna francesa.

De inmediato se concibe fácilmente que del doble sometimiento de una misma inversión, a dos leyes fiscales, resultan riesgos de doble imposición, y también, afortunadamente, riesgos de no imposición, lo cual es el sueño de todo inversor.

2) Estatuto de la inversión

a) Autorización previa

El actual estatuto de la inversión directa francesa en el extranjero está sometido a la autorización previa de la "Direction du Trésor", del Ministerio de Hacienda, salvo si se trata de una inversión inmobiliaria cuya competencia pertenece a la "Banque de France".

Para la tramitación de la autorización previa se deben indicar todos los datos del inversor, todas las modalidades previstas relacionadas con la inversión en Costa Rica y finalmente los motivos de la inversión, destacando el interés de la inversión para la economía francesa apoyándose sobre un plan de financiación a tres años. El importe de la inversión (capital de una sociedad, dotación de una sucursal, compra de acciones) debe ser transferido por mediación de un banco.

Una vez conseguida la autorización, el inversor francés, por mediación del banco, debe rendir cuentas de su inversión a la Direction du Trésor dentro de los 20 días de su realización, y cada año por medio del envío del balance de la empresa creada, o en la cual tuvo lugar la inversión.

b) Sin autorización previa

Existen excepciones al régimen de solicitud de autorización previa, tales como:

— *Inversiones sin límite de cuantía* que no suponen movimiento de capital de Francia hacia Costa Rica.

* Renovación o prórroga de préstamos, si su otorgación ha sido regular;

* Cesión entre residentes de una participación en el capital de una sociedad extranjera;

* Ampliación de capital de una filial extranjera controlada por accionistas franceses, por incorporación de reservas o beneficios sin distribuir;

— O bien *con límite de cuantía* actualmente fijada en 2.000.000 F por año civil. En este caso habrá que verificar si el inversor francés no se encuentra en uno de los casos de prohibición de este régimen. Por ejemplo:

* Constitución de inversión directa en sociedades holding;

* Constitución de empresa no residente, cuya actividad principal será la adquisición, la construcción o la propiedad de inmuebles, participación en sociedades inmobiliarias;

* Inversión en sociedades no residentes cuya actividad principal es la adquisición o la propiedad de explotaciones agrícolas.

3) Impuestos concernidos

En cuanto a la parte francesa, los impuestos concernidos por el presente estudio son meramente el Impuesto sobre el Valor Añadido, llamado "Taxe sur la Valeur Ajoutée" o IVA, sobre bienes y servicios y el Impuesto sobre la renta de sociedades.

Cuando en el presente estudio se emplea la palabra "inversión", no siempre se trata de la definición estricta de las operaciones sometidas a autorización previa, sino también en un sentido más amplio, de cualquier participación, interés o servicio francés en Costa Rica.

Esta inversión podrá ser generada por motivaciones de naturaleza distinta: inversión económica: como la toma de control de una sociedad existente; o bien inversión financiera por otorgamiento de préstamo o crédito.

Podrá retlizarse por modalidades diferentes tales como la inversión, con o sin implantación, en el país extranjero a Francia.

I. Inversión sin implantación

¿Cómo trata Francia, las exportaciones de Francia hacia Costa Rica? Estas exportaciones suelen estar relacionadas con bienes, capitales o servicios.

A) Exportaciones de bienes:

Analizaremos el régimen fiscal en ambos países. Trataremos de demostrar de qué manera el vendedor francés no está penalizado en su exportación por la ausencia de pago de la TVA por el comprador costarricense.

1) Régimen impositivo:

a) En Francia

Según el principio general de la territorialidad de la imposición, las exportaciones de bienes hacia Costa Rica están exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido con el fin de otorgar una ventaja al comprador costarricense, quien no paga este impuesto, fijado generalmente al tipo de

18,60% a menos que se trate de productos de lujo en cuyo caso el tipo es de 33%.

b) *En Costa Rica*

El comprador costarricense pagará los impuestos o tasas a la importación previstos por su legislación propia, que conoce mejor que nadie, y que actualmente ascienden del 5% al 15% para bienes de capital, y del 10% al 50% para los bienes de consumo, los de lujo tributan desde el 100% al 150%.

2) *Ausencia de penalización del vendedor francés por no inclusión de la TVA en sus precios*

A pesar de la ausencia de pago por el comprador costarricense de la TVA, el vendedor francés, quien la incluye generalmente en sus precios, no va a resultar penalizado por la exportación.

Los motivos son de tres órdenes:

a) *El reembolso de crédito de IVA*

El principio directivo de la TVA consiste en conseguir que un producto determinado, soporte cualquiera que sea el número de transacciones que haya sido necesario realizar, desde su elaboración hasta su consumo, una incidencia fiscal idéntica. Por lo tanto, se distingue de los impuestos que se pagan por cada transmisión ("taxe en cascade"). El mecanismo adoptado para que el tipo de impuesto sea neutro es la *deductibilidad del impuesto debido*, cuando tenga lugar la venta del bien a su comprador, del impuesto que le ha sido facturado por su propio comprador.

Tras este sistema el Ministerio de Hacienda no recibe en total nada más que el impuesto a pagar por el consumidor final, quien por hipótesis no puede facturarle de nuevo a nadie.

