

Revista de Ciencias Jurídicas  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Colegio de Abogados  
N° 53 - Cuatrimestral  
Mayo - agosto - 1985 - 144 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

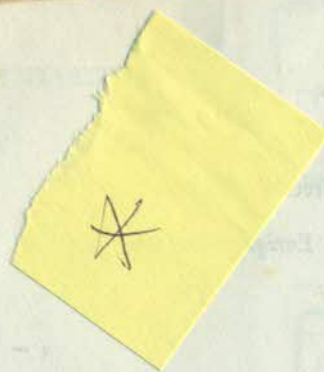
Impreso en Costa Rica.

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



COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Lic. Gerardo Morales Valverde

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Lic. Luis Fernando Solano Carrera (Decano)

Dr. Víctor Pérez

Dr. Rodrigo Barahona

REV 159903

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD FACULTAD

COLEGIO D

REV

CIENCIAS



SAN JOSE

MAYO

1

Devolva este libro en la última fecha indicada  
BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

"SALE POR 8 DIAS"



JURIDICAS

"SALE POR 8 DIAS"

**JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS**

**1984**

Presidente:

Dr. William Muñoz Céspedes

Vice-Presidente:

Lic. Nilo Arce Sáenz

Secretario:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Prosecretario:

Lic. Eric Thompson Piñeres

Tesorero:

Lic. Rodrigo Alfaro Ramos

Fiscal:

Licda. María Elena Gómez Cortés

Vocal 1°:

Lic. Pilar Norza Hernández

Vocal 2°:

Lic. Jorge Valverde Soley

Vocal 3°:

Lic. Gerardo Morales Valverde

Vocal 4°:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 5°:

Dr. Raúl Marín Zamora

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Director Consejo Universitario:  
Ing. Jorge Gutiérrez

Rector:  
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:  
Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:  
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:  
Licda. Mireya Hernández

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:  
Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:  
Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:  
Lic. Luis Fernando Solano

Vice-Decano Facultad de Derecho:  
Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:  
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de Posgrado:  
Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:  
Dr. José Miguel Jiménez

PRESENTACION

En este número se publican los trabajos de investigación del Presidente del Colegio de Abogados, Dr. William Muñoz sobre la función notarial; y, acerca del subdesarrollo del derecho público a cargo del Dr. Carlos José Gutiérrez.

Asimismo, el Dr. Fernando Cruz nos presenta la temática de la pena de muerte; el Dr. Rafael González escribe en torno a los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley de la administración pública, completándose la gama de ensayos con un estudio centrado en la oferta dentro del campo de la contratación administrativa.

*El Director y Editor.*



SUMARIO: I. Introducción; II. El acto notarial público; III. La forma notarial; IV. Diversos pasos de la forma; formas parciales; V. La eficacia jurídica de la función notarial; VI. Conclusiones.

## I.—INTRODUCCION

*En el principio fue el documento. Este se encuentra configurado por dos clases de elementos los de formulación estática en cuanto consideran al documento como una cosa, como dimensión papel y los elementos de estructuración dinámica, que se refieren a todo el desarrollo procesal. En ese orden de ideas, son elementos de formulación estática, entre otros, la declaración de voluntad en sí misma, la capacidad de las partes contratantes u otorgantes de un acto jurídico, el objeto del negocio, el Notario como sujeto principal de la función, la propia función notarial, el documento notarial y fundamentalmente, para los efectos del presente trabajo, la eficacia de ese documento.*

*De otro lado, son elementos de la estructuración dinámica: la voluntad negocial (ya declarada) como causa genética de los negocios jurídicos y a la necesidad de exteriorización de esa voluntad, para que tengan la eficacia jurídica mencionada. Asimismo, todo el procedimiento notarial, dentro del que se incluye además de la actuación de las partes, plasmada en la rogatio, o rogación, sus declaraciones, la labor notarial, de identificación, de fe de conocimiento, de recepción, calificación, instrumentación, lectura, otorgamiento y autorización.*

*Nuestro interés consiste en señalar, algunos elementos de ese documento, ya de formulación estática, bien de estructuración dinámica, que nos lleven, obligadamente, a considerar la eficacia del documento notarial actual, su importancia esencial y su plena vigencia en las relaciones humanas que abarca.*

*El acto notarial produce como consecuencia jurídica inmediata en nuestro Sistema Latino o Francés, la eficacia jurídica plena. Debemos de lo mencionado supra, autoconvencernos plenamente los Notarios y los Profesionales en Derecho en general, con firmeza y necesaria dedicación. Esa eficacia jurídica es sencillamente esencial en el Derecho Notarial actualmente pregonado.*

*No sólo el documento público es o posee como característica por antonomasia, la de ser auténtico, en cuanto y en tanto le da autoría a la documentación notarial, sino algo más importante aún, consistente, en la eficacia, y en una eficacia máxima, desde un estricto y necesario ángulo jurídico.*

*Esta eficacia jurídica es el resultado a la vez de lo que se ha llamado en nuestra disciplina Legitimación Notarial. Y es que el proceso de legitimación notarial consecuentemente, pretende la eficacia jurídica del documento notarial, resultado de la Función Notarial, en tanto se*

constituye en principal y al final quizá único objetivo de su existencia. De que valdría el documento sin eficacia plena?

Pretendemos referirnos y reafirmar lo manifestado anteriormente. Para ellos nos referimos al Acto Notarial Público, tema profusamente discutido y estudiado entre otros, en el VI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Montreal, Canadá, en 1961, en aquella oportunidad como primer punto del temario. Para estos fines, no obstante, forzadamente soslayaremos por cuestiones obvias, y quizás siguiendo el apotegma goetheano de que "todo punto que se profundiza es infinito", aspectos de mucha trascendencia e importancia.

Es la causa que producirá el efecto querido: La eficacia.

Haremos un estudio del Agente típico de la función notarial, indicando sus perfiles a través del tiempo y sus caracteres actuales.

Al principio bastó, en el Notario los caracteres de probo y honrado que daba documentos auténticos y nada más, y que es lo que sucede en el sistema Sajón. Hoy no: además de eso debe dar el Notario documentos plenos, legítimos, eficaces, por su condición de ser profesional en Derecho.

El resultado material y sustancial de nuestro hacer, debe serlo, objeto de estudio, mención y referencia, y cumplimos con ellos incursionando en tal vasto y amplio tema, quizá con defectos propios de nuestra preparación.

Como "la teoría de las formas es la cantera fecunda, para la creación de un Derecho Notarial Nuevo" al decir sencillo y profundo del Maestro González Palomino, y vinculado como está con el tema, es necesario y así lo hacemos, referirse al Proceso, al decir de Gattari "Procedimiento"—Notarial, en sus diversos pasos o "formas", que con Bardallo, consisten en: Calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación. En esa tercer forma, finalmente, nos detenemos y la observamos, para concluir en que en virtud de ella se obtiene la eficacia jurídica de la Función Notarial, cuyo único propósito es contribuir al desarrollo del Derecho, en su estado normal, como efecto necesario.

## II.—EL ACTO NOTARIAL PUBLICO

El acto representa una idea simple, pues hay acto con una sola manifestación de voluntad de una persona, sin que deje de serlo cuando intervienen dos o más personas. Ese acto puede ser jurídico o no, obviamente, según produzca consecuencias jurídicas o bien, que carezca de ellas. Entonces el acto, que como dije, representa o comprende manifestaciones unilaterales o bilaterales y bien plurilaterales, representa la idea de género.

El Acto Notarial Público, significa en forma genérica, al intervenir dos o más voluntades coincidentes o conformes, la idea de convenio,

y con la convención, la idea de contrato. Este es entonces una convención jurídica que tiene una finalidad específica, cual es, la de crear una obligación, mientras que la convención jurídica en general se refiere a todas las relaciones jurídicas, así sea para modificarlas o transformarlas o bien para extinguirlas.

El acto notarial público es el contenido, del continente —forma—, y es redactado —negocio jurídico— o simplemente narrado —hecho jurídico—; y así distinguimos entre escritura pública o acta notarial.

En ambos casos está revestido de un rito jurídico, previamente establecido en la ley, en el ordenamiento jurídico en vigor.

El Acto Notarial se descompone en dos hechos: Hecho forma, el cual es producido por el Notario. De él emanan efectos de autenticidad, sobre los diversos hechos y efectos de Legalidad, referidos a la esfera del Derecho; y en segundo término el hecho acto, ajeno al derecho Notarial, pero valorado por la participación del Notario.

"Sólo nos interesa el valor jurídico de la forma instrumental, pero que no será que establezcamos ante todo la diferencia entre lo externo (forma de instrumento en sí o estructura jurídica) y lo interno que es el acto jurídico o declaración que contiene, llamado también en la doctrina italiana, germánica y española, negocio Jurídico. Entre nosotros —Argentina— acto jurídico"<sup>(1)</sup>; nos apunta González.

La inexistencia del acto en que no se ha cumplido el requisito de la forma exigida como necesaria, se formula Forma Dat esse rei: La forma da al tema a la cosa<sup>(2)</sup>. De aquí la importancia de analizar "la forma" más adelante.

### A) Sujeto-Autor:

Hemos dicho y lo aceptamos con la Doctrina, que en el principio fue el documento, el cual se encargó de crear al Notario. Pero es el Notario el que hace el documento. Es la humanidad misma representada por hombres de hueso y carne, a quienes no debemos olvidar y sí recordar. Sus funciones son dos, en nuestro sistema Latino o francés: autenticar y para ello son requisitos básicos la marcada probidad y la honradez intachable. Legalizar, y para esto se debe ser técnico y competente en Derecho.

Con esos caracteres en la formación jurídica preventiva, referido al hecho notarial, se obtiene la correcta aplicación del Derecho.

El autor del documento notarial, ha de contar con dos requisitos fundamentales: ciencia y virtud. La virtud, lo dijimos<sup>(3)</sup>, dejémosla de la-

- (1) GONZALEZ, Carlos E. *Derecho Notarial, La Ley*, Soc. Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, Argentina 1971, p. 371.
- (2) GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Vol. I, U. de Navarra, España, 1964, pp. 279-280.
- (3) MUÑOZ, William R. *Medios para sistematizar los Estudios del Derecho Notarial*, mimeo, Acapulco, México 1974, p. 3.

do, pues esa probidad en el humano ejercitante de la noble función notarial, debe estar consustanciada en él, y es de una trascendencia innegable siempre". La ciencia, debe ser tan necesaria, que en dicho trabajo expusimos profusamente, las ideas necesarias, para obtener un hacedor óptimo del documento notariado, de una formación universitaria plena, y mediante la profundización posterior, a través de los diversos medios y sistemas; guardando relación con las necesidades y posibilidades de todos y cada uno de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Porque "Notario es un jurista facultado por la ley para interpretar y configurar, autenticar, autorizar, y resguardar tanto el documento notarial (o medio objetivo) como el objeto material (o contenido) de la función notarial, siendo el órgano de dicha función"<sup>(4)</sup>. "El Notario es el autor de la forma en cuanto vuelva sobre el Protocolo, individualizándolas normas jurídicas, que configuran la escritura pública"<sup>(5)</sup>.

Núñez Lagos, recalca la idea manifestada y nos dice que "Autor del documento público es exclusivamente el funcionario que lo autoriza, es siempre una imputación auténtica, una paternidad legítima"<sup>(6)</sup>.

#### 1.—Breve evolución histórica del Notario:

Nos interesa señalar la evolución histórica del autor del documento, a efecto de establecer su constancia en la solución de la necesidad social que lo inspiró y su perfeccionamiento a través de la evolución temporal.

Se ha dicho reiteradamente que la función hace al órgano. Veremos la evolución de la instrumentación producto de la necesidad social que generó la función. El órgano —notario—, particularmente en el sistema latino, ha ido paulatinamente evolucionando hasta adquirir el grado que ostenta orgulloso en el presente, como epicentro de una disciplina jurídica en plena efervescencia científica, buscando cada día el progreso y una mayor elevación científica y cultural.

Antiguamente el documento, como correlativo lógico del status de su autor, no tenía la fuerza y eficacia que en la actualidad ostenta.

Y es que el notario al principio fue hacedor y realizador de funciones estrictamente privadas. Pasaron luego a ser públicas, adquiriendo su poder fideifaciente, a partir de los siglos XII y XIII, dotando a sus "obras" de fe pública, notarial, a partir de la escindencia de ésta, de la extra-notarial (judicial), como lo diría Martínez Segovia, a partir de la

(4) MARTINEZ SEGOVIA, Francisco, *Función Notarial, Estado de la Doctrina y Ensayo Conceptual*, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 21.

(5) VILLALBA WELSH, cit., por González, Carlos E., op. cit., p. 355.

(6) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Perfiles*, en Rev. Notarial, p. 1273, cit. por Gattari, Carlos en *Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1971, págs. 107-108.

ley del 25 Ventoso del año XI. Llegó así a ser el notario asesor-consultor, configurador y autenticador. Este plus de cualidades ha hecho del notario latino un profesional de Derecho que destaca por la alta misión que cumple. Es lo que pretendemos esbozar en el presente capítulo, valga decir, la idoneidad técnica-científica indispensable para realizar su función. El paso del simple escribano narrador de hechos, con función privada, al de un hombre conocedor de Derecho, con un contenido en su función de asesoramiento y consejo en la faz normal del Derecho, gracias a la perfección formal del instrumento público dotado de fe pública es lo que caracteriza la evolución histórica.

Originalmente la función notarial se reducía, a la de un simple escribidor, la del amanuense.

A partir del siglo XII, la histórica e importantísima Escuela de Bolonia marcará un hito trascendental en el notariado latino: el notario será jurisperito, conocedor de Derecho.

"La historia del notario ha de dividirse concreta y tajantemente en dos grandes períodos: 1) El escribano amanuense, simple escribidor de cuanto le dictaba el señor feudal, o el mandante de turno; 2) el notario jurista, que como intérprete de las voluntades y del derecho indica la validez y forma del negocio jurídico que le traen, asesora debidamente y ordena finalmente la realización de todos los trámites legales y administrativos pertinentes para que las partes tengan un instrumento valedero con plena seguridad jurídica"<sup>(7)</sup>.

En el mismo sentido, Avila Alvarez<sup>(8)</sup> nos apunta: "El notariado nace cuando al redactor de los documentos, en que se contienen relaciones de derecho privado, se le concede la facultad de testificar privilegiadamente, es decir, cuando el documento por su intermedio tiene valor de testimonio o, mejor dicho, cuando el poder público de credibilidad en el contenido de dichos documentos" y agregamos nosotros, en el actuar de su autor.

Observamos, aunque sin la detención necesaria y la prudencia que el tema y su importancia indican, esa evolución del notariado, y del notario a través de la historia, comenzando, claro está, por la Antigüedad.

Sanchis<sup>(9)</sup> atribuye origen divino a la profesión. Dice que fue Moisés el primer notario al ser encargado de transportar las tablas de la ley. En Egipto, los escribas sacerdotales eran encargados de la correcta redacción de los contratos. Existían además particulares con verdaderas funciones notariales, dando garantías a los derechos de los contratantes. Los escribas consejeros de los faraones se limitaban a eso, a dar su consejo.

(7) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 46.

(8) AVILA ALVAREZ, Pedro, "El Notariado Español", Revista Internacional del Notariado. N° 54, pág. 111.

(9) SANCHIS, citado por Bollini, Jorge A., en "Contribución al Estudio Histórico del Documento de la Institución Notarial", Separata, Buenos Aires, 1958, p. 15.



21  
En Grecia existía el Mnemon como encargado de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos. Recordemos también que en Atenas existió el principal antecedente del Registro Público, donde se inscribían los contratos, llevado por los Singraphos, verdaderos notarios. Destacan también en Grecia el scriboe, el argentam, el legógrafo.

En Roma, absorbida por la civilización greca, pese a su condición de vencedora, conservó al scriboe y argentarii. Surgieron luego los Tabularii y los logographi, encargados de las contabilidades comunales y de los archivos públicos. Nos interesa particularmente el llamado notarii que desempeñaban como escribanos de notas y que suplantaron a los scriboes.

Finalmente, los Tabelliones, llamados también Chartularii, que pueden considerarse como los verdaderos escribanos, y con misión, entre otras, de constatar las transacciones civiles. También se les llamaba Tabellios. Parece ser que el carácter original de los notarios fue privado; entonces paulatinamente, fue adquiriendo el matiz público, dados sus conocimientos y su necesaria y posterior obligatoriedad de ser aceptados sus consejos por la comunidad en general. El estado, por tales motivos, les investirá la fe pública.