De tal manera, que si la TVA almacenada anteriormente fuera inferior a la TVA sin facturar al comprador costarricense por motivo de la exención a la exportación, el comprador francés se encuentra técnicamente en una postura en la que carece de estructura para recuperar la TVA ya pagada. En consecuencia, y para que no esté penalizado por sus exportaciones, podrá solicitar al Ministerio de Hacienda el reembolso de su crédito de TVA.

b) *Exención del impuesto sobre salarios*

De igual manera no estará penalizado el vendedor francés por el principio según el cual, cualquier empresa francesa cuya cifra de negocios

está sometida a más del 90% a la TVA, está exenta del impuesto sobre salarios. Precisamente, la cifra de negocios realizada a la exportación —aunque no sometida a la TVA como hemos visto anteriormente—, estará asimilada, para el cálculo del 90%, a la cifra de negocios sometida a TVA.

c) *Reducción del impuesto sobre gastos generales*

Por último, la realización de negocio a la exportación reduce el impuesto sobre gastos generales de las empresas residentes francesas del tipo del 30% al de 15%.

Todas estas medidas permitirán al comprador costarricense, de bienes franceses, gozar de un arma de negociación en caso de que el vendedor francés trate de considerarse en una situación perjudicada por no poder incluir en sus precios la TVA que de costumbre incluye y recupera.

B) *Exportaciones de capital*

Imaginemos ahora la situación creada por la financiación aportada a una empresa costarricense por una entidad residente francesa por mediación de un préstamo productivo de interés.

Dos situaciones se pueden encontrar, según que exista o no una retención en origen sobre los intereses en el país beneficiario del préstamo.

1) *Sin retención*

No existe por ejemplo, retención en Costa Rica para los pagos de intereses a favor de bancos estatales extranjeros o instituciones financieras de primera categoría tratándose del sector agrícola o industrial.

Se impondrá el interés percibido por el residente francés al impuesto sobre la renta de sociedades (impôt sur les sociétés ou IS) al tipo normal del 50%,^(*) tras deducción de todas las cargas que tenga, incluso los intereses abonados por el mismo para su propia financiación, si ha tenido que recurrir a préstamos.

2) *Con retención*

Existe retención en Costa Rica al tipo del 30% como regla general, o del 10% en ciertos casos.

^(*) Se debe señalar que el tipo del impuesto pasará a ser, con mucha certeza, del 45% a partir del 1º de enero de 1986.

El beneficiario del interés residente francés recibirá el 70% o el 90%, que a su vez soporta el impuesto sobre la renta de sociedades (impôt sur les sociétés o "IS") al 50%.

Evidentemente habrá doble imposición entre los dos países, por falta de Convenio, a menos que, para evitarla, se haya pactado contractualmente entre el prestatario y el beneficiario, una cláusula, si es válida, por la cual el beneficiario costarricense hará frente al importe de la retención.

C) *Exportaciones de servicios*

En el caso de exportaciones de servicios se pueden encontrar dos tipos de problemas. Se trata de:

- La retención en origen y
- Del Impuesto sobre el Valor Añadido.

1) *Retención en origen*

a) *Derecho común*

O bien existe en Costa Rica una retención del 10% para los servicios ordinarios o del 20% para los cánones.

Puesto que no existe con Francia un convenio Fiscal para evitar la doble imposición, Francia por su parte va a imponer el ingreso neto, en este caso el 90%, o el 80% que tributará, como en el caso anterior, al impuesto sobre la renta de sociedades (impôt sur les sociétés "I.S.") al 50%.

b) *Régimen de favor para los cánones de propiedad industrial*

Sin embargo, para aligerar la carga impositiva, Francia ha concebido un régimen de favor del 15%, para los cánones abonados en concepto de propiedad industrial.

La base imponible en Francia, en el supuesto de una retención en Costa Rica del 10 será de 90 que tributará al impuesto del 15%, o sea 13,5.

En total se paga 10 en Costa Rica y 13,5 en Francia.

2) *Impuesto sobre el valor añadido*

O bien habrá que enfrentarse con la tasación por el impuesto sobre el valor añadido del que ya se ha hablado previamente.

a) *Prestaciones inmateriales: exención del impuesto*

Sin embargo, el legislador francés ha previsto un régimen impositivo especial para las prestaciones llamadas "inmateriales", cuando el prestatario es residente francés y el beneficiario residente en un país ajeno a la Comunidad Económica Europea.

Descritas en el artículo 259 B del Código General de Impuestos francés, las prestaciones esenciales son: las cesiones o concesiones de derecho de autor, de patentes, de derechos de licencia de marcas o derechos similares, las prestaciones de publicidad (no de promoción) las prestaciones de consejeros, ingenieros, expertos contables, el tratamiento de datos y suministro de información, operaciones bancarias y financieras, seguro y reaseguro, puesta a disposición de personal, prestaciones de intermediarios que intervienen en el suministro de tales prestaciones "inmateriales".

b) *Pago del impuesto*

Si no obstante el servicio no entra en la relación de prestaciones "inmateriales", el prestatario residente francés tendrá que facturar la TVA al beneficiario costarricense.

En consecuencia, este último deberá pagar el servicio considerado como "material" con un precio aumentado del 18,60%.

c) *Las "casas extranjeras": devolución del impuesto*

A pesar de este principio el beneficiario costarricense, del servicio debe saber que puede conseguir de las autoridades fiscales el reembolso de la TVA en casos determinados de acuerdo con la teoría de las "casas extranjeras".

Será el caso cuando realiza exportaciones de productos con condiciones jurídicas de entrega de dichos productos fuera de Francia (es decir fuera del país de destino). Los servicios prestados deberán tener una relación con la venta de productos.

Este régimen restrictivo de reembolso, afortunadamente, va a desaparecer cuando sea promulgada la Directiva Nº 13 editada por la Comunidad Económica Europea. Se supone que en estos casos el reembolso a favor del no residente francés será por entonces automático.

II. *Inversión con implantación*

La inversión francesa en Costa Rica podrá también dar lugar a una verdadera implantación en el país.

De manera general se puede hacer resaltar que Francia otorga incentivos para que las empresas francesas se instalen en el extranjero.