Justiniano (483-565 D. C.), en sus Corpus Juris Civiles estableció funciones a los tabulariis, de oficiales de censo, con carácter de profesionales privados y sujetos a control de la magistratura. De igual manera se les encomendó la custodia de documentos oficiales. Por vía de excepción se les otorgaba para su intervención en ciertos actos, la fe pública. Se inicia acá este aspecto de tanta trascendencia. Después de Justiniano se confieren los nombres de tabularii, tabelliones, así como scriboe, consillieri y notarii, subsistiendo esta última denominación durante la Edad Media y pasando hasta nuestros días.<sup>(10)</sup>

Allende, refiriéndose a la obra de Justiniano, establece que "La actividad del escribano con funciones documentales empezó a adquirir el cariz de profesión autónoma y a ser reglamentaria en base a disposiciones legales... Justiniano fue quien acordó al notario función documental organizada".<sup>(11)</sup>

Es indudable que los antiguos, no concibieron ni conocieron el notariado de hoy.

En Italia, siglo XIII, surge revitalizado el notariado. Con Irnerio, Reinieri de Perugia y Rolandino (Príncipe de los notarios), el más brillante y de una personalidad polifacética.

Será Rolandino el primer notario latino, quien con sus fórmulas traspasó el umbral del espacio, del tiempo y de la historia. Francia re-

coge sus fórmulas. Alfonso X El Sabio en España y sus Siete Partidas establecerán identidades en sus formularios. Ellos trascenderán a América, con aportes franceses a Quebec en Canadá, a Louisiana en Estados Unidos, con ciertos matices portugueses a Brasil. Corresponderá finalmente a la conmoción social y política más grande de la Edad Moderna (la Revolución Francesa), fijar las bases firmes del notariado y sus disposiciones se extenderán a todas las legislaciones posteriores del mundo notarial latino.<sup>(12)</sup>

Examinaremos lo más expedito posible, tratando de hilar en nuestras observaciones, las etapas dichas en los citados países, la referencia directa al notario, como agente de la función notarial.

En Italia: Hemos dicho que fue el país en donde renació el notariado y en donde gracias a la Escuela de Bolonia surge el notariado que hoy conocemos como sistema latino. "Su evolución de simples personas que escribían a hombres conocedores de derecho, puede afirmarse que recién nace en el siglo XIII, con la Escuela de Bolonia, en donde aparecen los primeros instrumentos jurídicamente autorizados".<sup>(13)</sup>

Al usarse el término "notarius" se distingue a quienes escribían notas. Luego se designó con el nombre a los funcionarios de la Cancillería, encargados de redactar instrumentos internacionales. En ambos casos estaban sujetos a la confirmación imperial. Con Rolandino en Italia se acordó relevancia jurídica profesional al notario, nos dice Allende<sup>(14)</sup>.

La Ley Italiana de 1913 le da al notario el carácter de oficial público, encargado de autorizar documentos llamados actos notariales. En síntesis el notario italiano de alto prestigio y relevancia cumple su cometido y su función, y brilla como ejemplo entre los países de la Unión Internacional del Notariado Latino.

En Francia: Los antecedentes remotos en Francia nos indican<sup>(15)</sup> que en el año 1270, con el fin de recibir actos de jurisdicción voluntaria y darles el carácter de actos de autoridad pública, San Luis creó 60 notarios. En 1302 Felipe IV el Hermoso estableció notarios en todos los dominios de la corona y así fue adquiriendo autonomía la institución notarial.

Será en virtud de la promulgación de la Ley 25 de Ventoso del año XI, época que particularmente nos interesa, donde se marca la división entre notariado medieval y el notariado moderno. Escinde la magistratura judicial y la notarial, encargándose al notario de redactar de acuerdo con las formas legalmente establecidas. Se separan la fe pública nota-

(10) BOLLINI, op. cit., p. 17.

(11) ALLENDE, Ignacio M., *La Institución Notarial y el Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 27.

(12) BOLLINI, op. cit., p. 19.

(13) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 44.

(14) ALLENDE, op. cit., p. 27.

(15) MARTIN, Edouard, "El Notariado Francés, sus orígenes, su estado actual, sus aspiraciones", en Revista Internacional del Notariado N° 54, p. 129.

rial y la extranotarial (Judicial). Se designa al agente de la función con el nombre técnico correcto notario. Influirá este ordenamiento legislativo en España consecuentemente en América. Se inviste al notario por delegación del poder público, con el cargo de funcionario público. Será, empero, un profesional liberal, con ciertos rasgos típicos de una función pública.

Por ordenanza del 2 de noviembre de 1945 se les otorgó el rango de oficiales públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes daban o quieran dar el carácter de autenticidad inherente a los actos de la autoridad pública y para asegurar a ellos la fecha, conservarlos en depósitos y expedir copias, con o sin carácter ejecutivo.<sup>(16)</sup>

No dudamos que esta ley influyó notablemente en la consolidación del notariado. Los notarios Guardiola y Moneta manifiestan que la institución notarial se consolida en el período comprendido entre el ocaso de la Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna.<sup>(17)</sup>

En España: Antes de las regulaciones legislativas dictadas en tiempo de Alfonso X El Sabio, no existieron leyes sobre el notariado. Sí, redactores de documentos o documentos redactados con intervención de personas que se dedicaban a ello (principalmente monjes, dada su situación socio-cultural). En las Siete Partidas, magna obra de Alfonso X El Sabio, del año 1265, es donde se encuentra, sin lugar a dudas, el origen del notariado español. Se tiene por escribano al hombre sabedor de escribir y entendido en el arte de la escribanía. Su función era la de escribir las cartas de las ventas y de las compras y de las posturas que los hombres ponen entre sí ante ellos, en las ciudades y en las villas, y testamentos y otras cosas que pertenecen a este oficio, quedando recuerdos de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que manden y en las cartas que hacen.<sup>(18)</sup>

La Ley Orgánica del Notariado Español de 1862 sienta las bases para la concepción autónoma de la función notarial. Se le fija el carácter de función pública y se establece una sola clase de notarios. Es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Ejercer íntegramente la fe pública notarial y en su condición de profesional de Derecho está la obligación de asesorar y configurar, por disposición de los Reglamentos de 1935 primero y 1944 posteriormente.<sup>(19)</sup>

(16) MARTIN, Edouard, op. cit., p. 135.

(17) GUARDIOLA y MONETA, "Sistematización didáctica de los estudios notariales", en Revista Notarial N° 739, nov.-dic. 1961, La Plata, Argentina, p. 114.

(18) AVILA ALVAREZ, Pedro, op. cit., p. 114.

(19) Ibid., p. 115.

En América el notario está determinado en su funcionamiento por la influencia de España.

En la época conquistadora se observa al notario como tripulante de las primeras expediciones, dando fe de las "conquistas". La regulación que sobre el particular existía en España será la base sobre la que descansará el ordenamiento notarial en los diversos países americanos. Así las cosas, "el título de escribano, es decir, el título que le acreditaba idoneidad, lo que hoy llamaríamos título académico, no era más que un derecho potencial para actuar como escribano. La selección provenía mediante la examinación hecha por la Real Audiencia".<sup>(20)</sup>

No vamos a entrar a analizar el bosquejo histórico del notario y de la institución notarial en los países americanos. Bástenos mencionar, los caracteres que actualmente tiene en algunos países.

En México es un funcionario investido de fe pública y es un profesional de Derecho. En el primer aspecto estructura los negocios jurídicos, dándoles autenticidad, validez formal y como profesional asesora, aconseja e ilustra a las partes en materia jurídica.<sup>(21)</sup>

En Puerto Rico es un profesional de Derecho que tiene el carácter de funcionario público.<sup>(22)</sup>

En Uruguay se destaca el carácter de profesional en Derecho, dentro del marco de profesional liberal con el carácter de función pública que implica al notariado.<sup>(23)</sup>

En la República Argentina es profesional de Derecho y un funcionario público de características especiales, según la doctrina dominante. En todo caso, es un profesional de Derecho con ejercicio de una función autenticadora.

En Costa Rica es un profesional de Derecho que ejerce una función pública.

La controversia doctrinaria sobre este punto es ardua y compleja; no entraremos a analizarla, pues por obvias razones nos separaríamos del tema.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en 1948, estableció claramente que el notario latino es el profesional de Derecho encargado de una función pública.<sup>(24)</sup> Sucesivos congresos de la Unión, los encuentros internacionales del Notariado

(20) PONDE, Eduardo B. *Origen e Historia del Notariado*, Buenos Aires, 1967, p. 348.

(21) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 98.

(22) Larraud, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, págs. 589-98. Este autor considera incorrecta la equiparación de funcionario público y admite el carácter de función pública de la función notarial.

(24) *Congresos Jornadas*, Ediciones Repertorio Notarial, La Plata, Argentina, 1969.

Americano que han tratado el tema han corroborado y confirmado ambos caracteres, y para ello han establecido la necesidad de una adecuada formación jurídica universitaria.

Observamos, entonces, que las condiciones esenciales que caracterizan al notario actual surgen a partir del siglo XIII. Es decir, el notario conocedor de Derecho, jurisperito, dotado de poder fideifaciente. La denominación ha variado. En la Roma justiniana se le llamó tabelión. A partir del siglo XII, notario y escribano indistintamente. La Ley de Ventoso del año XI le denomina notario, término generalizado y aceptado por la Unión Internacional del Notariado Latino. Excepcionalmente Argentina y Uruguay lo denominan escribano.

Concluimos de que los orígenes, la trayectoria histórica y el estado actual del notario y del notariado en general, han satisfecho todas y cada una de las necesidades que originaron su función. Ha ido obteniendo reformas, algunas veces como respuesta a los ataques sufridos, pero que en vez de debilitarlo lo han fortalecido. El dinamismo que le caracteriza es condición sine qua non de su supervivencia y por ende de su superación científica e institucional.

## B) OBJETO: Documento Público Notarial.

### 1) Generalidades.

Núñez Lagos, ha dicho que "Los Notarios hacemos documentos. En nuestro oficio. Hablar de documentos debiera ser nuestro gozo. Sin embargo, se habla más del oficio".<sup>(25)</sup>

Nos referiremos en este párrafo al documento notarial en dos aspectos: caracteres y requisitos. No obstante consideramos conveniente hacer incursión en algunos tópicos generales del documento notarial en sí.

El documento es una cosa material y por lo tanto perceptible a nuestros sentidos. Las legislaciones usualmente lo suelen considerar como un bien mueble corporal.

Larraud<sup>(26)</sup> nos dice que es una cosa corpórea, tiene volumen con extensión tridimensional limitada e impresiona nuestros sentidos, y es además mueble, ya que puede transportarse de uno a otro lado, aún pasando de mano en mano.

Necesariamente hay que acudir al maestro Carneluti<sup>(27)</sup> para que nos de la base estimológica: documento, es una cosa que docet, esto es,

(25) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el Documento Público*, Ediciones U.N.A., Bs. Aires, 1969, p. 11.

(26) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 197.

(27) CARNELUTI, Francesco, "Sistema de Derecho Procesal", tomo II, p. 414, citado por Bollini, Jorge A. en "Contribución al estudio histórico del documento y de la institución notarial", separata, Buenos Aires, 1958, p. 5.

que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Esta virtud se debe a su carácter representativo; por eso documento es una cosa que sirve para representar a otra. Por otra parte, siendo la representación siempre la obra de un hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo), del trabajo de un hombre.

Por tal razón está dotado de significación intelectual.

González Palomino, rechazando el concepto unitario del documento, distingue documentos, de los documentales y documentoides, considerando documentales a los fotogonofráficos, por ejemplo, fotografías, copias magnetofónicas, placas fonográficas, documentoides, el boleto del ómnibus, entradas al teatro.<sup>(28)</sup>

Pero del género documento nos interesa la especie, documento público notarial, o bien instrumento público. Instrumento<sup>(29)</sup>, del latín instrumentum, de instruo, es, ere, instruir, designa todo lo que sirve en juicio para la instrucción de una causa, o conduce a la averiguación de la verdad, abarcando, por tanto, toda clase de documentos.

En sentido específico, como derivación del concepto clásico proveniente del derecho progenitor, instrumento y documento tienen un valor etimológico similar. De igual manera, obedecen fundamentalmente a ser forma exteriorizada de la voluntad, tomando en consideración que ésta puede resultar externada por la vía oral y por la vía escrita; en este último sentido, resulta el documento. Este es el resultado normal, cuando la escritura recepta una de las formas o procedimientos de exteriorizarse la voluntad del individuo, impulsada por la autonomía privada.

Calificamos el documento notarial de público. Lo es así por llevar en sí la prueba de su procedencia. De ahí que se hace innecesaria toda probanza acerca del autor de la misma. Contrariamente, los documentos privados no emanan de funcionario público o profesional de Derecho encargado de una función pública, por lo que no llevan la presunción de validez, haciéndose necesaria la comprobación de su procedencia.

Ahora bien, de la función notarial y el documento notarial deviene una relación de suma importancia, dado que, tal y como lo dice Núñez Lagos<sup>(30)</sup> toda la actuación del notario está conversivamente orientada hacia el instrumento público. Este, como parte de una rama del Derecho, como resultado del quehacer notarial, busca la certeza y seguridad.

Gattari<sup>(31)</sup>, sobre el particular, nos dice: En toda actuación notarial distinguimos tres hechos: los dos primeros son: a) el hecho de las

(28) GONZALEZ PALOMINO, José, "Negocio jurídico y documento", págs. 147 y ss. citado por Larraud, op. cit., p. 198.

(29) GONZALEZ, Carlos Emérito, op. cit., pág. 305.

(30) NUÑEZ LAGOS, Rafael "Los esquemas", p. 16, citado por Gattari, Carlos N., op. cit., págs. 77-8.

(31) GATTARI, Carlos N. Ibid, p. 85.

partes, y b) el hecho del notario, los cuales al ser manifestación de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, son objetos culturales egológicos. Pero, como ambos se dan en la dimensión tiempo, si se quiere que sus consecuencias perduren es necesario proveerlos de un sustrato permanente c) el hecho instrumental.

El primero de ellos no pertenece al derecho notarial puro, aún cuando sea necesario para que se realice el segundo. El instrumento público es objeto cultural mundanal que se encargara de convertir el hecho constitutivo en hecho auténtico, merced a la fe pública del notario "como atribución y potestad que posee el notario, considerado en sí mismo, en su calidad de tal, y en su carácter eminentemente personal, per se; en cuanto desarrolla una actividad que le es propia y en la que pone, no solo el ejercicio de sus facultades operativas, sino su esfuerzo personal fundado en los elementos que le da la ley, por un lado, y su investigación y responsabilidad individuales por otro".<sup>(32)</sup>

## 2) *Concepto.*

Para Fernández Casado: Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.<sup>(33)</sup>

Según Sanahuja y Soler, el documento notarial es el documento autorizado por notario.<sup>(34)</sup>

Larraud nos habla del documento notarial o instrumento notariado, como aquel que ha sido autorizado por notario; el expedido por un escribano en ejercicio de la fe pública, del cual será su autor cierto.<sup>(35)</sup>

González, siguiendo a Giménez Arnau y a Alberto de Velasco nos apunta: Documento es el que, como funcionario, interviene notario competente, y en el que se puede consignar bajo su fe y con arreglo a las leyes, los negocios jurídicos de los particulares o los actos o hechos que no requieren declaración de voluntad o prestación de consentimiento y se quieren revestir de notoriedad, fijeza o eficacia.<sup>(36)</sup>

De las definiciones anteriormente expuestas, la última nos parece completa, dado que se analiza la necesidad de que el documento sea autorizado por notario competente, con las formalidades legales, teniendo por contenido hechos o actos jurídicos, para dotarlos de autenticidad. De acá notamos las dos clases típicas de documentos notariales: escritura pública y acta notarial.

(32) *Ibid.*, p. 89.

(33) FERNANDEZ CASADO, citado por González, Carlos E., op. cit. p. 304.

(34) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup> "Tratado de Derecho Notarial", tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1945, p. 421.

(35) LARRAUD, op. cit., p. 202.

(36) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 308.

## 3) *Caracteres.*

Caracteres es la circunstancia con que una cosa o persona se distingue de las demás.

El documento notarial, siguiendo a González<sup>(37)</sup> presenta los siguientes rasgos que lo tipifican y caracterizan como tal:

a) **Garantía.** Es misión del Estado en situación de derecho hacer imperar en todo momento el resultado de la actuación notarial. Así, al constituirse una obligación, velará por su cumplimiento evitándole la patología jurídica y adversamente admitiéndose la realización normal del derecho.

Se protegerá mediante el documento notarial a partes y a terceros, dando garantía eficaz en la sociedad.

b) **Credibilidad.** La credibilidad que emana del documento autorizado por notario es contra todos y para todos. Se afirma tanto en su aspecto externo (signos exteriores públicos) como en cuanto a las enunciaciones contenidas en él. Es veraz. Por lo tanto debe ser y es creído.

c) **Firmeza e irrevocabilidad.** Ninguna autoridad superior o posterior puede revocarlo. Nació por la voluntad autónoma de las partes y bajo la autoría del notario autorizante. Sólo las partes, en otro documento, podrán variar el contenido. El documento es firme y es irrevocable. Núñez Lagos dice: No cabe apelación contra ella (refiriéndose a la escritura pública), aunque quepa acción de nulidad en un proceso independiente en línea colateral.<sup>(38)</sup>

d) **Ejecutoriedad.** Se vincula este carácter del documento con un criterio fundamentalmente procesalista, dada la inescindibilidad del documento en sí y el carácter de ejecutorio del juicio, dado su matiz de indubitante.

e) **Fecha cierta.** La fijeza y veracidad de la fecha es un carácter impreso en el documento notarial. Sus efectos en derecho son importantes y valiosos.

f) **Seguridad.** Si el fin del Derecho en general es conferir certeza y seguridad, la actuación notarial traducida en el documento se encamina a ese fin común y básico. La sociedad en general, las partes en concreto, otorgan el instrumento dado el carácter irreversible que denota y emana de él y se traspasa a quien lo detenta. El documento notarial constituye derecho y confiere seguridad. Falbo<sup>(39)</sup>, refiriéndose a la escritura pública en particular, nos apunta: La escritura pública en cuanto

(37) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 317 y ss.

(38) NUÑEZ LAGOS, Rafael "Hechos y Derechos en el Documento Público" págs. 281, citado por González, Carlos E., op. cit., p. 319.

(39) FALBO, Miguel N., "Naturaleza jurídica del documento notarial", Ed Cuadernos Notariales, N<sup>o</sup> 33, Universidad Notarial Argentina, La Plata, p. 26

es título acreditativo de una situación, importa una construcción jurídica que confiere seguridad a quien la ostenta y esta seguridad equivale a un resultado que es uno de los fines esenciales del Derecho.

g) Autenticidad. Una de las principales cualidades del documento notarial es ser auténtico. Es decir, es válido, de autor cierto, que hace plena fe, fe pública de lo que ha pasado en su presencia y lo ha constatado "de visu et auditu sui sensibus", pues la autenticidad —per se— es prueba.

Desde otro punto de vista, de incuestionable importancia, los caracteres del documento se clasifican en: externos e internos. Los externos son: Pieza escrituraria o instrumental, escritura o grafía y sellos. Los internos resultan ser: tenor o contenido literal y autoría.<sup>(40)</sup>

El Cuarto Encuentro Internacional del Notariado Americano, celebrado en Bogotá, Colombia, en el año 1968, refiriéndose al documento notarial y su distinción con los demás documentos, declaró: "De acuerdo al concepto actual de la doctrina especializada, el documento público notarial, se distingue de los demás documentos: 1) Por la especialidad de caracteres que lo integran, o sean: a) los externos o extrínsecos (es decir, la escritura en sí) como cosa corporal o soporte físico de las relaciones jurídicas, entre ellas el papel con sus características particulares en cuanto a numeración, valor fiscal, foliatura, rúbrica, lugar y fecha de otorgamiento y su grafía, la que a su vez debe reunir los requisitos de legibilidad, indelebilidad, etc.; y b) los internos o intrínsecos como su tenor instrumental, la posibilidad de comunicación y fijación del pensamiento del autor de la declaración al destinatario, el idioma, el lenguaje, etc..."<sup>(41)</sup>

#### 4) Requisitos.

Son requisitos del documento notarial: el ser autorizado por notario competente y estar configurado con las formalidades legales.

El primer requisito nos lleva necesariamente a indicar la necesidad de que el agente de la función notarial esté legalmente investido, valga decir, introducido al ejercicio activo de la función notarial, con los deberes, obligaciones y derechos que la misma señala. Asimismo, dotado del carácter fedatario que el Estado le ha otorgado, y que su actuación se enmarque dentro de los moldes de la competencia, por razón de la materia, del territorio y de las personas.

La competencia notarial está compuesta por los siguientes elementos, al decir de Gattari<sup>(42)</sup>: rogatio el petitio, que responde a la roga-

(40) LARRAUD, op. cit., p. 206 y ss.

(41) Resolución IV Encuentro Internacional del Notariado Americano, en Congresos y Jornadas, Ediciones Repertorio Notarial, La Plata, 1969, pág. 183.

(42) GATTARI, Carlos N., "Competencia voluntaria e instrumental", en Revista Notarial, N° 763, La Plata, 1965, pp. 1895 y ss.

ción; primera audiencia y cognitio; la instrumenti factio, de gran trascendencia también, dado que comprende lo referente a la redacción del documento público de acuerdo a las formalidades que la ley señala tanto de fondo, como formalmente; la subscriptio, por las partes; la tabellionis absolutio, o sea la firma por el notario, autorizando el documento y por último la inscripción del título, según que el acto autorizado así lo requiera.

Hemos examinado el documento, sus generalidades, sus caracteres y requisitos. Nos interesa, seguidamente, señalar la importancia que a través de la historia ha reflejado el mismo como obra del notario.

#### 5) Evolución histórica del documento.

Uno de los problemas fundamentales que el hombre como miembro de una sociedad ha enfrentado, es la probanza de los hechos que constituyen ulteriormente derechos, por medio de las relaciones jurídicas. Por estos motivos resulta de interés y no menor importancia el estudio de los orígenes de la contratación escrita y el auge del documento en ella, así como la consecuente y necesaria aparición del sujeto o agente típico encargado de su redacción.

Núñez Lagos dice: En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento.<sup>(43)</sup> Se impone, de tal manera, el estudio evolutivo del documento y particularmente del documento notarial, hasta llegar al documento notarial en la actualidad, que analizaremos infra. El estudio del documento notarial ayuda a conocer la historia y a la vez su influencia recíproca en la comunidad. "La historia del documento es breve. Poco estudiada y mezclada con otras materias del derecho. Sus hitos a pesar de todo son claros. Primero la palabra bastó. La voluntad se representaba rudimentariamente. La ciencia jurídica avanzó y nivó el papel y la imprenta y aparece el instrumento público, factor final de seguridad en el negocio jurídico",<sup>(44)</sup> nos apunta González.

Por otra parte, Larraud<sup>(45)</sup> manifiesta que mediante "una evolución extendida a lo largo de siglos, el documento con contenido de negocio privado desprendió una especie que poco a poco fue ligándose a la actividad del Estado, acentuando su carácter oficial e incorporando rasgos de eficacia que conjugaron finalmente una virtualidad tal, como para convertirlo en un elemento de técnica jurídica inapreciable, aparte para constituir las relaciones de derecho, para probar en juicio y fuera de él, la existencia y el alcance de las obligaciones constituidas, facilitando la circulación de los bienes y la seguridad del tráfico jurídico. Nos referimos, claro está, al instrumento notariado". Por supuesto que se ha ido trans-

(43) NUÑEZ LAGOS, Hechos... op. cit., citado por Bollini, op. cit., p. 7.

(44) GONZALEZ, op. cit., p. 302.

(45) LARRAUD, op. cit., p. 199.

formando insensiblemente y después, gracias a la investidura de fe pública a su autor, sus actos quedarán beneficiados de esa particular validez y eficacia. Si el documento particularmente considerado contenía una declaración negociada con contenido de derecho privado, se fue configurando la especie más típica de los instrumentos públicos: la escritura pública.

Es así como aparece el documento notarial, creado con la participación del notario, y autorizado dentro del marco prefijado a la función notarial.

Mustápic<sup>(46)</sup> establece que la historia del notariado es la historia de la transición del documento privado, en la vida del derecho, a la categoría del documento público, por la intervención ahora necesaria de un oficial público que jerarquiza al mismo con intervención.

Lo cierto es que hubo necesidad de una etapa de transición, condicionada de una parte por la simplicidad, ésta a la vez caracterizada por el temor divino, bien por principios religiosos o dada la existencia de una buena fe "desbordante" de la sociedad primitiva. Por la otra la complejidad creciente de las relaciones humanas hizo necesario probar, formalizar o darle autenticidad a sus actos. Esto dará lugar al nacimiento de la escritura o documentación para asentar relaciones jurídicas. Se va justificando paulatinamente el nacimiento del documento notarial y de su autor. Pero veamos, aunque sea a grandes rasgos, esa "gestación" del documento notarial. Probaremos históricamente la importancia de él y consecuentemente de su autor, en nuestro notariado latino.

Es conveniente relacionar, al estudiar el origen del documento contractual, los diferentes ordenamientos jurídicos en la antigüedad, sean el babilónico, el asirio, el griego, el egipcio y el romano. En todos y cada uno de ellos, con variantes propias de la civilización, es utilizada la escritura como un medio de crear o probar relaciones jurídicas, así como el documento en el campo de la contratación. No entraremos a analizar estos Ordenamientos Jurídicos in extenso por considerarlo disgregación del tema. Lo tomaremos como un círculo determinante para el análisis del origen del documento contractual.

Tanto el Derecho Asirio como en el Babilónico, los primeros testimonios de contratación escrita se remontan a los sumerios, 2900 años antes de Cristo. La forma del documento utilizada, para aquellos que contienen negocios jurídicos, ofrece dos formas esenciales, nos dice Bollini<sup>(47)</sup>: o bien son tablillas delgadas de cuatro esquinas con ángulos redondeados, o gruesas con cuatro ángulos rectos sin redondear. Pero lo más importante para lo propuesto en el presente trabajo, es que el signo característico existente en la tablilla con escritura cuneiforme es la presencia de testigos, constituyendo con el sellado del documento los elementos de prueba de su autenticidad.

(46) MUSTAPICH, José M., "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", tomo III, Ediar S. A., Buenos Aires, 1955, p. 11.

(47) BOLLINI, op. cit., p. 11.

Variaba el número de testigos entre dos y veintitrés.

Las partes del contrato imprimían su sello. En cuanto a la clase del documento es admitida su condición de privado, dada la misma condición del autorizante. El documento se caracteriza por la uniformidad y continuidad de sus elementos integrantes y la invariabilidad de los mismos. Los formularios utilizados comienzan y siguen en igual forma: exposición de hechos, objeto del negocio, nombre de los contratantes, nombres de los testigos, del escribano, sellos y fecha. Los documentos cuneiformes, desde el ángulo de su valor jurídico, son fundamentalmente probatorios, no dispositivos, pero gradualmente llegan a desempeñar la función de los documentos constitutivos.

En el Derecho Griego destacan los siguientes documentos, que contenían contrataciones jurídicas: el síngrado y el quirógrafo. El primero era un documento público dada la concurrencia de numerosos testigos y el carácter ejecutivo del mismo. No obstante hay quienes lo consideran como un contrato bilateral con fuerza obligatoria y hay para quienes es un simple documento probatorio. Para otros, en cambio la causa constitutiva de la obligación no sería el documento mismo sino la verbal declaración efectuada ante los testigos y ante un funcionario, lo que realmente le confiere al documento la fuerza dispositiva. A este documento se le da el valor de la Stipulatio romana. En cuanto al quirógrafo es un documento en forma de carta, hecho por escribano.

El mismo Bollini, nos dice que en cuanto a la forma de los documentos griegos es interesante dejar constancia de la repetición de giros de redacción y cláusulas especiales, que aseguraban la validez del documento.<sup>(48)</sup>

En el Derecho greco-egipcio, el papiro tiene una importancia notoria. Los rasgos del documento están determinados en cuanto a la forma: introducción, fecha, nombre del otorgante, texto, nombre del escribano y de los testigos. La influencia griega se deja observar merced a la introducción en Egipto de la documentación escrita durante la dominación macedónica.

Los documentos públicos griegos tienen las siguientes características: a) en el año 265 antes de Cristo, crean los ptolomeos, encargados de funciones notariales, y los documentos otorgados ante ellos constituyen el ejemplo típico del instrumento público; al principio del documento se encuentra la fecha, luego el nombre del notario, declaración de las partes, firma del notario. El documento era conservado por el Notario, reuniendo los de un determinado período temporal, pudiendo las partes solicitar la expedición de copias de ellos. Los notarios acostumbraban llevar un índice de los documentos por ellos autorizados con un extracto de su contenido; b) estipulaciones ante el juez, juntamente con las funciones de los notarios, las autoridades judiciales tienen facultad para otorgar documen-

(48) BOLLINI, op. cit., p. 12.

tos públicos; c) existían además los documentos bancarios, cuando el pago de contratos otorgados ante notario, debía realizarse por medio de una institución bancaria.<sup>(49)</sup>

En el derecho romano, cuyas características principales son el formalismo y la oralidad, encontramos la *mancipatio* y la *stipulatio* como actos jurídicos principales. La *mancipatio*, referida principalmente a la adquisición del derecho de propiedad quiritaria y la segunda, para contraer obligaciones civiles. Nos apunta Bollini: Junto a estas dos instituciones típicas de los derechos civiles romanos, el derecho de gentes fue introduciendo nuevos tipos de negocios exentos de formalidades; así la tradición fue ganando terreno a la *mancipatio*, los contratos reales y consensales fueron disputando a la *stipulatio* su campo de aplicación.<sup>(50)</sup>

Dada la característica de oralidad del Derecho contractual romano, lógico resulta que el papel de la escritura en la contratación escrita en Roma desempeñaría un papel estrictamente probatorio y no dispositivo, principalmente en el período clásico. Luego se produce una evolución hacia las formas escritas, dada la atenuación del formalismo, cobrando así valor constitutivo, supliéndose a la prueba testifical. Ya en las Compilaciones de Justiniano aparece la *stipulatio* como acto escrito sin exigencia oral, creándose el documento como medio de crear obligaciones. Se fue transformando el sistema contractual romano de su forma oral a la forma documentada.

La novela 45 de Justiniano es la encargada de la regulación de las actuaciones notariales; aquí encontramos el origen del protocolo. La novela 48 establece la forma en que corresponde empezar las escrituras y los requisitos a que debían sujetarse los Tabelliones. La número 76 señala la fuerza probatoria de la escritura.<sup>(51)</sup>

Estos son los antecedentes del documento notarial latino que según López,<sup>(52)</sup> la historia conocida del instrumento público salta desde Roma a la aparición de los Códigos Alfonsinos, el Fuero Real y las Siete Partidas y atribuye a la Escuela de Bolonia con Rolandino al frente, buena influencia sobre los redactores de los Códigos Alfonsinos, en aquel siglo XIII, siglo de oro del notariado español y del notariado en general.

#### 6) *El documento notarial latino.*

La institución notarial sobrevive en Italia, en el siglo XIII, con modalidades propias y siguiendo también los lineamientos clásicos pero con mayor fuerza y significación de su función técnica y social.

(49) BOLLINI, op. cit., pp. 13-14.

(50) Ibid.

(51) ALLENDE, M. Ignacio, op. cit., p. 30.

(52) LOPEZ, Eduardo, Libro... p. 224, citado por González, op. cit., p. 300.

El arte notarial con ciertos aspectos científicos lo inician en Italia, dadas las publicaciones que hacen, Innerio, con su *formularium tabeliorum*; Rainieri di Perugia, quien escribió *Ars Notariae*, y por supuesto Rolandino Passaggero, con sus inmortales obras *Summa Artis Notariae* y *Aurora*. En España, los Códigos Alfonsinos; la ley de las Siete Partidas es muestra clara de la importancia que de la institución notarial en general, y particularmente del instrumento público, se tenía. Todo este conjunto sistematizado de conocimientos será trasplantado a América. Examinemos, pues, el documento notarial en los países europeos y finalmente su incidencia en América.

A finales del siglo XI la actividad de las partes es reemplazada por la actuación del notario primeramente eclesiástico, y luego laico, pero pareciera que ya dotado y alcanzado por la fides pública. Nos dice Pondé que "no habrá que otear históricamente el hecho único, aislado la concepción gubernativa por la que se investía de facultad fideifaciente al notario, sino la concatenación de hechos variados, repetidos, con una sistemática capaz de incorporarse a la vida humana como norma de derecho consuetudinario".<sup>(53)</sup>

Pero "cuando el notario aparezca dotado del poder fideifaciente, entonces la carta adquirirá una valoración preponderante y por la energía del poder fedante del hacedor del documento, ascenderá a la condición de instrumento".<sup>(54)</sup>

El documento notarial de esta época, dotado de autenticidad, requería la exactitud en la redacción en el idioma latín. La definición que del documento notarial da Azpeitia,<sup>(55)</sup> es claro ejemplo de lo manifestado, toda vez que consideraba instrumento todo aquel que ha sido hecho por "mano pública", o sea por los tabeliones, y que esos instrumentos tienen y mantienen y defienden la integridad de lo verídico de su contenido, a no ser que acreditara prueba en contrario.

El documento notarial comprendía dos partes: tenor del negocio, que contenía las convenciones de los contratantes, y una segunda parte que era su publicación con la solemnidad correspondiente encargada de darle el carácter de público y auténtico. Núñez Lagos,<sup>(56)</sup> considera que los requisitos del documento se refieren, por una parte al notario y por la otra al documento en sí mismo. Respecto al notario son: "la rogatio", "la auditio", "la facción" del documento y su publicación. Son requisitos del documento en sí mismo, las publicaciones y el tenor del negocio. En estos dos últimos requisitos del documento, hallaremos todos los elementos que

(53) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 146.