Las empresas, tanto industriales como las comerciales, pueden hacer unas provisiones en contabilidad y en franquicia de impuesto para su implantación. La provisión comercial se realiza sobre la totalidad de las cantidades invertidas en capital durante los cinco primeros años de explotación. Sin embargo, a tal fin, se necesita conseguir el acuerdo previo del Ministerio de Hacienda. Si el Ministerio no presenta ninguna objeción dentro de los dos meses, el acuerdo se considera como conseguido tácitamente.

En cuanto a las implantaciones industriales, la provisión cubre la mitad de las cantidades invertidas durante los cinco primeros años, siendo necesario el acuerdo expreso de la administración francesa.

Una vez contabilizada la provisión admitida, se deben reintegrar las cantidades, por partes iguales, del sexto al onceavo año sobre los beneficios realizados.

La implantación en el extranjero puede ser indirecta o directa.

A) *Inversión indirecta*

Se define la inversión indirecta como la creación de una filial en Costa Rica del inversor francés.

¿Cuál será la imposición por Francia de la repatriación de dividendos de la filial?

A propósito de ésta no se observa en el presente estudio la imposición en Costa Rica de los beneficios de la filial, dada la pantalla que constituye la personalidad jurídica independiente de la filial. El problema queda circunscrito a la rúbrica: dividendos, puesto que las rúbricas: intereses y cánones están tratadas de la misma manera, ya sean pagados por una filial o por una sociedad independiente (ver I, B y C).

a) *Régimen impositivo de derecho común*

Costa Rica va a aplicar a estos dividendos una retención del 15%. Sin embargo, Costa Rica en su propia legislación tiene en cuenta el tratamiento de los dividendos hechos en el país extranjero. Puede hasta eximirse de la retención si se demuestra que el beneficiario de los dividendos no recibe en su país un crédito equivalente a la retención en origen ya realizada en Costa Rica.

En ausencia de Convenio para evitar la doble imposición, Francia no otorga ningún crédito de impuesto, por lo tanto Costa Rica, según su legislación propia renunciará a su retención.

Un dividendo de 100 distribuido por una sociedad costarricense tributará en Francia al impuesto sobre la renta de sociedades al tipo de 50%, dejando al inversor francés después del pago del impuesto un beneficio neto igual al 50% del dividendo bruto.

Si el beneficiario no puede beneficiar del régimen de favor de la sociedad madre el beneficio tributará por su integridad al 50% : $85 \times 50\% = 42,5$.

La carga fiscal total se establece de la manera siguiente: 15 en Costa Rica y 42,5 en Francia = 57,5.

b) *Régimen de la "sociedad madre"*

Pero tal no es el tratamiento definitivo del problema por Francia, puesto que existe el régimen de las "sociedades madres". Son las que ostentan por lo menos el 10% de una filial en el extranjero. Para ellas se impondrá nada más el 5% del importe neto de los dividendos.

Tomemos un ejemplo:

El dividendo de 100 menos una retención que se supone del 15% produce un beneficio repatriable de 85.

Este beneficio se impondrá en Francia sin crédito de impuesto ya que no existe convenio para evitar la doble imposición.

La base imponible de este beneficio tributará nada más por el 5%, o sea 4,25, que tributará al tipo de 50% del impuesto sobre la renta de sociedades, o sea que el tipo de imposición será del 2,125%.

La carga fiscal total se establece en este último caso de la manera siguiente: 15 en Costa Rica más 2,125% en Francia = 17,125%.

B) *Inversión directa*

1) *Definición del establecimiento permanente según la ley francesa*

Finalmente, la sociedad francesa puede actuar directamente en el extranjero por mediación de un establecimiento permanente. Su definición siempre es delicada de determinar y por lo tanto se suele más bien dar una relación de ejemplos que una definición. Comprende:

- Una sede de dirección,
- Una sucursal,
- Un despacho,
- Una fábrica,
- Un taller,
- Una mina,
- Una obra de construcción o de montaje cuya duración sobrepasa doce meses

Al contrario, no se considera como establecimiento permanente:

- Una instalación con el fin de almacenar, exponer o entregar o recoger informaciones para la empresa;
- Una instalación de negocios utilizada para comprar mercancía o recoger informaciones para la empresa;
- Una instalación fija de negocios con el único motivo de realizar publicidad, proporcionar informaciones, realizar investigaciones científicas o actividades similares, siempre y cuando tengan un carácter exclusivamente preparatorio o auxiliar a otras actividades;
- La realización de operaciones por medio de un corredor, un comisionista o cualquier otro mediador que goce de un estatuto independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

Es necesario tener en cuenta que si hay una persona distinta del agente independiente que tenga y ejerza habitualmente en Costa Rica poderes para concluir contratos en nombre de la empresa francesa, constituye de por sí un establecimiento permanente, a menos que sus actividades se limiten a la compra de bienes o mercancías para la empresa.

Se usa muy a menudo la forma del establecimiento no permanente al principio del lanzamiento de una sociedad en el extranjero para tener un perfecto conocimiento del mercado y de los usos del país. Se puede decidir que se hará por tiempo determinado.

Según la ley fiscal francesa tributan en Francia las empresas explotadas en Francia.

¿Qué quiere decir "explotadas" y por ejemplo, en qué categoría entrarán los establecimientos permanentes creados por empresas francesas?

De la jurisprudencia administrativa existente se pueden resumir cuatro criterios, habitualmente destacados por los tribunales para que se considere la existencia del establecimiento permanente que atraiga por su naturaleza la consecuencia de no tributar en Francia. (*)

- 1º El ejercicio habitual de una actividad destacable de la actividad desarrollada en Francia, mejor dicho, el ciclo completo de operaciones realizadas fuera de Francia.
- 2º La importancia y la continuidad de las obras realizadas en el extranjero.
- 3º La autonomía de las operaciones realizadas fuera de Francia en relación con las de la sede social.
- 4º Lo efectivamente realizado en el extranjero comparado con lo que se supone es realizado en el extranjero.