(54) Ibid, p. 128.

(55) AZPEITIA, Esteban Matero, "Derecho notarial extranjero", Reus, Madrid, 1929, p. 84, citado por Pondé, op. cit., p. 169.

(56) NUÑEZ LAGOS, Rafael, "El Documento Medieval y Rolandino", Madrid, 1951, págs. 115 y ss., citado por Pondé, op. cit., págs. 175-7.

hoy, en alguna medida pulidos, atañen a la conformación de nuestro documento notarial. El contenido de las publicaciones implicaba la enumeración de todas las circunstancias especiales que debían hacerse constar, así como también los hechos que debían producirse (fecha, día, hora).

Otra parte componente de las publicaciones era la "arenga", si bien es cierto con poca importancia, consistente en una exteriorización de un estado de ánimo, coincidente con el momento de la autorización del documento notarial. Para efectos de publicidad del contenido del negocio, se redactaba una fórmula con los caracteres de una notificación, dirigida y con efectos erga omnes. Posteriormente se procedía a la lectura, autorización, firma y signo.

En cuanto al tenor del negocio son importantes los siguientes elementos: contratantes, descripción de la cosa objeto del negocio, precio, transmisión, domicilio, cláusula de evicción, penas o sanciones por incumplimiento y sus consecuencias. Podemos afirmar, con Pondé, que desde ese entonces, por la fundamental influencia que los formularios de estos juristas de la escuela de Bolonia impusieron con su autoridad, los documentos notariales pasaron a redactarse en general de la misma manera.<sup>(57)</sup>

La Ley de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, dictada en España, en su Partida tercera, título XIX, establece la regulación de la institución notarial, condiciones éticas y técnicas de los notarios. Pero nos interesa más el título XVIII de la citada Partida,<sup>(58)</sup> que viene a referirse al documento notarial, y la ley LIV viene a establecer que el documento debía hacerse por mano de escribano público, debiendo aparecer los nombres de las partes, objeto del contrato, la forma del mismo, testigos, día, mes, lugar donde se firmaba o suscribía el documento, y el signo del escribano autorizante. El notario debía dar fe de conocimiento e identificación de los comparecientes, aspecto al que se le da mucha importancia.

La Ley del 25 de Ventoso del año XI (6 de marzo de 1803),<sup>(59)</sup> de trascendencia esencial en el notariado latino, en su sección segunda, título I, se refiere a las formas, actas, minutas, certificaciones y protocolos. Denomina al documento notarial (circunstancia que se mantiene actualmente en Francia) acto o acta, sin necesidad de especial distinción, excepto que entre escritura y acta, tal y como la doctrina lo señala, la diferencia se encuentra tanto en la forma como en el contenido, y no en el nombre.

El documento notarial bajo esa circunstancia hace fe notarial y está dotado del carácter ejecutivo. Las actas deben contener el nombre y residencia del notario, nombre y residencia de los testigos instrumentales, lugar, día, hora y año de la autorización, nombre, apellido, condición y residencia de las partes; unidad de texto, así como prohibición de claros, abreviaturas, cifras, sumas (estas últimas deberán estar en letras); el acta será suscrita por las partes y autorizada por el notario.

(57) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 181.

(58) *Las Siete Partidas*, en Pondé, op. cit., págs. 588-601.

(59) *Ley del 25 ventoso, año XI*, en Pondé, op. cit., págs. 608-14.

La Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862<sup>(60)</sup> vino a restablecer en España el orden, quebrado en virtud de la espúrea institución conocida como "venta de oficios", tan perniciosa y desacreditadora de la organización notarial española. Vino esta ley a establecer el carácter o cualidad de autenticidad al documento, al igual que la ley francesa.

Su autorización consistirá en la firma, sello y signo del notario. La fe de conocimiento ampliamente regulada, y el documento se redactará en lengua castellana, sin usarse abreviaturas ni guarismos. De igual manera son prohibidos los claros. Se debe indicar el lugar, fecha de otorgamiento, nombre del notario, nombres de los testigos, de las partes, así como su vecindad. Deberá concordar la lectura con la unidad del acto. La fe pública y su actividad fideifaciente, se encuentra circunscrita a la demarcación territorial.

La Ley Italiana del 13 de febrero de 1913 es, según opinión generalizada, la que puso al notariado italiano a la altura organizativa que correspondía en su artículo 51 fija los requisitos y solemnidades del acto o "atto público", así como a la necesidad de que haya unidad de acto; se prohíben abreviaturas, se exige lectura y los nombres y apellidos del notario, partes y testigos.

En América, la Recopilación de las Leyes de Indias dispuso lo pertinente para regular la institución notarial, estableciendo que el documento debía ser autorizado por quien estaba investido para ello. Se prohíben abreviaturas y se debían escribir las cantidades en letras.

Observando lo anteriormente expuesto, podemos concluir que no es sino a partir del siglo XIII que el documento notarial aparece dotado de una cualidad de autenticidad como resultado lógico del poder fideifaciente de que está investido su autor. El resumen de la institución notarial y del documento notarial lo da Larraud, quien afirma: "A partir del siglo XIII y hasta fines del siglo XVIII por lo menos, la institución notarial adquirió extraordinario desarrollo, y el escribano vino a convertirse en un verdadero y con frecuencia obligatorio documentador profesional de los más importantes actos jurídicos, públicos o privados... Para que sus instrumentos quedasen beneficiados de una particular eficacia, fue investido (el notario) de fe pública..." El escribano era, pues, autor del documento que autorizaba".<sup>(61)</sup>

## 7) El documento público notarial actual.

Examinaremos dentro del último enfoque al documento notarial, su situación actual, la función que cumple y en consecuencia las necesidades que llega a cubrir. De esta manera lograremos continuar marcando su

(60) *Ley Orgánica del Notariado Español*, en Pondé, op. cit., págs. 614-20.

(61) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 199-200.



importancia, su justificada existencia y la eficacia que innegablemente produce en el desenvolvimiento normal del Derecho.

El documento notarial, formalmente válido, con una redacción técnica en general encaminada también a la validez y a la eficacia del negocio jurídico contenido, como resultado primordial de la actividad del notario dentro del marco de su competencia, cumple tres funciones básicas, cada una como respuesta a una necesidad social y jurídica: es forma es prueba y da validez y eficacia al acto o negocio jurídico.

#### a) Forma.

La forma es producto de la exteriorización de las voluntades vinculantes.

Sólo exteriorizada la voluntad producirá efectos en derecho. Esa realidad será un "molde" preparado por el jurisperito y dotada de autenticidad.

En consecuencia, esas relaciones jurídicas que tienen por objeto un contrato, por ejemplo, nacerán a la vida en forma de escritura pública. Eso permitirá determinar claramente el carácter jurídico de los actos y su presencia hace de la celebración de los actos, acciones humanas conscientes y prudentes.

Digamos por ahora únicamente eso. En el capítulo siguiente, ahondaremos las consideraciones sobre la importancia de la forma.

#### b) Preconstitución de la prueba.

Históricamente es indudable que el instrumento notarial ha servido de medio probatorio; la pérdida de importancia del testimonio oral, dadas ciertas condiciones de innegable trascendencia y que resumimos en el simple paso de lo sencillo o lo complejo. La busca de la verdad encontró en el documento (notarial concretamente) y a su individualidad y propia fuerza probatoria fue prolongación de años del humano vivir".<sup>(62)</sup>

Por tales razones hemos visto, y tomando un criterio procesalista, que el documento notarial no es sino un medio de prueba, medio de prueba de un futuro litigio. El derecho notarial, para este criterio, no es sino derivación del derecho procesal. No analizaremos la discusión que sobre el particular se ha planteado.

Modernamente, en contraposición a dicha concepción, se considera que pretender considerar la preconstitución de la prueba objeto del Derecho Notarial (mostrado éste a través del documento), es un objeto de tipo negativo, nos dice Gattari.<sup>(63)</sup> Y es un objeto de tipo negativo por subordinar el objeto principal del hecho notarial a una situación posible (aspecto procesal probatorio), que en la inmensa mayoría de los casos no se da. Siendo un carácter negativo, no puede ser esencial ni pretender ocupar

la atención en primer término. En el orden axiológico, además representan desvalores.

"Si se ha logrado expulsar del derecho notarial puro lo que Mengual y Mengual llamó derecho contractual (civil, comercial), es hora de que definitivamente se tire por la borda el lastre que significa considerar como función primordial el hecho notarial la preconstitución de la prueba, que es un concepto netamente procesal y por ello fuera de enfoque propio".<sup>(64)</sup>

En idéntica situación Núñez Lagos nos dice: "El documento no tiene, como nota característica, la de formarse para ser un medio de prueba. Naturalmente que si el documento expresa hechos jurídicos, podrá ser, además de documento, medio de prueba, más una cosa es su aptitud de ser medio de prueba y otra muy distinta es su naturaleza y su estructura".<sup>(65)</sup>

En síntesis, consideramos que el documento notarial en una de sus consecuencias, y tendiente a su finalidad accidental es un medio de prueba. En algunos casos será indispensable. Pero ese documento, si no se requiere procesalmente, no tendrá ninguna vinculación con el efecto antedicho. No es el fin, es un accidente.

El Séptimo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Bruselas, en 1963, resolvió, que el documento notarial constituye un medio de prueba legal, siendo un elemento jurídico indispensable para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.<sup>(66)</sup>

#### c) Validez y eficacia del negocio jurídico.

Obviamente, el documento notarial en su nacimiento tiende, en el medio social, a servir de eficacia del negocio jurídico que documenta. Viene a imprimirle certeza y seguridad a las relaciones jurídicas particulares, evitando así el peligro de intervenciones judiciales contenciosas que no contribuyen al desarrollo del Derecho en su etapa normal. Mediante la intervención notarial se dota la autenticidad al documento.

El Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París en 1954, estableció que el documento autorizado por notario constituye, por el hecho de serlo y en virtud de la delegación del poder público cuya autenticidad no puede ser desconocida más que atacándola por causa de falsedad.<sup>(67)</sup>

Hemos analizado el documento notarial, en sus caracteres y requisitos, su evolución histórica y su función o finalidades que cumple en la

(64) GATTARI, Carlos N., *El objeto...* op. cit., p. 54.

(65) NUÑEZ LAGOS, Rafael, "Perfiles acerca del concepto y clases de documentos", en *Revista Notarial*, p. 708.

(66) *Congresos y Jornadas*, op. cit., págs. 107-8.

(67) *Congresos y Jornadas*, op. cit., p. 65.

(62) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 566.

(63) GATTARI, Carlos N., op. cit., págs. 51 y ss.

actualidad. Su importancia es obvia, palpable y determinante. No parece conveniente explayarnos más en el tema.

### III.—La Forma Notarial.

"El Derecho no tolera la carencia de forma. Puede vivir bajo el reinado exclusivo del formalismo. Prefiere el más extremado rigor de éste a la falta absoluta de la forma" ha sentenciado claro Jhiering.<sup>(68)</sup>

Y el Derecho Notarial no puede como disciplina jurídica escapar de esa forma. Y lo que es más importante, es esencialmente básica para el Derecho Notarial.

Ya lo dijimos en la introducción del presente tema, repitiendo a maestro González Palomino<sup>(69)</sup> que la teoría de las formas es la cante fecunda para la creación de un Derecho Notarial nuevo.

La forma tiene que existir porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas. El hombre crea, produce hechos jurídicos, pone su voluntad y estos se convierten en actos jurídicos. "Toda declaración de voluntad exige una forma y en ese sentido, todos los negocios jurídicos son formales".<sup>(70)</sup>

Esa forma notarial está estrechamente vinculada con el estudio de instrumento público como lo vimos anteriormente. "El estudio del instrumento público se vincula a la forma, a la prueba y al negocio jurídico que contiene.

De ellos, no hay duda alguna que la forma descuella sobre las otras, porque sin el cumplimiento de los requisitos legales formales, el instrumento público no existe".<sup>(71)</sup>

La forma jurídica tiene que existir, porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas. El hombre crea, produce hechos jurídicos por su voluntad y estos se convierten en actos jurídicos.

La única manera para que el exterior, el mundo, conozca la declaración que debe salir al espacio físico, la cual ha sido generada en el interior humano es revelándola, volcándola en un molde que será preparado por el Notario, y de esa manera, preferiblemente, nacerá a la vida en forma de documento público notarial, auténtico y legítimo. Pues "los hechos jurídicos —humanos— sólo se ven cuando se saben ver. Sólo se pueden afirmar como evidentes cuando se está capacitado para tener su evidencia... mediante la técnica jurídica, de ahí la preparación jurídica necesaria para el Notario".<sup>(72)</sup>

(68) JHIERING, Espiritu, III, p. 187, cit. por González Palomino, op. cit., p. 90 y por González, Carlos E., p. 347.

(69) GONZALEZ PALOMINO, José, op. cit., p. 87.

(70) GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Vol. I, U. de Navarra, España, 1964, págs. 277 y ss.

(72) GONZALEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Rev. Madrid, 1948, p. 87.

Al igual que el ser orgánico el instrumento público tiene materia y forma, esto es cuerpo. Es la aplicación de la teoría Aristotélica del hilemorfismo. Sobre el particular nos dice Neri<sup>(73)</sup> que así como el cuerpo es indispensable al hombre, así la forma es necesaria para el instrumento público. La doctrina de Aristóteles es absoluta, como absoluta resulta su aplicación al instrumento. Parangonando a Barcia, digamos que "...la forma esté en el universo, en la naturaleza, en la creación elemental... la forma es la necesidad y universal revelación de todo principio..."<sup>(74)</sup>

De otro lado, Giménez Arnau, destaca la importancia de la forma Notarial haciendo hincapié en la superioridad lógica de la forma pública en general y de la Notarial en particular, sobre la forma privada.<sup>(75)</sup>

Sobre el particular hemos dejado sentado sobre el presente, que la documentación pública es superior en validez, efectos y formas a la privada. Con el instrumento protocolizado, llega la forma jurídica a su punto culminante y se comprende que haya sido objeto de solícita reglamentación por las legislaciones. Sobre la función que presta la forma pura, además de que se obtiene con la escrita, se añade la que deriva del carácter jurispericial y público, del autorizante y la conservación del documento en el Protocolo.<sup>(76)</sup> ¿Y cuál es el origen de la forma notarial?: Bollini<sup>(77)</sup> nos dice que al lado de las formas más o menos ceremoniales y solemnes manipuladas por personas privadas, se dio origen a un tipo de forma en la que se producen actos de autoridad pública. A esta clase de forma, que se llama funcionarista, pertenece la forma notarial, que llega al resultado del instrumento público; de un lado el hecho de la forma notarial —instrumentum— y del otro su contenido —negotium—.

Ahora bien. ¿Cuáles son las ventajas de la forma? Siguiendo a González Palomino<sup>(78)</sup> se establecen los siguientes: a) Permite determinar el carácter jurídico de los actos, la facilidad y seguridad del diagnóstico. La forma es para los actos jurídicos, lo que el sello para la moneda. Permite establecer, cuál es el acto jurídico querido y llevado a cabo; b) Actúa como despertador de la conciencia jurídica. Quien quería realmente obligarse, lo hace mediante una forma eficaz. Por supuesto que pueden darse los casos contrarios, es decir, que quien quería obligarse, se vea contra su voluntad cargado de una responsabilidad, que no quería; c) La forma, principalmente ante autoridades, y para el caso ante Notario, asegura, la ulterior prueba y a la publicidad del acto, con efectos respecto de terceros. Asegura a veces la ejecución del negocio y su perdurabilidad.

(73) NERI, Argentino, *Tratado de Derecho Notarial*, Vol. II, págs. 59 y ss.

(74) BARCIA, *Sinónimos Castellanos*, cit. por Neri, op. cit., p. 59.

(75) GIMENEZ ARNAU, op. cit., págs. 279-280.

(76) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, *Tratado de Derecho Notarial*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1945, págs. 98-99.

(77) BOLLINI, op. cit., p. 5.

(78) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., págs. 87-88.

¿Y sus inconvenientes? Nos continúa diciendo el autor citado que son: a) el incumplimiento de algunos requisitos, podrían provocar la nulidad de los actos por vicios de forma. No es quizá de la forma en sí, sino de la regulación; b) su inconformidad... los interesados pueden llegar a preferir una cómoda incertidumbre a una molesta seguridad; c) es de naturaleza ética.

Declarar no obligatoria la palabra empeñada por causa de un vicio de forma, es desconocer y arruinar el sentido moral y el comercio jurídico en su base. La lealtad, en parecidos términos para Sanahuja y Soler<sup>(79)</sup> las finalidades que cumple la forma instrumental o notarial son: a) Fija el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura. Ejercer una igual misión que el rito fugaz y que la simple escritura, pero de una manera más definida y patente. Es lo cierto que las partes al otorgar una escritura pública se obligan jurídicamente, y no por mero propósito intrascendente; b) Señala el paso de la fase valorativa, simplemente económica y psicológica, a la jurídica; el tránsito del proyecto al contrato; c) Especifica el tipo de negocio a que se contrae. Es decir el continente contenido tiene un nombre en el Derecho Positivo.

d) Es una prueba del contrato o negocio que constituye su contenido, y no una prueba que necesite el apoyo de otras, y no una prueba plena que vale por sí sola y en buena doctrina únicamente puede ser desvirtuada en procedimiento especial; e) El acto o contrato se presenta en el instrumento público con todos los elementos esenciales y accidentales; f) Perpetúa mediante el Protocolo, los elementos formales, probatorios y sustanciales expresados; g) Es un medio de fijación normal de las obligaciones para pedir su cumplimiento y h) Cumple, dentro de ciertos límites con los fines de publicidad inherentes a ciertas relaciones jurídicas.

Las formas pueden ser, en términos generales, naturales o artificiales. No hay preponderancia, ni relación jerárquica entre unas y otras. Las artificiales pueden convertirse en determinado momento histórico y en espacio en naturales.

Y es que la función notarial es un tipo de forma natural, recogida y desenvuelta por la ley.

En razón de sus fines, pueden ser de solemnidad y de prueba. Las primeras pueden ser "de ser" y las segundas "de valer". Las primeras pueden ser establecidas y exigidas por la ley o bien dispuestas por los interesados. En este caso el negocio, podría suceder, no existe sin la forma, en cuyo caso, es de carácter constitutivo. La otra forma es agregada al negocio para su eficacia. No es constitutiva. La primera también llamada ad-solemnitatem. La segunda ad-probationem. Pero ambas convergen o tienen como fin último hacia un elemento probatorio y éste a su vez, o independientemente de él, hacia la eficacia.<sup>(80)</sup>

(79) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 99.

(80) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., p. 104-105, GIMENEZ ARNAU, Enrique, op. cit., pp. 277 y ss., SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 97.

En el procedimiento de la forma, en la forma auténtica de los negocios jurídicos, en especial, se cumplen normalmente las siguientes etapas: calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación; correlativamente corresponden a formas parciales, de: forma primaria, de validez, de eficacia, concreta, material y de autoridad, siguiendo a Bardollo.<sup>(81)</sup>

Analizaremos en las líneas siguientes con detenimiento y más amplitud todas y cada una de dichas formas parciales.

Todas absolutamente todas, individualmente consideradas o en conjunto tienden a evidenciar los hechos jurídicos en un instrumento que les conferirá certeza, y eficacia. Es cierto que existe una escala de valores de la eficacia, que como tal, es variable en cuanto a los hechos afirmados por él en el instrumento público. Pero van desde la existencia vital del hecho afirmado, en dependencia de su afirmación instrumental, hasta la simple presunción de existencia, pasando por los escalones intermedios de validez de la eficacia.<sup>(82)</sup>

Porque existencia y eficacia, como efectos, son dos y diferentes "están situados en dos planos distintos, sin contacto alguno. Son dos compartimentos estancos. Un hecho puede ser válido, pero incierto. Un hecho puede ser cierto, pero ineficaz. La comunicación entre ambos compartimentos, nos ha proporcionado la doctrina de las formas jurídicas, que nos explica la escala entera: desde las formas de ser jurídicamente, hasta las formas de valer jurídicamente<sup>(83)</sup>, y a estos extremos, creo, nos hemos referido ya.

En síntesis, ya para terminar este aspecto del presente trabajo digamos que en virtud de la forma, que es base del Derecho Notarial, se ponen en movimiento la función notarial; y esta función notarial que es garantía de la verdad del hecho, es otro tema, en el que por ahora no nos atrevemos a introducir.

#### IV.—Diversos pasos de la forma; formas parciales.

Cada una de las formas mencionadas supra, es forma respecto de la materia sobre la que actúa, porque la determina y la agrega alguna perfección de la que antes carecía. Esas formas parciales, o los diversos pasos de la forma, para distinguirlas de la forma final, en la que se resumen, son entre sí distintas y asegura cada una de ellas, su propio efecto jurídico. Y como lo hemos dicho reiteradamente, todas, —aunque distintas y parciales o bien similares o idénticas—, actúan siempre sobre la misma materia, constituidas por el acto o negocio jurídico. Examinémoslas.

(81) BARDALLO, Julio A., *El Escribano autor de la forma auténtica*, en Rev. Not. N<sup>o</sup> 754, p. 639.

(82) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., p. 88.

(83) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., ibid.

### A) Calificación o forma primaria esencial.

El enunciado es claro. La importancia para obtener la eficacia, objeto del presente trabajo en general, de la calificación que el Notario, en virtud de ser un profesional de Derecho, debe dar a los inconexos hechos que le presentan las partes; es fundamental para esa eficacia del instrumento público. Justifica sobre todo, en nuestro sistema francés, el carácter dicho del Notario. La intervención fría, irracional, lega, se descarta y se obtiene una intervención justa, versada, consciente, técnica. Y esto agregado a su probidad, da el opus perfecto. La propia patología del documento debemos derivarla de aquí. La responsabilidad del notario, la propia validez, o invalidez, o ineficacia del documento, depende de la buena o mala calificación que haya realizado el Notario. Estaríamos entonces, según el caso, frente a una nulidad absoluta o relativa, o frente a una falsedad material o ideológica; ambos aspectos en sus diversos matices y efectos, claro está.

Recordando la definición de Notario dada al inicio del presente trabajo, aceptada hoy unánimemente por la Unión Internacional, queda establecida, expresa y claramente, la condición de ser Notario un profesional en Derecho. Los conocimientos que deba tener el notario, la preparación universitaria, extrauniversitaria y en general su ciencia, debe ser suficiente, para que califique el acto que está contenido en su obra: el instrumento público. Es lo mínimo que se le puede pedir al Notario en su carácter profesional; los hechos inconexos, ayunos de calificación por los comparecientes, deben ser encuadrados en una institución jurídica, en un cumulo de disposiciones de Derecho positivo, de cualquiera de las ramas del derecho sustancial.

"Si analizamos uno, cualquiera de los hechos a los que atribuimos calificación jurídica podemos distinguir dos elementos: primero, un acto acaecido en determinado momento y en cierto lugar, perceptible sensorialmente: un acontecimiento, una significación específica; y luego, el aspecto o elemento de que el hecho recibe su sentido y significación propiamente jurídicas, en virtud de una forma que a él se refiere, convirtiéndole en su propio contenido. La cualidad de un hecho por virtud del cual constituye éste, por ejemplo, un testamento o un contrato, esa cualidad que no pueden apreciar los sentidos, se obtiene mediante un proceso lógico, confrontado el hecho con el Código Civil, nos dice Kelsen".<sup>(84)</sup>

La calificación es esencialmente extensible también a la capacidad. Aún en el caso de que la ley no lo establezca expresamente, sino tácitamente, pues en estos casos es posible que no sea omisión.

Esa calificación viene impuesta por la propia naturaleza y la finalidad del instrumento público. "Se trata de un requisito que conceptual

(84) KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Legaz, p. 10, cit. por SANAHUJA Y SOLER.

y lógicamente viene impuesto ab initio para conseguir la eficacia del documento y del acto documento".<sup>(85)</sup>

Y es que en esa capacidad toma fuerza el acto jurídico en virtud de las manifestaciones de las partes. Ese consentimiento, recordemos, no es únicamente interno de querer, sino debe ser exteriorizado, manifestado expresamente, en virtud y perdónese nos la redundancia, de una manifestación de voluntad, clara, diáfana, manifiesta.

No creemos oportuno extendernos al ámbito y las reglas para determinar la calificación de la capacidad.

Digamos únicamente que debe extenderse fundamentalmente a:

- 1) La capacidad de goce; 2) La capacidad de ejercicio, para el acto jurídico de que se trate; 3) La inexistencia de prohibiciones expresadas en la ley; 4) La conciencia libre y la voluntad actual; 5) Cuando el compareciente actúa en representación de otra persona, individual o jurídica, capacidad del representado, capacidad del representante y suficiente legalidad y autenticidad del instrumento poder.<sup>(86)</sup>

En síntesis, por una tesis genérica del bien hacer, a que está obligado el Notario es esencialmente necesaria esa calificación. Bien podría suceder, que la no existencia de calificación de esos hechos en una determinada relación y con respecto a una singular institución jurídica, no acarree nulidad ni ineficacia en general. Pero, son razones de utilidad, de conveniencia, de técnica jurídica y sobre todo, de técnica notarial.

### B) Legalización o forma de validez.

Es la función mediante la cual el fedatario —Notario— verifica el enlace del acto con su significación, es decir, el contraste del acto, con la norma de Derecho aplicable.

En la forma típicamente notarial; la autorización de una escritura implica la declaración de legalidad del negocio jurídico que la misma contiene.

Legalizado el documento, el negocio jurídico es válido. Larraud, nos dice que la legalidad, al igual que la legitimidad, son cualidades que el comercio jurídico reconoce pacíficamente, de ordinario, al documento notarial: en cierto modo, integran la medida de su Eficacia sustantiva, ya que él no sólo acredita la existencia de los derechos, sino también su modo de ser. Ello reconoce fundamento racional de manera preponderante a la calidad de jurista del Notario, de conecedor y sabedor del Derecho.<sup>(87)</sup>

La legalización, como se ve, es una garantía del Derecho, es juridicidad de segundo grado, que no se halla comprendida dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad.<sup>(88)</sup>

(85) GIMENEZ ARNAU, Enrique, Vol. II, op. cit., p. 28.

(86) Ibid.

(87) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 550.

(88) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 40.

Se extiende la legalización a las diversas y variadas ramas del Derecho, y en consecuencia no es exclusiva ni privativa de los actos, hechos o negocios jurídicos privados. Al contrario, dice el autor citado<sup>(89)</sup> es en el Derecho Político donde encuentra con más nitidez, pues un Órgano Colegiado o bien unipersonal, lo lleva a cabo.

"La legitimidad de firmas en Derecho Notarial es... un complejo de tres operaciones: autenticación, legalización y legitimación. En cambio, por extraña paradoja, la legalización del signo, firma y rúbrica del Notario, encaja mejor en el concepto de autenticación y aún en el de legitimación que en el de legalización".

Se limita en síntesis, a la capacidad, a la aptitud del objeto, licitud de la causa, o bien, en general, a la validez de la relación jurídica en conjunto.

Se da en forma positiva o negativa. Esto es que, bien se puede certificar la legalidad de un acto, diciéndose que el acto es legal y válido, o bien por el contrario que el acto certificado no contiene nada contrario a las leyes.

Se distinguen dos clases de legalización: la genérica, si se contrasta la validez del acto, y la específica, si se adapta el acto a uno de los variados y diversos tipos regulados por la ley, y se le da una calificación jurídica correspondiente; desde otro punto de vista, admite dos formas: la del caso que la norma jurídica se ofrece como un molde rígido dentro del cual se vacía el acto o contrato, dando a éste una conformación adecuada a la ley; y dado un determinado hecho o un conjunto de hechos se le aplican las disposiciones legales pertinentes. En el primer caso el acto de legalización es coetáneo al de autenticación.

Los efectos de la legalización en suma, pretenden excluir todo examen y calificación ulterior. Pero debemos admitir, y mal haríamos en no hacerlo, que se puede convertir en relativo, si se pone en litigio esa validez del acto o contrato ya legalizado, debidamente por los medios procesales que la ley fija y establece.

### C) Legitimación o forma de eficacia.

Llegamos así a lo que hemos escogido como punto central del tema tratado. Con la autenticación lograremos —ya lo veremos— la adecuación del acto a la realidad. Al legalizarlo, lo vimos, su adecuación a la ley.

Según Sanahuja<sup>(90)</sup> legitimación se llama a la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia. Tiene dos manifestaciones: inscripción de la relación jurídica actual dentro del círculo de la anterior, declaración auténtica de haberse verificado en forma la conexión entre ambas.

(89) Ibid.

(90) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., p. 48.

Para Orgaz<sup>(91)</sup> legitimación es la constancia o certificación de que un documento o la firma del funcionario lo que expide son auténticos.

La legitimación es por regla general, coetánea a la celebración del acto o contrato, pero ninguna razón existe para que no pueda ser posterior.

Por ejemplo, con la adquisición de la cosa por parte del transmitente puede quedar legitimada una cesión anterior. Con el subsiguiente matrimonio de los padres se legitima la relación de filiación pre-establecida de hecho.

Carnellutti<sup>(92)</sup> nos establece que la legitimación al subordinar a la existencia de una situación jurídica previa la eficacia de un acto, puede constituir un grave riesgo para la parte que tiene interés en dicha eficacia y a la que puede ser difícil el conocimiento exacto de la referida situación.

¿Qué corresponde a la legitimación? Todo cuanto se refiere a la coincidencia entre la persona que actúa y aquella a quien se ha conferido la facultad, valga decir del Notario, o el derecho de actuar respecto a una situación ajena, corresponde la legitimación.<sup>(93)</sup>

Se habla de varias clases de legitimación. Puede ser bilateral o unilateral, según que para la eficacia del acto sea necesaria la legitimación de uno solo de los sujetos o bien de ambos. Desde otro punto de vista, se señala la legitimación de hecho, aquella basada en lo que generalmente ocurre más que en lo que debe ocurrir. Ha de presentarse en forma clara y sencilla, de suerte que excuse toda corroboración por parte de los Órganos Oficiales. La otra clase, es la legitimación de Derecho, consistente en la declaración oficial que se emita. Ha de quedar investida de una presunción iuris tantum, apta para que tal legitimación tenga completa eficacia, mientras no se ventile ante los tribunales.

Consta la legitimación de tres operaciones según González:<sup>(94)</sup> La adaptación del acto a la norma; confrontación del acto con la norma y la declaración de hallarse el acto conforme con la norma.

Pero ello no debe llevarnos a confundir la legitimación con la capacidad. La capacidad es una cualidad, es decir, un modo de ser de los sujetos en sí, mientras que la legitimación es una posición suya, o sea, un modo de ser suyo en relación con otros.

Pese a lo manifestado, la función notarial en cuanto legítima, se halla muy limitada y así debemos reconocerlo. Aspectos muy importantes y vinculados o enmarcados dentro de su órbita, gravitan fuera o salieron, pese a haber pertenecido a otra. Ejemplo típico de ellos, es el moderno

(91) ORGAZ, cit. por GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 219.

(92) CARNELLUTI, Francesco, p. 265, cit. por SANAHUJA Y SOLER, en op. cit. p. 49.

(93) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., p. 49.

(94) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 218 y ss.

Derecho Inmobiliario; en virtud de cuya ciencia o disciplina aféctanse los derechos reales sobre inmuebles.

Pero aún así, con Larraud, debemos manifestar que en cuanto al cumplimiento de la función notarial debe partir, por necesidad de un examen minucioso de la genuinidad de los derechos que el caso pone en juego: el derecho es legítimo cuando se funda en una situación jurídica regular, de la que deriva.

La concurrencia de esos elementos, la gravitación racional de ellos, primordialmente, da fundamentación sólida a la eficacia sustancial del instrumento notariado.<sup>(95)</sup>

#### D) Configuración jurídica o forma concreta.

Es la acción de aplicar a un determinado hecho los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la ley, conforme al interés de las partes.

Se dice que es condición previa o simultánea a la autenticación del acto. El Notario imprime en la materia, la forma jurídica interna que constituye la base de la forma externa o instrumental, es decir, del instrumento público.

Esa materia puede ser de índole económico-patrimonial o bien solamente moral.

No pueden ser materia de configuración aquellos hechos de pura objetividad que interesan a los particulares y que son objeto principalmente de las actas, en las cuales la función notarial se reduce simplemente a la autenticación.

Para que la configuración surta los efectos inherentes a su naturaleza, precisa una cierta posición del Notario frente al hecho y frente a las partes.

En síntesis la labor configurativa imprime al acto la forma jurídica interna y lo hace apto para ser autenticado, esto es, para revestirlo de la forma externa o instrumental.

#### G) Documentación o forma material.

Consideramos que hemos ahondado en este aspecto en el puente I, cuando in extenso nos referimos al Documento Notarial.

#### F) Autenticación o forma de autoridad.

Es la última de las formas parciales, enunciadas.

La autenticación tiende a la verdad. Podría definirse, simplemente como verdad... claro que mientras en proceso no se demuestre lo contrario.

(95) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 550.

En sentido etimológico el acto es auténtico, porque tiene autoridad, porque es propio del autor. Pertenece al Autor.

Autenticación en sentido genérico, nos dice Sanahuja<sup>(96)</sup> es la acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza del hecho, convirtiéndolo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad. Responde a una necesidad jurídica, en cuanto a ciertos hechos que son base del Derecho, si la certeza de estos no se halla garantizada por sus caracteres ni por las circunstancias que concurren. En el sentido indicado, autenticación equivale a certificación oficial.