2) Cuatro tipos de figuras impositivas

Se encontrarán entre ambos países cuatro tipos de figuras impositivas para los beneficios generados por el establecimiento francés sito en Costa Rica.

- a) Francia va a considerar que se trata de un establecimiento permanente; por lo tanto no tributará en Francia.

Costa Rica va a considerar que no es establecimiento permanente; por lo tanto no tributará en Costa Rica.

Por consiguiente, estarán exentos de cualquier imposición los beneficios generados por el establecimiento, situación evidentemente excepcional.

- b) Francia va a considerar que no se trata de un establecimiento permanente, por lo tanto lo impondrá en Francia con los beneficios de la sociedad madre.

Costa Rica va a considerar que es un establecimiento permanente, por lo tanto lo impondrá en Costa Rica.

El beneficiario tributará dos veces en cada uno de los países por falta de convenio para evitar la doble imposición?

(*) Jean Pierre LE GALL. *Fiscalité et Exportation. Politiques et Pratiques* Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 20 rue Soufflot 75005 Paris, 1984.

c) Francia va a considerar que no se trata de un establecimiento permanente; por lo tanto se impondrá en Francia.

Costa Rica va a considerar que no se trata de establecimiento permanente, por lo tanto no lo impondrá en Costa Rica.

Por consiguiente, los beneficios tributarán exclusivamente en Francia.

d) Francia va a considerar que es un establecimiento permanente; por lo tanto no se impondrá en Francia.

Costa Rica va a considerar que es un establecimiento permanente; por lo tanto se impondrá en Costa Rica.

En este último caso los beneficios tributarán exclusivamente en Costa Rica.

CONCLUSION

Al final de este estudio fiscal sobre las inversiones francesas en Costa Rica aparecen diversos problemas posibles:

- En caso de exportaciones de servicios considerados como no "inmateriales", el impuesto sobre el valor añadido, no podrá ser reembolsado al exportador francés.
- Se debe subrayar sin embargo, que son raros los casos de servicios que no se puedan considerar como "inmateriales".
- En caso de implantación directa cuando surge la situación de doble imposición.

En conclusión, se puede sugerir la necesidad de concluir entre ambos países un convenio para evitar la doble imposición.

DERECHO Y DEUDA EXTERNA(*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo
y de Derecho Público
Miembro del Instituto de Investigaciones
Jurídicas

(*) Ponencia al Congreso "Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano" auspiciado por el Colegio de Abogados de Lima y ASSLA, celebrado del 5 al 7 de setiembre de 1988 en Lima.

(*) Documento presentado al panel sobre deuda externa del IV Curso interdisciplinario en derechos humanos, promovido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos durante los días del 16 al 26 de agosto de 1988, en San José, Costa Rica.

SUMARIO

Siglas más usadas

Resumen

- I. *Introducción*
- II. *Derecho y deuda externa*
- III. *Algunos principios básicos de carácter jurídico que regulan el problema de la deuda externa*
 1. Excesiva onerosidad sobreviniente
 2. Efectos de la onerosidad sobreviniente
 3. Principios del derecho internacional
- IV. *Posición de la Iglesia Católica*
 1. Pago de la deuda *versus* desarrollo
 2. Solidaridad
 3. Corresponsabilidad
 4. Contratos internacionales y dictadura económica
- V. *Varios aspectos recientes de la deuda externa*
- VI. *Declaración de Brasilia (1987)*
- VII. *La "fatiga" de la deuda. Nuevas propuestas*
 1. Peter Kenen y Félix Rohatyn
 2. Bill Bradley
 3. Alfred Herrhausen
 4. John LaFalce
 5. Jeffrey Sachs
 6. Caso de México
- VIII. *Solución política*
- IX. *A modo de conclusión*
- X. *Bibliografía básica de referencia*

Siglas más usadas:

UCR	Universidad de Costa Rica
CEPAL	Comisión Económica para la América Latina
CSUCA	Consejo Superior Universitario de Centro América
SJ	San José
UACA	Universidad Autónoma de Centro América
CR	Costa Rica
CE	Ciencias Económicas
CS	Ciencias Sociales
ESC	Estudios Sociales Centroamericanos
FMI	Fondo Monetario Internacional
ASSLA	Associazione di Studi Sociali Latinoamericani
CFE	Fondo de Cultura Económica

Resumen

Este trabajo plantea varios aspectos recientes en el problema de la deuda externa.

La solución política es la que parece viable, dado que las respuestas puramente financieras y económicas no han funcionado adecuadamente.

También la Iglesia Católica ha puesto sus puntos de vista acerca de esta temática, mediante el documento de la comisión vaticana Justicia y Paz.

Tal y como se presenta el punto relativo al servicio de la deuda, los países endeudados no pueden pagar esos compromisos, ya que nadie está obligado a lo imposible.

Lo anterior implica que esas obligaciones sufrirán variaciones, pero no que dejarán de atenderse.

La solidaridad y la corresponsabilidad de los deudores con los acreedores, los llevará a concebir soluciones conjuntamente.

I. Introducción

Los países endeudados tratan de hacerle frente a sus obligaciones internacionales, pero la pobreza creciente de sus pueblos y los graves problemas económicos que padecen los ponen en una situación muy difícil. Esto lo han captado los países acreedores; sin embargo, todavía, no se han elaborado mecanismos que tengan una plena funcionalidad y operatividad de cara a este problema de economía internacional y de sobrevivencia para las naciones empobrecidas.