De aquí, como lo hemos mantenido y demostrado, la necesidad exigida, siempre, al autor del documento notarial, al sujeto activo de la función notarial, de que sea persona proba y honorable.

De esa manera llegamos al ciclo final de la estructuración jurídica de la escritura pública, en general del documento público notariado.

Cumplidas todas las condiciones que enumera la ley... comenzando por el requerimiento o rogación de las partes, la configuración del instrumento en sí, la actuación de los otorgantes hasta la calificación del acto y la fe de conocimiento, por solo mencionar a los esenciales, el instrumento se perfecciona con la firma del notario o exteriorización de su propio consentimiento al acto formalizado. Desde ese instante, el instrumento hace fe pública con todos sus consiguientes efectos, nos indica Giménez Arnau.<sup>(97)</sup>

De esa manera mediante la autorización, se autentica el acto, dando vida y carácter de público al documento mediante la imposición del signo, firma y rúbrica del Notario, y también la imposición del sello, como lo dice Escobar<sup>(98)</sup> mediante la autorización el Notario, como funcionario público imprime personalidad y existencia al acto formalmente considerado, entrando el documento a gozar de la fides pública.

Claro que además de la firma del Notario, para lograr esa autenticidad, es necesaria la participación de los otros elementos subjetivos que intervienen en el acto, tales como testigos instrumentales, de confrontación o de asistencia, la participación y aceptación de las partes que han intervenido, etc., lo que se denomina autenticidad personal o subjetiva. La otra, la autenticación material u objetiva consiste en la correcta numeración de los pliegos del Registro Notarial o Protocolo, numeración de los instrumentos protocolados, fecha de otorgamiento y la no presencia de intercalaciones, borraduras, entrerrenglonaduras.

El ámbito de la autenticación se verifica generalmente por percepción directa de los hechos. De visu et auditu sui sensibus.

(96) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., págs. 24 y ss.

(97) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *El Derecho Notarial Español*, op. cit.

(98) ESCOBAR, cit. por Giménez Arnau, ibid.

## V.—La eficacia jurídica de la función notarial.

"...de tal manera que el vocablo "eficacia jurídica" puede consistir en adelante un "slogan" que simbolice uno de los aspectos más importantes de nuestra intervención profesional".<sup>(99)</sup>

En términos generales, la eficacia del Derecho alude al hecho de que los hombres se comportan en la forma que deben comportarse de acuerdo con las normas jurídicas, que constituyen el Derecho Vigente y el Derecho Positivo. Las normas en tal carácter son realmente aplicadas y obedecidas, tienen como fuente de validez, los valores que ellas pretenden regular,<sup>(100)</sup> como reguladoras de la conducta humana.

El Derecho pretende indudablemente la eficacia, realizando la seguridad de la vida social. Eficacia de una cosa, dice Larraud<sup>(101)</sup> es su fuerza para producir ciertos efectos.

Vimos en el capítulo II que además de la forma y la prueba, el tercer fin principal del documento público notarial es dar eficacia legal al negocio jurídico. Preténdese con ello contribuir al desarrollo del Derecho en su estado normal alejando el peligro de intervenciones judiciales congresivas que supone un estado patológico, de anormalidad.

Eficacia del documento Notarial es la fuerza para producir ciertos efectos jurídicos, es la virtud que él tiene para provocar aquellos efectos previsibles como una consecuencia de su creación o de su existencia. No es, como han pretendido los civilistas, de que sea parte del proceso. En primer lugar porque no es parte del proceso, dado que ha nacido y se ha generado muy antes del proceso. Tiene por el contrario, carácter antiprocesal, en segundo lugar y finalmente porque como dice Larraud<sup>(102)</sup> su naturaleza es la de ser formas de valer para la garantía del tráfico, que viven y actúan fuera y antes del proceso.

De otro lado, la forma notarial, reflejada y materializada en el propio documento notariado, tal y como lo establecimos atrás, en algunas oportunidades tiene eficacia constitutiva del negocio jurídico contenido.

Entonces, el documento, además de darle forma al negocio, ser prueba legal, tiene esa eficacia que constituye el negocio. El valor y la eficacia del negocio jurídico instrumentado depende entonces —obvio resulta— de ese documento.

Examinemos, brevemente, la eficacia de las diversas clases de documentos notariales. La escritura pública, instrumento notarial cuyo conte-

(99) PEREZ MONTERO, Hugo, *Escribano Público, Coordinador Internacional del Tema II: La Legitimación en la Función Notarial, IX Encuentro Panamericano del Notariado Latino*, carta, Montevideo, Uruguay, junio 1976.

(100) GUTIERREZ, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Tridente, Madrid, 1963, págs. 132-93.

(101) LARRAUD, op. cit., p. 507.

(102) *Ibid.*, p. 509.

nido es un negocio jurídico, autorizada en el protocolo notarial por el Notario, en ejercicio de sus funciones, con las formalidades de ley, tiene un autor cierto en consecuencia es auténtico, fehaciente. Hace plena fe de los hechos consignados, y de los hechos cumplidos ante él, de las circunstancias propias tales como testigos, fecha, partes, recibos o entregas de dinero, etc. Es eficaz plenamente, pues ha demostrado que fue otorgada por quiénes, ante quién, o quiénes, cuándo, dónde y todas las demás circunstancias que establece, amén de la autoría del documento.

Unicamente podrá atacarse, al igual que los otros documentos, por las causas específicas de ineficacia que establece la ley y que como ya lo apuntamos, son falsedad o nulidad en sus variantes y clases.

En cuanto al Acta Notarial, instrumento público en el cual el Notario ha hecho puros y simples, en virtud de percibirlos de visu et auditu sui sensibus, procede a darles carácter jurídico. No contiene negocios jurídicos (principal diferencia con la escritura pública), aún cuando en la clásica distinción de actas típicas y atípicas, se les asigna a las últimas la características de que eventualmente contengan un negocio. Tiene un autor cierto, el Notario. La autenticidad y la consecuente legitimidad y eficacia se circunscribe a las manifestaciones propias del Notario, en relación y referencia a hechos propios, y los que los particulares han realizado en su presencia, no declaraciones de voluntad.

"En el plano de la eficacia procesal del documento, los principios que rigen el tema de la autenticidad de las actas notariales colinden con las garantías exigidas por el procedimiento probatorio. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba debe producirse con ingerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente perjudica... pues nadie puede hacerse una prueba a su favor a espaldas de la contraparte..." nos establece Larraud.<sup>(103)</sup>

Refiriéndose a los traslados notariales, cualquiera de ellos, tienen un autor cierto, el propio Notario autorizante o el depositario del Registro Notarial, y hacen fe de aquellos hechos directa e inmediatamente presenciados por el Agente: La existencia del documento que toma por modelo y lo traslada. En el tráfico jurídico, las copias, tienen la misma y exacta eficacia, el máximo de eficacia que el original, y el legislador le ha dado, por razones circunstanciales palpables.

En términos generales, y aludiendo al documento público notarial, se habla de su eficacia ejecutiva, pues el documento acredita un derecho a promover en la vía procesal ejecutiva.

No cabe pues, negar eficacia al documento notarial, ni en la esfera privada del tráfico jurídico, ni en el ámbito administrativo. Quien desconoce injustificadamente, fuera de juicio, la plena fe, que la ley re-

(103) LARRAUD, op. cit., p. 520.

conoce al documento notarial expedido en forma, comete un acto ilícito debe reparar el daño que por su culpa se hubiere ocasionado.<sup>(104)</sup>

Esa es en sencillos y aceptables términos la eficacia jurídica del documento notarial, consecuencia inmediata de la legitimación de la función notarial.

En nada afecta, para estos fines, los excepcionales casos de impugnación de esa eficacia, que se realizan ante los Tribunales. La conducta de los hombres puede diferir radicalmente de lo ordenado por la esencia filosófica que inspira la función notarial y su resultado. Es parte del libre juego de libertad de que el humano vivir nos señala en determinado momento histórico. Por ello no entraremos a analizar la teoría general de la ineficacia del instrumento público; sería —así lo consideramos—, desvirtuar el objeto del tema y además quisiéramos que no existiera la enfermedad ni el estado patológico anormal. Creemos que actualmente es plena esa eficacia y no quisiéramos pensar tampoco en desmejorarla ni que está en crisis. Por el contrario, tiene plena vigencia.

## VI.—Conclusiones.

Coincidentes con lo establecido en el presente trabajo, y conciente de las aspiraciones del Gremio Notarial, establecemos las siguientes conclusiones:

A) El Notario en el Sistema Notarial Latino es el autor del Documento Público Notarial. Su función originalmente fue estrictamente privada, de simple escribidor y narrador de hechos, ejercitada en ocasiones por "religiosos"; paulatinamente fue adquiriendo el carácter público, gracias a la fe pública de que se le dotó, imprimiendo con ese sello el documento, el cual adquirió el carácter de auténtico. A partir de la promulgación de la ley 25 de Ventoso del año XI (marzo de 1803), se escinde la fe pública notarial de la judicial o extranotarial.

El carácter de Jurisperito, de Profesional en Derecho, también es el resultado de una lenta evolución. Es a partir de los siglos XII y XIII, en la Escuela de Bolonia, impulsada principalmente por Imerio, Rainieri de Perugia y Rolandino Passaggero, en que se inicia la profesionalidad en el Notario, dándole a la función y al Notario, como contenido, el de ser asesor, consultor y configurador jurídico. Actualmente es un profesional de Derecho, encargado de una función pública, tal y como, reiteradamente, lo ha considerado la Unión Internacional del Notariado Latino.

B) El documento público notarial es el resultado principal y primordial de la actuación del Notario en el ejercicio de su función.

Es la configuración de las voluntades privadas, recibidas, interpretadas y ajustadas al ordenamiento legal. Antiguamente el documento notarial tenía el carácter privado, dado el contenido del negocio privado y de la investidura de su Autor. Con el devenir del tiempo, una especie se fue desligando y adquirió caracteres públicos, en virtud del ligamen estatal, se convirtió en auténtico, gracias a su autor cierto.

C) El documento notarial es forma de actos, hechos y negocios jurídicos. Esa forma o en general la llamada Teoría de las Formas es base y esencia del Derecho Notarial en general. En tal virtud la forma notarial está estrechamente vinculada al instrumento público notariado.

D) En el procedimiento de la forma, en la forma auténtica de los negocios jurídicos, se cumplen normalmente las siguientes etapas: calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación; correlativamente, corresponden a formas parciales de forma primaria, de validez, de eficacia, concreta, material y de autoridad. Todas estas, consideradas en conjunto o individualmente tienden a evidenciar los hechos jurídicos en un instrumento, que les conferirá certeza, pero fundamentalmente, eficacia jurídica.

E) La legitimación en la función notarial, es la forma de la Eficacia Jurídica. La actuación notarial debe dar fe en términos absolutos, gracias a ello. Debe de revestir una presunción iure et de iure, mientras no sea probada su nulidad o falsedad.

Con autores de la talla de Bellver Cano, en sus "Principios de Régimen Notarial Comparado", de Castán Tobeñas, en su "Función Notarial", con Sanahuja y Soler, en su "Tratado de Derecho Notarial", con Farre, en su obra "Algo sobre el Tercero Notarial", y sin perjuicio de considerar la posibilidad excepcional de que deben los Tribunales rever los actos en que aparezcan vicios de fraude, simulación y otros, propugnamos el reconocimiento pleno de la eficacia de la jurisdicción notarial. Coincidimos con dichos autores. La idea no es nuestra. Todos debemos coincidir...

(104) El Código Civil Francés, art. 1382, El Código Civil Uruguayo, art. 2.1319, el Código Civil Argentino, Art. 1067, el Código Civil Español, art. 1902, el Código Civil Chileno, art. 2314, el Código Civil de Costa Rica, arts. 732 y ss.



## EL SUBDESARROLLO DEL DERECHO PUBLICO(\*)

*Dr. Carlos José Gutiérrez*

Canciller de Costa Rica  
Catedrático de la Universidad de Costa  
Rica; Profesor de Derecho Constitucional

(\*) Ampliación de una conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1983 en el inicio de un Seminario organizado por la Corte Suprema de Justicia, la Academia de Derecho Público, el Colegio de Abogados y el Ministerio de Justicia sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional.

## SUMARIO:

- 1.—Introducción al Seminario.
- 2.—Fijación del tema.
- 3.—La Ley de Habeas Corpus.
- 4.—El control de constitucionalidad.
- 5.—El recurso de amparo.
- 6.—Dos casos similares.
- 7.—Un último ejemplo.
- 8.—Conclusiones provisionales.

### 1. *Introducción al Seminario:*

Estamos aquí en reiteración de una sana costumbre: la de discutir un proyecto de ley con la comunidad jurídica, antes de enviarlo al trámite cuando el proceso de formación aún no ha terminado y su opinión puede tener significado en la forma que la regulación adquiera. Ello es absolutamente necesario que se haga cuando se trata de proyectos que tienen un interés especial para los profesionales, por tratarse de lo que los norteamericanos llaman "el derecho de los abogados" —tal vez podríamos llamarlo "derecho técnico"— y que puede definirse como "las ramas del derecho que los abogados encuentran más prácticas e interesantes desde su punto de vista y que son más extrañas a las no iniciadas y a las influencias exteriores".<sup>(1)</sup>

Nuestro plan original fue llevar a cabo este seminario en marzo, inmediatamente después del realizado por la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil, para enfatizar la necesidad de que de éste se excluyera la que se denomina en él, "proceso inaplicabilidad", sea lo que el Código vigente, en forma impropia llama "recurso de inconstitucionalidad".<sup>(2)</sup> Pero lo cierto fue que no estábamos listos y no quisimos repetir la experiencia sufrida en 1978, cuando en el Congreso Jurídico de ese año presentamos el esbozo apenas de un plan de reformas estructurales a la Constitución Política y por ello, y por otras cosas, nos hicimos objeto de una crítica mordaz y destructora. Hacía falta mucho trabajo para que nuestra idea inicial de redactar una nueva ley reguladora de la jurisdicción constitucional estuviera terminada. Hemos tenido que esperar casi un año para hablar, después de considerar que se había terminado la primera parte de nuestra tarea: la preparación del proyecto. Falta ahora oír las observaciones de Uds., estudiarlas, someter el proyecto al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y luego enviarlo a la Asamblea Legislativa. Un procedimiento demorado pero absolutamente necesario cuando se trata de un aspecto tan importante para nuestro sistema jurídico y nuestra vida institucional.

En toda esta tarea ha existido una persona básica: Fernando Coto Albán. Con su capacidad de estudio, su conocimiento del idioma, su experiencia de juez y su preocupación porque todos sus escritos y en forma muy especial sus sentencias, tengan un claro grado de pulimiento y una

(1) FIEDMAN, Lawrence: *The Legal System. A Social Science Perspective.* (Russell Sage Foundation, New York, 1977, p. 201).

(2) Arts. 537 a 544 del Proyecto y arts. 962 a 969 del Código actual.

precisión singular es quien más ha contribuido a la tarea realizada. Permitir un cambio pacífico, ordenado y completo del equipo de gobierno, los que colaboramos con él en la preparación del proyecto, para lo que pese a que el sistema jurídico prolongó políticas inconvenientes, careció de controles adecuados, mostró sus enormes defectos. Mi propósito es falta de un mejor nombre denominado "la reunión de los jueves en la noche en el Ministerio de Justicia", ese trabajo a la par de Fernán mostrar como, si bien tenemos una de las democracias más desarrolladas Coto fue una experiencia inolvidable, una vivencia existencial de un país y estables de América Latina, el régimen jurídico y más concretamente, fundo contenido. Como resultado de esa labor hoy tenemos algo que pr la justicia constitucional costarricense, tiene un innegable retraso frente a las instituciones políticas.

## 2. Fijación del tema:

A fin de que puedan darle una lectura cuidadosa al proyecto que hoy ponemos en sus manos, a fin de estar preparados para las exposiciones de orden positivo en que se discutan los aspectos específicos del cuerpo normativo que se propone, mi propósito es presentar hoy el trasfondo histórico de la justicia constitucional en Costa Rica a fin de apreciar algunas de las incidencias de su desarrollo y buscarles explicación. Dada la condición de producto histórico, social e ideológico que tiene el derecho ese enfoque me parece necesario. La hipótesis que pretendo probar es la existencia de un claro desfase entre nuestro régimen político y el aparato normativo que hemos construido los abogados para regularlo. Dichos en términos más claros, pretendo señalar como se da en la justicia constitucional el retraso de las normas frente a las necesidades vitales. Este fenómeno va a ser analizado en mi presentación en relación a Costa Rica pero, a fin de explicar lo ocurrido en nuestro país, haré al final algunas referencias al fenómeno como se presenta en términos generales dentro del sistema jurídico continental europeo, al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico, las cuales habré de extender luego en la versión escrita de esta presentación. Puesto que las tres instituciones que comprenden la justicia constitucional —habeas corpus, amparo e inaplicabilidad— han sido reguladas hasta ahora en leyes separadas, es necesario hacer referencias separadas a cada una de ellas. Pero adelanto que en respecto a las tres, creo que es posible apreciar un choque entre dos mitos básicos que se acostumbra considerar unidos: la idea de que Costa Rica es una democracia en cuyo desarrollo los abogados han desempeñado un papel muy importante y la consideración de que el sistema jurídico que regula esas relaciones políticas tiene un alto grado de elaboración y calidad. Me apresuro a señalar que hablaré del régimen político considerándolo como praxis diaria y efectiva de las instituciones, que es necesario separar de la normativa, sea el derecho escrito que se ha promulgado para regular el régimen político.