Pero, no solo se trata de un asunto de política entre naciones ricas y empobrecidas, con las facetas económicas serias que ello plantea y su impacto en el derecho internacional. En juego están millones de seres humanos que viven en la miseria y cuyos gobiernos son incapaces de pagar la deuda con el sacrificio aun mayor de sus pueblos.

II. Derecho y deuda externa

Las relaciones internacionales no están regidas por la fuerza o la presión militar en forma absoluta. Le corresponde al derecho, como instrumento de paz y de justicia entre las naciones, colaborar con decisión en la solución al problema de la deuda externa.

Así, la salida a este problema es política y expresada en normas jurídicas.

III. Algunos principios básicos de carácter jurídico que regulan el problema de la deuda externa

Se pueden indicar algunos principios generales de derecho que pueden ser aplicables a la visualización del problema de la deuda externa.⁽¹⁾

(1) Cf. Pérez Vargas, Víctor. *La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana*. (Lima: ponencia al Congreso "Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano" auspiciado por el Colegio de Abogados de Lima y ASSLA. 5 al 7 de setiembre de 1988, *in toto*).

Entre ellos los siguientes:

1. Excesiva onerosidad sobreviniente

Este supuesto se da en contratos a largo plazo, de ejecución periódica, continuada o diferida, en los cuales entre el momento de la estipulación y el de la ejecución de la prestación, ésta se hace o se torna excesivamente gravosa.

Tal onerosidad, debe ser sobreviniente y dependiente de hechos extraordinarios.

También se acepta que tal onerosidad o carga contractual extraordinaria llega al extremo de poner en peligro la estabilidad y la existencia misma del obligado (en este caso, los países deudores).

2. Efectos de la onerosidad sobreviniente

La onerosidad sobreviniente puede dar lugar a una variedad de consecuencias, entre ellas las que ahora se enumeran:

a) Nadie está obligado a lo imposible

Los antiguos romanos tenían varias frases, que constituían principios generales del derecho, aforismos o apotegmas jurídicos.

i. *Ad impossibilia nemo tenetur*

Lo imposible, no obliga.

ii. *Impossibilitum nulla obligatio est*

Es nula la obligación de cosas imposibles.

iii. *Ultra posse nemo obligatur*

No obliga lo que excede de lo posible.

De acuerdo con lo anterior, los países deudores no pueden cumplir con el pago de la deuda externa, debido a la excesiva onerosidad sobreviniente.

Tales brocados, apotegmas o aforismos jurídicos constituyen principios generales de derecho avalados por el desarrollo histórico de la racionalidad y de la lógica jurídica occidental.

b) Terminación del contrato o de la obligación

Debido a que la obligación se torna de imposible cumplimiento por parte del deudor, el contrato se resuelve, es decir, se termina; no, de una manera normal (cumplimiento del mismo), sino todo lo contrario.

Esa ruptura del convenio puede darse en virtud de que ocurran estas circunstancias:

- i. Excesiva onerosidad
- ii. Imposibilidad de cumplimiento
- iii. Revocación

En el contexto del problema de la deuda externa lo que ha acontecido es que los convenios de las obligaciones se han roto en perjuicio directo e inmediato de los países deudores, que con el peso de la atención al pago de la deuda externa ven amenazada la vida de sus pobladores y la existencia misma de la sociedad. Evitar que esto suceda tiene una prioridad indiscutible.

Ello significa que las obligaciones de la deuda externa deben renegociarse de acuerdo a las condiciones reales de pago de los países deudores dentro de una óptica política.

c) "*Pacta sunt servanda*" versus "*rebus sic stantibus*"

El principio jurídico *pacta sunt servanda* expresa que los contratos deben cumplirse de acuerdo a lo que originalmente se convino.

Por su parte, el principio legal *rebus sic stantibus* indica que lo pactado en sus inicios puede sufrir variaciones de acuerdo a las circunstancias que han afectado el convenio.

En este contexto, los acreedores presionan para que se respete el principio *pacta sunt servanda*, lo cual se manifiesta en la dureza del FMI y las presiones que recibe —principalmente— de la banca comercial privada.

Desde su óptica, los países deudores esgrimen el argumento del *rebus sic stantibus*, a su favor.

Lógicamente, se trata de sujetos derecho diferentes y en una relación inequitativa, ya que los países ricos son más fuertes que los países empobrecidos.

En el marco internacional debe prevalecer la fuerza del derecho; y, de ninguna manera, el derecho de la fuerza.

Nadie puede dudar que el problema de la deuda externa deberá resolverse por la vía del derecho internacional.

d) *Los desequilibrios rompen el contrato*

Precisamente, cuando los desequilibrios y las circunstancias onerosas o gravosas afectan el cumplimiento de las obligaciones, éstas se convierten en nulas al tenor de su pacto inicial. Debiéndose negociar de nuevo en el marco de las actuales situaciones contractuales.

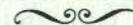
Tal ruptura negocial se da en vista de que el deudor está en una situación en la cual no puede cumplir con lo originalmente pactado.

3) *Principios del derecho internacional*

El derecho que regula las relaciones entre las naciones, está anclado en las ideas —fuerza de solidaridad, respeto mutuo, responsabilidad y ayuda recíproca.

Tales principios están insertos en la Carta de Naciones Unidas y en los innumerables instrumentos legales ratificados por la Asamblea de la ONU.

De lo que se trata es de hacer valer esos principios y Tratados Internacionales. Fundamentalmente, el relativo al respeto al destino y soberanía de cada pueblo. No es nada conveniente que los países deudores estén siendo administrados por los organismos financieros internacionales; y, por cuenta y riesgo de las naciones subdesarrolladas.