Acorde con esos lineamientos, opino que si bien es cierto que Costa Rica ha tenido grandes políticos que recibieron una formación jurídica como base de sus actuaciones, su papel en la política tiene un cierto grado de separación de su condición de abogados y especialmente del papel de los abogados en la creación del derecho. Un ejemplo reciente que ayuda a ver esas diferencias es el buen funcionamiento del régimen político al pe-

mitir un cambio pacífico, ordenado y completo del equipo de gobierno, pese a que el sistema jurídico prolongó políticas inconvenientes, careció de controles adecuados, mostró sus enormes defectos. Mi propósito es mostrar como, si bien tenemos una de las democracias más desarrolladas y estables de América Latina, el régimen jurídico y más concretamente, la justicia constitucional costarricense, tiene un innegable retraso frente a las instituciones políticas.

La atención ha de concentrarse en el desarrollo que hizo posibles tres leyes que el proyecto pretende reunir: la Ley de Habeas Corpus, N° 35 de 24 de noviembre de 1932, los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles que regulan el impropriadamente llamado "recurso de inconstitucionalidad" y la Ley de Amparo, N° 1161 de 2 de junio de 1950. Esas tres leyes promulgadas en épocas diferentes, carentes de la coordinación necesaria que debería existir entre ellas, desarrollan la justicia constitucional en Costa Rica.

## 3. La Ley de Habeas Corpus:

Las disposiciones que buscaban prevenir o impedir una detención arbitraria aparecen, por primera vez en la legislación costarricense, en los artículos 155 a 166 de la Constitución Federal de Centro América de 1824. Sin embargo, la garantía necesaria para impedir que se cometan abusos en esta materia no se da sino en la Constitución de 1859, cuyo artículo 37 dispuso: "La República reconoce el derecho de Habeas Corpus. La ley determinará la manera de poner en práctica este derecho".

Es en verdad significativo que haya sido necesario llegar hasta 1909, sea medio siglo después, para que la ley mencionada en esa Constitución fuera promulgada. No fue por falta de esfuerzos. En 1860 se conoció por el Senado una proposición del Senador don Rafael Ramírez para promulgar la ley que pedía la Constitución. Se presentó al Senado el 9 de mayo, se le dieron las dos lecturas exigidas entonces como parte del trámite, se pasó a una Comisión formada por tres senadores y hasta ahí llegó la historia.<sup>(3)</sup>

Diez años después de esa primera referencia Constitucional al Habeas Corpus, en la de 1869, se utilizó una fórmula ligeramente distinta: "Todo habitante de la República tiene el derecho llamado de Habeas Corpus", texto que se mantuvo en la Constitución de 1871.<sup>(4)</sup> En la Ley Orgánica de Tribunales de 1888 se atribuyó a la Corte Suprema el conocimiento del recurso.<sup>(5)</sup> Lo único que existirá hasta 1909 son esos artícu-

(3) Documento 7012 del Archivo del Congreso. Sección Histórica del Archivo Nacional. Debo el conocimiento de este y otros documentos importantes a Jorge Sáenz Carbonnell.

(4) Artículo 35 de la Constitución y 41 de la de 1871.

(5) Artículo 53, inciso 5.

los en la Constitución y la Ley Orgánica pero, durante esos cuarenta años con sólo esos textos que ni siquiera definen qué es el Habeas Corpus el Corte Suprema realiza una serie de desarrollos jurisprudenciales. Para citar sólo un ejemplo, es bueno mencionar que, en 1891, el gobierno de don José Joaquín Rodríguez, que había llegado al poder después de la lucha en que se considera nació la democracia costarricense en 1889, suspendió las garantías individuales y manda a la mayoría de sus opositores al confinamiento o al destierro. Uno de los confinados, el historiador don Ricardo Fernández Guardia, interpuso un recurso de habeas corpus. La Corte lo declaró con lugar y el Poder Ejecutivo se negó a acatar el pronunciamiento. Como el Presidente ordenara poco después la disolución del Congreso, el Presidente de la Corte dijo que no tenía nada que hacer en esa situación, presentó su renuncia diciendo que se iba para su casa, pero en verdad lo que hizo fue entrar en la política para llegar a ser la única persona que ha sido electo tres veces Presidente de la República, Ricardo Jiménez Oreamuno.<sup>(6)</sup>

Al llegar al Congreso como Diputado en 1902, don Ricardo Jiménez presentó un proyecto de reforma al artículo 41 de la Constitución con el objeto de ampliar y precisar el Habeas Corpus. En su mensaje al Congreso del 1 de mayo de 1903, el Presidente don Ascensión Esquivel objetó la reforma constitucional, juzgando que era contrario a la división tripartita de poderes. Esa oposición presidencial fue decisiva, en segunda legislatura, la votación fue contraria a la reforma constitucional.<sup>(7)</sup>

El año siguiente, en 1903, el Diputado don Albino Villalobos presentó un proyecto de ley que reglamenta el derecho de Habeas Corpus consagrado en la Constitución. Contra dicho proyecto se rinde un dictamen negativo, cuyo texto me parece necesario copiar, por expresar una línea de pensamiento que va a ser repetida luego: "No es menester legislar en esta materia. Tenemos ley... El precepto constitucional es categórico y su aplicación recta y sincera basta a resolver todo caso en que la libertad de un ciudadano sea ilegalmente restringida. Podría haber sucedido — dudamos de la verosimilitud de esa hipótesis— que el Tribunal encargado de administrar ese recurso haya aplicado mal la ley o haya eludido su aplicación. Si tal hubiera sucedido, culpa fuera sólo de los Jueces, e inútil parece entonces el intento de encarrilar con disposiciones secundarias una función judicial, que abandona los carriles constitucionales.

"Además, el afán de extender con reglamentos los principios que el Código Político consagra es afán peligroso que expone al legislador a grave riesgo —en este caso realizado— de pervertir en la difusión de disposiciones legales comunes, la sustancia de los fundamentos constitucionales.

(6) RODRIGUEZ, Eugenio: *Los Días de don Ricardo* (Editorial Costa Rica 1971)

(7) SAENZ, Jorge y GUTIERREZ, Ana: "*La Protección a la Libertad Individual en nuestro Derecho 1808-1859*". Trabajo de investigación. Facultad de Derecho U. C. R.

nales. "Nada decimos de la tendencia dominante en toda la ley —de perturbar el régimen militar y el expedito movimiento de la fuerza pública. Nada decimos del intento bien manifiesto de reatar la acción del Poder Ejecutivo a las lentas determinaciones del Poder Judicial, al que se atribuyen —con rompimiento del equilibrio constitucional de los Poderes Públicos— facultades que —en casos en que peligran el orden legal y la sociedad— cohiben al Gobierno para la ejecución de providencias urgentes, de medidas precautorias o de actos de pronta defensa; nada decimos de todo eso porque las consideraciones a que tales puntos ofrecen darían a este informe una inconveniente extensión y porque, desechada la idea de legislar en esta materia, no hay práctico objeto en el análisis singular de cada una de las reglas que contiene el proyecto. Verbalmente, si es el caso, explicaremos ante la Cámara la diversidad de razones que nos mueven a recomendarle que deseché esta iniciativa". El dictamen está fechado 16 de julio de 1903 y lo firman don Nicolás Oreamuno, don Gabriel Brenes y don Francisco Faerrón.<sup>(8)</sup>

Con un dictamen tan categórico, no es de extrañar que el proyecto de 1903 no prosperara. Fue necesario esperar a 1909, cuando el Diputado don Tobías Zúñiga Montúfar presentó un nuevo proyecto de ley de habeas corpus, basado, según dijo, en el de don Albino Villalobos, motivado en su convicción de que la ausencia de regulación detallada hacía en muchos casos ilusorio el precepto constitucional, y en la dolorosa experiencia por él vivida en 1906, cuando su padre fue expulsado del país, a pocas semanas de unas elecciones en las que podría haber triunfado sobre el candidato oficial. Se vivían días de campaña electoral, hubo dictamen favorable y el proyecto fue aprobado con ligeras modificaciones, el 12 de noviembre de 1909, habiendo recibido la sanción presidencial de don Cleto González Víquez al día siguiente. Transcurrieron pues sesenta años entre la fecha de introducción del precepto a la Constitución Política y su regulación detallada por una ley.

La ley de 1909, con reformas hechas en 1917, fue sustituida por la Ley N° 14 de 25 de setiembre de 1922, que conservó la estructura y el tratamiento básico del instituto dado en 1909. Finalmente, en 1932 se emitió la actual Ley N° 35 de 24 de noviembre, que tiene ya cincuenta y un años de existencia.

#### 4. El control de constitucionalidad:

Si en materia de habeas corpus fue necesario llegar a 1909 para obtener legislación, en cuanto a control de constitucionalidad hubo que esperar a 1937.

(8) Archivo Nacional, S. H., Archivo Congreso 4307, folios 6 y 6 vuelto. Suministrado por Jorge Sáenz. El dictamen fue publicado en *La Gaceta* N° 15 de 17 de julio de 1903.

La Constitución Federal de Centro América, de 1824 se inspira en la de los Estados Unidos de América. Sin embargo, hay que reconocer que ésta no señaló claramente la función de control de constitucionalidad, que fue creada por la vía jurisprudencial. No es pues de extrañar que la de Centro América lo que hizo fue, en el artículo 99, señalar como función del Senado el que éste cuidaría de sostener la Constitución. Dentro de la misma línea, la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica señaló en su artículo 55, inciso 5, que era función del Congreso "velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares". Después de la Ley de Bases y Garantías, esa función reapareció en el artículo 126, inciso 1 de la Constitución de 1844. Puede señalarse que en las constituciones del Estado de Costa Rica, mientras real o nominalmente fuimos parte de la República Federal de Centro América, el control de constitucionalidad fue considerado una atribución legislativa. Ello se originó en la Constitución Española de 1812, en cuyo artículo 372, se señalaba la obligación de los Cortes de considerar en sus primeras sesiones las infracciones a la Constitución. Puede decirse que todos los sistemas posibles para el ejercicio de esa función, ese es indudablemente el más malo, porque equivale a encomendar el cuidado del queso a los ratones.

Un cambio total de dirección se opera luego. En la Constitución de 1847, art. 188, se mantiene el control legislativo, la de 1848 no lo tiene y en la de 1859, aparece por primera vez el principio de supremacía de la Constitución. En el artículo 11 se prescribe que: "Todo decreto y orden, ya emane del Poder Legislativo ya del Ejecutivo, es nulo y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución". Esta fórmula mantiene, con pequeñas variaciones, en las Constituciones de 1859 (artículo 12), de 1871 (artículo 17) y 1917 (artículo 7) aunque en la primera de ellas el sistema es en realidad mixto pues en el artículo 102 reaparece el control legislativo. Sin embargo, no se señala por ningún lado a quien corresponde la declaratoria de inconstitucionalidad, lo que produce un fenómeno de competencia compartida que dura hasta 1917. En lo que respecta al Poder Judicial, la Ley Orgánica de Tribunales de 1888, prohíbe, en su artículo 8, inciso 1, "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos, que fueran contrarios a la Constitución", por lo que se establece el sistema de control difuso o norteamericano, según el cual la negativa a aplicar constituye un medio de determinar la existencia de una inconstitucionalidad y ella se lleva a cabo por cualquier tribunal, sin importar cuál sea su categoría. Pero, al igual que el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Ejecutivo se permiten hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Así, en 1920, el Congreso Constitucional que había sido electo después de la caída del gobierno de Federico Tinoco y el período provisional de don Francisco Aguilar Barquero, anuló todo lo actuado durante el gobierno del primero, derogando entre otras disposiciones normativas vigentes, la Carta Política de 1917, mediante la Ley de Nulidades. Veto dicho decreto por el Presidente don Julio Acosta, por votación de 33 de los 42 diputados propietarios, se reselló la ley mediante decreto legislativo número 41 de 11 de agosto, que recibió el ejcútese el 21 de

el mismo mes. Los Considerandos primero y segundo de dicha ley expresan el criterio predominante en el Congreso: "1.—Que el acto de sublevación armada del 27 de enero de 1917, encabezado por el entonces Secretario de la Guerra, don Federico Tinoco Guardia, quien indujo a las fuerzas militares a desconocer el régimen constitucional y con su apoyo asumió los Poderes Públicos, constituye el delito de rebelión militar que no puede producir efectos legales ni constituir en ningún caso fuente de derecho; y 2) Que, por consecuencia de aquel golpe de estado la Constitución Política del 7 de diciembre de 1871 y las leyes emitidas desde entonces fueron suspendidas y suplantadas por un régimen ilegítimo y arbitrario, que privó a los ciudadanos de todos sus derechos políticos bajo la Constitución y sus leyes".<sup>(9)</sup>

Al igual que el Congreso, el Poder Ejecutivo se sintió igualmente autorizado para hacer declaratorias de inconstitucionalidad. Así, en 1911, el Presidente don Ricardo Jiménez, por resolución de 15 de marzo, declaró inconstitucionales los artículos 46 del Reglamento Orgánico de Personal docente y 23 y 24 del Reglamento de Segunda Enseñanza. Dijo la mencionada resolución: "Ricardo Jiménez, Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, Considerando: 1.—Que el artículo 102 de la Constitución Política, al determinar las atribuciones del Poder Ejecutivo enumera en su inciso 1: la de "nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y a cualquiera de los otros empleados de sus dependencias. 2.—Que el artículo 17 de la misma Carta expresa que las disposiciones del Poder Legislativo... que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan; 3.—Que, en el caso del artículo citado, están las disposiciones escritas en el artículo 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, que estatuye la inamovilidad de los maestros, y las disposiciones de los artículos 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, en cuanto parecen limitar a determinadas causas, la remoción de los profesores y exigir, para ella, el cumplimiento de formalidades que restringen la facultad del Poder Ejecutivo, la cual ha de ser, como la Constitución lo ordena, de modo libre ejercida; 4.—Que el artículo 47 de la Ley General de Educación considera garantías suficientes de estabilidad en sus destinos, en favor de los miembros del Personal Docente, cuando dice: "los maestros nombrados permanecerán en sus puestos por todo el tiempo de su buen desempeño, a juicio del Poder Ejecutivo"; principio del que no puede sustraerse, sin lesionar la Constitución, el profesorado de Segunda Enseñanza, POR TANTO: y en aplicación de la fracción 4 del artículo 102 de la Constitución DECLARA: Que los artículos 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, y todas las disposiciones que de alguna manera restrinjan o limiten la atribución que el artículo 102 de la Constitución Política confiere al Poder Ejecutivo, para nombrar y remover libremente a los empleados

<sup>(9)</sup> HERNANDEZ, Rubén: *El Control de la Constitucionalidad de las leyes*. Editorial Juricentro, San José, 1978, p. 87-89.

de su dependencia, han sido y son nulos de pleno derecho. Dado en la ciudad de San José, a quince de marzo de 1911. Ricardo Jiménez. El Secretario de Estado en el Despacho de Instrucción Pública, Nicolás Oreano".<sup>(10)</sup>

La constitucionalidad de la Ley de Nulidades y de la resolución del Poder Ejecutivo en el caso de los reglamentos de enseñanza no fue discutida ante los Tribunales. Es posible pues sostener que la jurisdicción compartida era perfectamente aceptable para los juristas de la época, sobre todo si se piensa que si bien afirmar la validez, de los actos del gobierno de Tinoco puede haber sido una tesis impopular en ese momento,<sup>(11)</sup> es de suponer que los intereses de los maestros han contado siempre con mucho apoyo en Costa Rica.

La situación no vino a aclararse sino con las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial y los Códigos de Procedimientos Civiles y Procedimientos Penales, iniciadas en 1935 y que tuvieron remate en 1937. En cuanto a control de constitucionalidad, las reformas fueron: un agregado al inciso primero del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la inclusión en el Código de Procedimientos Civiles del Capítulo IX, en el Título I del Libro IV, "Recursos".