IV. *Posición de la iglesia católica*

La Comisión de Justicia y Paz del Vaticano elaboró un documento el 27 de enero de 1986 acerca de una consideración ética de la deuda internacional.⁽²⁾

1. *Pago de la deuda versus desarrollo*

Existe un círculo vicioso en este asunto de la deuda externa, pues los países empobrecidos para darle atención al servicio de la deuda, tienen que desviar importantes recursos financieros hacia los países ricos, dejando la tarea vital del desarrollo económico y social postergada.

De este modo, el pago de la deuda significa para los países del Tercer Mundo una renuncia grave al desarrollo socio-económico y el aumento de la pobreza para esos pueblos subdesarrollados.

2. *Solidaridad*

Debe existir solidaridad entre los países deudores y las naciones acreedoras.

En el contexto de las relaciones internacionales, los países ricos no deben aprovecharse de su posición para subordinar más a los países del

(2) Vid. revista "*Mundo Actual*" N° 1, 1988, págs. 44 a 65. (San José: UACA, Colegio Andrés Bello).

Tercer Mundo, sino que se deben desarrollar nuevas formas de solidaridad en el mundo.

3. Corresponsabilidad

Por el origen mismo de la deuda externa: *colocación* irresponsable de los recursos financieros generados por los altos precios del petróleo (petrodólares), en los países subdesarrollados para gastos militares y controlados por el Ejército, en aquellos países con dictadura militar; y, en otros con una fuerte oligarquía política y económica, la deuda externa así contraída implica una corresponsabilidad de las naciones ricas, pues éstas sabían a qué lugares iban esos petrodólares y que los deudores no eran solventes.

Lo anterior a nivel de las *causas externas* del endeudamiento de los países empobrecidos.

En lo que atañe a la dimensión de las *causas internas*, en los países del Tercer Mundo, los recursos financieros provenientes de la deuda se gastaron en equipo bélico, logística paramilitar, fuga de capitales hacia los Centros y enriquecimiento aún mayor de las cúpulas de poder en estos países de pobreza creciente. Y, por supuesto, también, para pagar los intereses usurarios ("intereses revolucionarios") de la "deuda".



V. Varios aspectos recientes de la deuda

En este cuadro, los organismos financieros internacionales como las empresas multinacionales, deben colaborar —responsablemente— en la solución al problema de la deuda externa.

4. Contratos internacionales y dictadura económica

Paulo VI señaló que las relaciones económicas internacionales no pueden seguir descansando en los principios de la libertad de mercado y del liberalismo económico.⁽³⁾

Evidentemente no hay igualdad real entre los países ricos y los países del Tercer Mundo. La desigualdad militar, tecnológica, política, financiera, etc., es palpable.

(3) Cf. Paulo VI. Encíclica *Populorum Progressio* (26 de marzo de 1967, aparte sobre la "Equidad en las relaciones comerciales").

Si las naciones ricas actúan sobre los pueblos del Tercer Mundo con toda su fuerza y peso, lo que se da es una dictadura de todo orden, incluyendo la económica. De ahí, que se haga necesario reactivar el crecimiento, reducir el proteccionismo, rebajar las tasas de interés, valorizar las materias primas, todo esto parece corresponder hoy a la responsabilidad de los países industrializados a fin de cooperar a "un desarrollo solidario de la humanidad" (Paulo VI).

Tanto la economía en general, como las políticas económicas concretas, deben estar al servicio del hombre; y, de ninguna manera al revés.

Ya en anteriores investigaciones nos habíamos referido al problema de la deuda.⁽⁴⁾ A ellos nos remitimos como antecedentes de este nuevo trabajo.

En lo que atañe a este apartado podemos decir lo siguiente:

1. Parte de la estrategia a seguir consiste en que Costa Rica, al igual que los demás países endeudados, atienda los pagos de la deuda (intereses más el principal) sólo en la medida en que su crecimiento económico (que es prioritario) se lo permita.
2. La modalidad de refinanciamiento y renegociación que se están usando es ilógica y nos perjudica: se reciben nuevos préstamos para pagar los intereses sobre intereses de la deuda ("atender el servicio de la deuda").
3. Los pagos para atender el servicio de la deuda, se hacen con ingresos de capital y *no* con ingresos derivados de *exportaciones* de nuestro país.
4. Se está "amontonando" (aglomerando) deuda sobre deuda, con pago de tasas de interés cada vez más altas. Esto significa agravar seriamente el problema de la deuda.
5. La práctica seguida nos informa que las renegociaciones son continuas, debido a que los procesos de endeudamiento y renegociación son permanentes. Todo esto impide la elaboración y ejecución de una política económica interna.⁽⁵⁾

(4) Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *Deuda externa: otra cara de la crisis*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59, 1988) y *Estado social y democrático de derecho ante la crisis*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1988).

(5) Cf. Rodríguez, Adrián. *La deuda pública externa de Costa Rica: crecimiento, moratoria y renegociación*. (San José: Revista de Ciencias Económicas, segundo semestre de 1987, págs. 30 a 33) y *El endeudamiento público externo de Costa Rica: 1970-1985*. (San José: Revista de Estudios Centroamericanos, N° 45, 1987, págs. 121 a 140).

6. Debe reconocerse que existen diferencias entre los países acreedores y los países deudores, no solo al interior del conjunto de naciones ricas y empobrecidas, sino —por supuesto— que comparando los bloques de naciones del *Centro* y de la *Periferia* (CEPAL).
7. Se está tratando de romper la *condicionalidad cruzada*, en la estrategia de las renegociaciones debido a la dinámica propia de éstas.
8. Tal y como está planteada la deuda externa NO se puede pagar (Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica).⁽⁶⁾
9. La *Conferencia de Toronto* (19 al 21 de junio de 1988) mostró la incapacidad y la ausencia de voluntad política de los países ricos para proponer soluciones eficaces al problema de la deuda externa.⁽⁷⁾
10. La reactivación económica en Costa Rica está aplazada para dentro de cuatro o cinco años. Y ello es así, según el Ministro de Hacienda, porque primero se debe consolidar el programa de ajuste estructural,⁽⁸⁾ lo cual es un aspecto de la política económica global de muy difícil cumplimiento. Así es que, en la realidad, aquella reactivación económica queda postergada por una década más, lo cual significa mayor pobreza para el pueblo costarricense.
11. Los hechos demuestran que el *ajuste estructural* ha fracasado en los países en que se ha pretendido llevarlo a cabo. Y, cabalmente, en nuestra nación, el fracaso también es una realidad y una fuente de desequilibrio político sumamente peligroso, porque lo que ha significado es aumento de la pobreza en el país.⁽⁹⁾
12. El FMI mantiene una tesis monetarista y una posición influenciada fuertemente por la banca privada comercial, ya que tiene que hacer lo de siempre y sin complacencias.⁽¹⁰⁾
13. Según el Ministro de Hacienda el FMI está satisfecho con nuestro país, en cuanto a su política económica, sin embargo el pueblo no lo está pues sufre una devaluación constante de su moneda, la in-

(6) Cf. Declaraciones del Lic. Rodrigo Madrigal Nieto publicadas en *La Nación* del 26 de julio de 1986, p. 6-A.

(7) Cf. *La República*, 27 de julio de 1988, suplemento "Mundo de los negocios", p. 4.

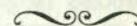
(8) Cf. Declaraciones del Dr. Fernando Naranjo, *La Nación*, 25 de julio de 1988, pág. 4-A.

(9) Cf. Camdessus, Michel, director-gerente del FMI. (*La República*, 11 de mayo de 1988, pág. 13 y suplemento "Mundo de los negocios" del 10 de agosto de 1988, pág. 4).

(10) *Idem*.

flación continúa y la polarización de clases sociales se hace cada vez más evidente.⁽¹¹⁾

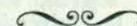
El panorama que se le presenta a los países empobrecidos es muy oscuro, ya que las naciones ricas, sus organismos y su banca ven en la deuda un gran negocio; al igual que sus socios menores: las cúpulas de poder de América Latina.⁽¹²⁾



VI. Declaración de Brasilia (1987)

En el año de 1987 se reunió en Brasilia la Asamblea Parlamentaria Latinoamericana, la cual expresó lo que consigna acerca del tema de la deuda externa:⁽¹³⁾

1. El problema de la deuda externa traspasó la frontera del hecho económico para constituirse en una situación política grave y sin precedentes en la historia de las relaciones entre los pueblos.
2. Los resultados de la deuda externa han mostrado que América Latina desarrolló en forma dramática su propio subdesarrollo.
3. La reducción de los gastos militares de los países desarrollados debe ser una importante colaboración para la paz mundial como también una contribución al desarrollo de los países del Tercer Mundo.
4. La solución del problema de la deuda externa es condición necesaria, pero no suficiente para alcanzar el desarrollo económico y social de la región. Asimismo, es necesario transformar el orden económico internacional que gestó la actual crisis.
5. Debe existir solidaridad entre los países latinoamericanos frente al problema de la deuda y así iniciar una acción conjunta.
6. Se deben definir pautas conjuntas de negociación de la deuda y efectuar acciones concretas en cada uno de los países con el objeto de dar soluciones a este serio problema.



(11) Cf. *La República*, 14 de agosto de 1988, pág. 4.

(12) Cf. Hinkelammert, Franz. *La deuda externa de América Latina*. (San José: DEI, 1988, pág. 102).

(13) Cf. *Revista Nueva Sociedad*, N° 95. (Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1988, págs. 83 y 84).

VII. La "fatiga" de la deuda. Nuevas propuestas

Desde 1981 (año en que se abre la discusión sobre la deuda y nuestro país se declara en mora con la comunidad financiera internacional) se han tratado de poner en ejecución respuestas reales al endeudamiento externo. Sin embargo, las respuestas no han servido, dándose así una *fatiga* en la búsqueda de nuevas soluciones.

En la formación de este proceso fatigoso, también se han elaborado *mitos*. Entre ellos, destaca aquel que pregoniza que los problemas sociales y económicos de América Latina, se debe a la deuda externa.⁽¹⁴⁾

Aún dentro de este cuadro de *fatiga*, se han propuesto nuevas soluciones a este problema, entre ellas, las que seguidamente se enumeran:

1. Peter Kenen (economista de la Universidad de Princeton) y Félix Rohatyn (banquero estadounidense):

Su propuesta consiste en que se estructure una agencia internacional que se haga responsable de los adeudos pagaderos a los bancos comerciales y se hiciera cargo de arreglar con los países deudores las condiciones del reembolso.

2. Bill Bradley (senador estadounidense):

Esta tesis consiste en que los acreedores deben dar un plazo de 3 años a los países deudores, en el cual las tasas de interés serían aliviadas.

3. Alfred Herrhausen (banquero del Deutsche Bank de la República Federal de Alemania):

Su idea reside en que se debe crear un fondo de compensación de intereses para estabilizar y limitar los pagos de intereses de los países deudores elegibles. Este programa lo administraría el FMI.

4. John LaFalce (miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos):

Este político considera que se debe crear un instrumento internacional para el ajuste de las deudas, por el cual se comprarían los préstamos de un país, en un mercado secundario, a precio de descuento.

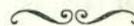
5. Jeffrey Sachs (profesor de la Universidad de Harvard):

Este académico propuso que los deudores participen en un programa de ajuste internacional supervisado, de acuerdo con el cual los nuevos adeudos se llamarían bonos u otros instrumentos negociables.

(14) Cf. Pazos, Luis. *Los mitos de la deuda*. (Revista *Visión* del 4 de abril de 1988, pág. 30).

6. Caso de México:

En este año de 1988, México está tratando de poner en práctica un mecanismo de solución respecto de su deuda externa. Esta operación de vender la deuda mediante bonos, con el respaldo del Tesoro de los Estados Unidos, es una de las últimas propuestas para solucionar la temática de la deuda externa.⁽¹⁵⁾



VIII. Solución política

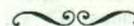
La solución al problema de la deuda externa es política, en mucho mayor grado que económica o técnico financiera.

Los países ricos, a pesar de su fuerza y su poder mundial no pueden estrangular de lleno y de plano a los pueblos subdesarrollados del Orbe.

De ahí que han convertido un problema en un negocio. El negocio de la deuda externa. Pero, también el tratamiento comercial de esta deuda, requiere de elementos políticos indudables.

Ya se están intentando soluciones más políticas que económicas, como lo esboza la última renegociación de México y de Costa Rica, que rompe (un poco) con el rígido esquema del FMI de la *condicionalidad cruzada*, por ejemplo.

De hecho, también los *Centros* necesitan de la *Periferia*. Hay una interdependencia a nivel mundial, aunque es un hecho público y notorio que el *Poder* lo tienen las naciones industrializadas, estando en una situación subordinada los países empobrecidos.



IX. A modo de conclusión

La deuda externa de América Latina constituye un gravísimo problema cuya solución está por encontrarse.

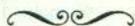
Al interior de cada país latinoamericano, la polarización social se ha incrementado y la pobreza hace estragos.

Ante este panorama de empobrecimiento, en varios países, los militares mantienen su poder por las armas, siendo la democracia efectiva una utopía.

(15) Cf. "La fatiga de la deuda": la búsqueda de soluciones innovadoras. (Washington. *Perspectivas Económicas*, USIS, N° 162, 1988, págs. 2 a 4) y revista *Visión* del 25 de enero de 1988, pág. 32).

Sin embargo, se espera que el derecho internacional sea el instrumento que logre una solución en paz y con justicia.

La violación a los derechos humanos se mantiene en América Latina no solo por la gestión directa de gobiernos de este subcontinente, sino además, por la presión que hacen las naciones ricas contra estos pueblos subdesarrollados para que atiendan la deuda externa, a expensas de la miseria de naciones empobrecidas.



X. Bibliografía de referencia

CEPAL. *Políticas de ajuste y renegociación de la deuda externa en América Latina*. (Santiago de Chile: cuaderno N° 48, 1984).

Los bancos transnacionales y el endeudamiento externo en la Argentina. (Santiago de Chile: cuaderno N° 56, 1987).

Paulo VI. *Encíclica Populorum Progressio*. (Madrid: BAC, 1974).

PAZOS, Luis. *Los mitos de la deuda*. (Bogotá: Revista *Visión*, 4, IV, 1988).

PEREZ VARGAS, Víctor. *La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa*. (Lima: ponencia al Congreso "Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano", auspiciado por el Colegio de Abogados de Lima y ASSLA, 5 al 7, X, 1988).

RODRIGUEZ, Adrián. *La deuda pública externa de Costa Rica: crecimiento, moratoria, y renegociación*. (San José: Revista de Ciencias Económicas, UCR, N° del segundo semestre de 1987).

El endeudamiento externo de Costa Rica: 1970-1985. (San José: Revista de Estudios Sociales Centroamericanos N° 45, 1987, CSUCA).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Deuda externa: otra cara de la crisis*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59, 1988).

Estado social y democrático de derecho ante la crisis. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1988).

Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982).

ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. (Barcelona: Ariel, 1966).

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho internacional público*. (México: CFE, 1973).

Vaticano. *Consideraciones éticas de la deuda internacional*. (San José: Revista "Mundo Actual" N° 1, 1988).

WIONCZEK, Miguel. *La crisis de la deuda externa en América Latina*. (México: CFE, 1967, dos tomos).

* * *

Revistas:

Mundo Actual. San José, UACA, Colegio Andrés Bello.

CEPAL. Santiago de Chile.

Ciencias Económicas. San José: UCR.

Estudios Sociales Centroamericanos. San José: CSUCA.

Ciencias Jurídicas. San José: UCR, Colegio de Abogados.

Ciencias Sociales. San José, UCR.

Perspectivas Económicas. Washington: USIS.

Nueva Sociedad. Caracas: Ed. Nueva Sociedad.

Tribuna Económica. San José: Ed. Tribuna Económica.

Comercio Exterior. México: Banco Nacional de Comercio Exterior.

Actualidad Económica. San José: Cámara de Comercio.

Aportes. San José: Ed. Aportes.

* * *

Periódicos:

La Nación. San José.

La República. San José.

La Prensa Libre. San José.

* * *

Semanario:

Universidad. San José, Universidad de Costa Rica.

INDICE

	Pág.
Presentación	9
<i>Ensayos:</i>	
Los deberes del perito. <i>Dr. Carlos Machado</i>	11
Importancia del estudio del Derecho Procesal Civil. <i>Dra. María Antonieta Sáenz E.</i>	21
La asunción de la deuda ajena en nuestro derecho positivo, con especial énfasis en la sucesión a título particular en el débito y en la relación subjetiva pasiva. <i>Dr. Gastón Certad M.</i>	33
En torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. <i>Dr. Daniel Zovatto G.</i>	67
Función jurisdiccional y mecanismos de protección de los Derechos Humanos en el Perú. <i>Dr. Rodolfo Piza R.</i>	97

Pág.

Tratamiento fiscal en Francia de las inversiones francesas en Costa Rica.

Dra. Isabel Zivy 119

Derecho y deuda externa.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez 133

Reseña bibliográfica:

El incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial.

Jer p 149

INDICE

Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.

Apartado 75-1000 Tibás