El nuevo capítulo se llamó "Recurso de inconstitucionalidad". El paso principal se dio en el agregarle una frase final al inciso primero del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que éste se leyera: "No podrán los funcionarios que administran justicia: 1.—Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarias a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena". Lo agregado es la parte que se subraya y con ello se inicia el paso del sistema difuso establecido en la Ley Orgánica de 1888, al sistema concentrado, cambio que todavía está por completarse.<sup>(12)</sup> Dicho pas

(10) MORELLI, Francisco: "Jurisdicción Constitucional". Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, San José, 1956, p. 258-9. Citada por HERNANDEZ Rubén: op. cit. p. 90-91.

(11) Pero muy criticable desde el punto de vista estrictamente jurídico. Es conveniente recordar que el Royal Bank of Canada objetó la nulidad de los actos del Gobierno de Tinoco mediante un arbitraje promovido por el Gobierno de la Gran Bretaña, en defensa de los intereses de dicho Banco, contra el Gobierno de Costa Rica ante el Presidente de los Estados Unidos William H. Taft, en 1923 y obtuvo una invalidez de dicha nulidad. (American Journal of International Law, 147).

(12) "El sistema difuso se da cuando en un ordenamiento jurídico como el norteamericano, se reconoce indistintamente a todos los jueces el poder, a fin de determinar preliminarmente la conformidad de una norma aplicada al caso concreto, con la Constitución y otorgándole la consiguiente potestad de no aplicarla en la hipótesis de que en su criterio sea inconstitucional. El sistema "concentrado" en sustancia consiste en que el poder-deber controlar la constitucionalidad de las leyes está centralizado en las manos de un solo tribunal, ya sea perteneciente a la jurisdicción común, o bien se trate de un órgano especial de rango constitucional", HERNANDEZ, op. cit., p. 49-52.

a criterio de la Comisión Redactora de las reformas, compuesta por los Magistrados Luis Dávila y Antonio Picado, se hizo porque "tiene poca seriedad el procedimiento (actual) el permitir que jueces y tribunales inferiores hagan pronunciamientos de inconstitucionalidad, con evidente desprestigio para el Poder Legislativo y aún para el Ejecutivo".

Agregaron los redactores: "Son bien conocidas las discusiones a que ha dado lugar la cuestión de si debe encomendarse a los Tribunales de Justicia la facultad de declarar inaplicables las leyes, decretos o acuerdos que sean contrarios a la Constitución, o si debe negársele esa facultad por constituir una intromisión de funciones que riñe con el principio de independencia de los Poderes. Dado lo anticuado de nuestra Carta Fundamental y la complicación de la vida política y económica del mundo que se refleja en la vida de nuestro país, cree la Comisión que probablemente habría sido preferible quitarle a los Tribunales de Justicia la facultad de negarle autoridad a las leyes, que sólo conduce ahora a producir conflictos originados en lo absoluto de nuestros preceptos constitucionales y en la naturaleza de las nuevas leyes que tienden a darle a la República los rumbos que le corresponden y a solucionar los serios problemas que amenazan su existencia; pero ante el artículo 17 de la Constitución que establece que "las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución, son nulas o de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan", se ha inclinado por mantener la referida facultad, pero dándole una mayor seriedad al procedimiento para declarar la inaplicabilidad en términos que proteja mejor, por un lado los intereses de los particulares, que pueden obtener una declaración pronta en amparo de sus derechos lesionados, y por otro, la majestad de la ley, que sólo cuando sea evidentemente contrario al espíritu y a la letra de la Constitución no debe encontrar acatamiento por parte de los Tribunales".<sup>(13)</sup>

Es de advertir que en las discusiones de la Comisión Redactora, la Comisión nombrada por el Congreso para estudiar las reformas y los asesores nombrados por el Colegio de Abogados de Costa Rica, el nuevo sistema encontró resistencias, como puede verse del hecho de que en una de ellas, el Licenciado don Fabio Baudrit, uno de los delegados del Colegio dijo "que el sistema adoptado, de que fuera la Corte la que ejerciera el control" precisamente por muy definido, pudiera crear conflictos de carácter político entre los Poderes, Supremos, a lo que se contestó que ellos "de todos modos surgirán, dada la posibilidad de que una autoridad cualquiera se oponga a la eficacia de una regla de carácter legal, pero se gana, si es la Corte Plena, en respetabilidad y respaldo de la tesis, aunque adverse la de otro Poder".<sup>(14)</sup>

(13) PICADO, Antonio: Explicación de las Reformas a la Ley Orgánica del Poder (continuación de nota 11) Judicial (Imprenta Nacional, San José, 1937) p. 27.

(14) Ibid., p. 28.

Que existían entre los miembros de las comisiones de estudio reservadas sobre la facultad que se le otorgaba a la Corte Suprema, se puede ver en el hecho de que se introdujera en el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles la disposición de que para que hubiera declaración de dicha inconstitucionalidad era necesario que se pronunciara en ese sentido, "por lo menos los dos tercios del total de los Magistrados". Dicha medida fue originalmente propuesta por la Comisión redactora, sea por los Magistrados Dávila y Picado. Luego, fue eliminada por la Comisión del Congreso que actuó conjuntamente con los representantes del Colegio de Abogados y los redactores. Finalmente, en sesión del 13 de julio de 1937: "El Licenciado González Víquez (don Cleto, ex-presidente de la República), por medio del señor Baudrit, no pudiendo asistir a estas sesiones finales por hallarse operado, propone restablecer la mayoría de dos tercios de la Corte Plena para resolver la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones en el recurso respectivo, conforme a lo sugerido en el proyecto del Licenciado Picado. Le mueve la observación del reciente conflicto sostenido en los Estados Unidos entre el Ejecutivo y el Senado, y la convicción de que es preferible abonar la resolución que en tal recurso recaiga para evitar conflictos de criterio, que pudieran revelar carácter político y darse con mayor facilidad si se dejan a merced de la simple mayoría aconsejada en las sesiones iniciales para el caso. Se hizo debate en que el señor Guardia (don Víctor) mantuvo junto con el señor Loria (don Roberto) el sistema de mayoría simple, y puesta a discusión la enmienda resultó aprobada por los demás asistentes".<sup>(15)</sup>

Comentando este punto don Antonio Picado reitera el principio de que "la inaplicabilidad sólo debe pronunciarse cuando la ley, decreto, acuerdo o resolución sea evidentemente contrarios a la letra y al espíritu de la Constitución".<sup>(16)</sup> Este es uno de los puntos que me ha permitido afirmar que el control de constitucionalidad no es objetivo sino que se ha actuado en ellos con "los dados cargados en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad".<sup>(17)</sup>

Al aprobar el texto del artículo 10 de la Constitución Política vigente, lo que se hizo fue trasplantar al texto constitucional los criterios incluidos en las reformas a que se ha hecho referencia.

##### 5. El recurso de amparo:

En la Constitución de 1949 vigente, además del recurso de habeas corpus, aparece una nueva garantía para los derechos fundamentales:

(15) PICADO, Antonio: *Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles*, Imprenta Nacional, San José, 1937, p. 418, 419.

(16) *Ibid.*, p. 419.

(17) En "La Constitucionalidad del Apremio Corporal". *Derecho Constitucional Costarricense* (Editorial Juricentro, San José, 1983) p. 365-367.

recurso de amparo. Su aparición está vinculada a la lucha por la libertad de sufragio librada entre los años 1943 y 1948 por la oposición a los gobiernos de Rafael Angel Calderón Guardia y Teodoro Picado. En 1947, como reacción a los ataques practicados por miembros de la Policía Nacional a ciudadanos opositoristas en la ciudad de Cartago, se declaró una huelga de brazos caídos.<sup>(18)</sup>

Durante su transcurso, las radioemisoras "Alma Tica", "Nueva Alma Tica", "Radio Monumental" y "Titania" fueron cerradas por la Secretaría de Seguridad Pública el 23 de julio. Ese mismo día, dos abogados opositoristas, Alberto Cañas Escalante y Gonzalo Solórzano González, establecieron un recurso de habeas corpus contra lo que llamaron "una restricción indebida a la libertad de palabra... en una época en que las garantías individuales no estaban suspendidas". Días después la Corte ordenó archivar el recurso sin haber solicitado siquiera el informe, por estimar que el derecho de habeas corpus... está supeditado a los casos de detención ilegal de las personas y de restricción ilegítima de la facultad de ir y venir, de trasladarse a cualquier parte, que garantiza el artículo 28 de la misma Constitución: de modo que el recurso de Habeas Corpus no comprende, pues, de acuerdo con su origen, su nomenclatura y la disposición legislativa citada, la restricción, aún suponiendo que existiera, de la libertad de palabra a que alude el artículo 37 de la Carta Fundamental.<sup>(19)</sup>

Ello fue motivo para que en el proyecto preparado por la Comisión Redactora en 1948 y presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República a la Asamblea Constituyente se sustituyera el recurso de habeas corpus con el de amparo, para proteger todos los derechos consagrados en la Constitución.<sup>(20)</sup> La Asamblea Nacional Constituyente, después de amplio debate, acordó mantener el habeas corpus pero agregar el amparo.<sup>(21)</sup>

El nuevo recurso fue reglamentado por la Ley N° 1161 de 2 de junio de 1950, que en su artículo 2 señaló que el recurso procedía "para mantener y restablecer el goce de los derechos individuales consagrados en la Constitución Política". Esa redacción motivó un recurso de inconstitucionalidad, pronunciándose la Corte Suprema en favor de la tesis de inconstitucionalidad, en los siguientes términos: "Existe manifiesta contra-

(18) FERNANDEZ, Roberto: *La Huelga de Brazos Caídos* (Editorial Costa Rica, San José, 1983). RODRIGUEZ, Eugenio: *De Calderón a Figueres* (UNED, San José, 1980), p. 147-160.

(19) Sesión extraordinaria de la Corte Plena, del 25 de julio de 1947.

(20) Art. 144 del Proyecto.

(21) Acta N° 66, p. 109-11. N° 67, p. 116-118, p. 516, 517, N° 109, p. 518, N° 519, N° 110, p. 527-531. Todas del tomo II, Asamblea Nacional Constituyente, Actas.

dicción entre el texto de la Ley de Amparo que consigna que procede el recurso para mantener o restablecer el goce de los derechos individuales consignados en la Constitución Política y el artículo 48 constitucional, por este artículo establece esa garantía para todos los derechos que ella protege y no sólo para los individuales, y cuando una ley reglamentaria limita un derecho que en forma amplia consigna la Constitución riñe abiertamente con su texto y es arbitraria".<sup>(22)</sup>

Ello motivó la reforma del artículo 2 por Ley N° 35 del 24 de noviembre de 1952, para darle su texto actual, según el cual existe para "mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política".

## 6. Dos Casos Similares:

Las dificultades presentadas en la formación de los principales institutos de la justicia constitucional (control de constitucionalidad, habe corpus y amparo) no constituyen las únicas que se han presentado en el desarrollo del derecho público. Dos ejemplos todavía más recientes que demuestran las resistencias ofrecidas a su progreso pueden verse en lo sucedido con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley General de la Administración Pública.

La actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la N° 3667 de 12 de marzo de 1966. Aprobado el proyecto en tercer debate, se interpuso contra ella un veto del Poder Ejecutivo. Dicho veto se interpuso, por cuanto "algunas... disposiciones... pueden comprometer, sin beneficio positivo para el administrado, la eficaz y oportuna gestión de la cosa pública". Entre las objeciones hechas estaba que si bien "el proyecto admite la inmunidad jurisdiccional del acto político" ello se hacía "en forma tan restringida que resulta inaceptable su contenido", estimándose que era necesario contemplar dentro de ellos como "los relativos a la conservación del Estado y sus elementos", "los relativos a impulso, dirección y coordinación de la actividad administrativa, declaratoria del estado de defensa nacional, actos de urgencia y necesidad sobre todo aquéllos tendientes a preservar la salud, el orden o la higiene públicos".<sup>(23)</sup> El veto tiene fecha 24 de enero de 1966, pero el 10 de marzo siguiente, el Poder Ejecutivo envió otra nota en la cual se dijo simplemente: "El Poder Ejecutivo ha reconsiderado su actitud, reconociendo la bondad del citado proyecto tal y como fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Por lo expuesto os ruego tener por retiradas las objeciones que hizo el Poder Ejecutivo y desde luego tener por retirado el Veto interpuesto".<sup>(24)</sup>

¿Qué había pasado? En el interim, el Partido Liberación Nacional había perdido las elecciones presidenciales y en la reunión de los diputados electos para la siguiente legislatura por ese partido se discutió sobre la manera de proteger a los funcionarios nombrados por ese Partido que podrían ser perseguidos en la nueva Administración. Tomando en cuenta que la Ley Reguladora tenía disposiciones especiales sobre la materia, se aceptó la tesis que propuse, de pedirle al Presidente saliente, don Francisco J. Orlich, que retirara el veto a fin de que se pudiera contar con ese instrumento jurídico para la defensa de los funcionarios. Aceptada dicha tesis, la ley fue firmada por el Presidente el 12 de marzo.

Fue así como una de las leyes más importantes de nuestro Derecho Público debió la adquisición de su vigencia a circunstancias de orden político que no tenía que ver con sus méritos o sus defectos intrínsecos. Ello, desde luego, se presta a reflexiones interesantes sobre los vínculos entre Derecho y Política pero que, en verdad, nos alejarían del tema primordial del presente estudio. Pero, no hay duda que para él si tiene importancia señalar la primera reacción del Poder Ejecutivo, la de vetar la ley. Se temió que se pudiera comprometer "la eficaz y oportuna gestión de la cosa pública".<sup>(25)</sup> Quiere ello decir que se tuvo un concepto de que la regulación jurídica constituía un obstáculo para una mayor eficiencia de la Administración, lo cual, quienes tenemos una formación en derecho, parece totalmente ilógica, sobre todo si se acepta la tesis de Max Weber de que el derecho constituye una forma de racionalización de la actividad social y representa la forma más desarrollada de legitimación cumplida por la cultura occidental.<sup>(26)</sup> No hay duda que lo que había en la mente o en el subconsciente del Presidente y del Ministro de Gobernación y Justicia de entonces era más bien la consideración de que se imponían valedares a la acción del Poder Ejecutivo y se reducía su libertad de acción. Sin embargo, nada de ello ha ocurrido en los dieciocho años de vigencia de esa ley.

Una cosa similar ocurrió con la Ley General de Administración Pública. Dicha ley es la N° 6227 de 2 de mayo de 1978, habiendo sido firmada por la Asamblea Legislativa el 28 de abril de ese año. Ello quiere decir que tanto su aprobación como su firma por el Presidente de la República tuvieron lugar en los últimos días de la Administración Oduber, siendo de notar que había sido presentada y dictaminada por la Asamblea Legislativa ocho años antes, sea durante la Administración Trejos Fernández. Ello quiere decir que durante los ocho años de las Administraciones Figueres y Oduber se mantuvo vigente el proyecto, sin llegarse a aprobarlo. No se puede menos entonces que, pensar que al convertirlo en ley se pensó en crearle dificultades a la Administración Carazo, perteneciente a un partido político diferente.

(22) Sesión extraordinaria de Corte Plena 21 de 2 de mayo de 1952. Boletín Judicial del 18 de junio de ese año.

(23) Expediente N° 671 de la Asamblea Legislativa.

(24) Ibid.

(25) Ver supra nota 22.

(26) *Economía y Sociedad* (Fondo de Cultura Económica, México, 1969), t. I, p. 173.



Igual tiene que haber sido el criterio de la Administración Carazo que dentro del plazo de tres meses concedido por el inciso h) artículo 367 de la ley, procedió por Decreto Ejecutivo N° 8979-P de agosto de 1978, a excluir de la aplicación de la ley, el régimen establecido en 79 leyes; y un segundo decreto, N° 9469-P de 18 de diciembre de ese año, confirmó dichas exclusiones.

Podría pensarse que esa circunstancia hubiera convertido en inoperante la ley. Sin embargo, ésta demostró las ventajas de tener un procedimiento racionalizado para las controversias en el campo administrativo. Su uso se generalizó y los decretos de exclusión fueron derogados por la actual Administración. No se realizaron ni los criterios de la Administración Carazo ni los de ésta, de que, la única forma en que se podría manejar la función pública era si dejaba la ley en total inoperancia.

Pero si queda en evidencia el criterio de la clase política costarricense, alérgica a la regulación jurídica de sus funciones, lo cual muestra la principal razón para el subdesarrollo del Derecho Público: obstáculos a la comprensión de sus funciones por los gobernantes.

#### *Un último ejemplo:*

Para demostrar la persistencia en nuestra praxis política de conceptos que pueden considerarse superados en la doctrina jurídica, cabe citar un último ejemplo.

En enero de 1984, para integrar la representación costarricense de los grupos de Trabajo del proceso de Contadora, le solicité al señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones que asumiera la representación nuestra en la Comisión encargada de conocer los asuntos de carácter político, dado que en ella se iba a tratar de los sistemas eleccionarios. Lic. Sáenz solicitó una autorización de sus compañeros de Tribunal para asumir esa representación, pero le fue denegada. La línea de razonamiento del Tribunal es la siguiente:

"De lo anterior se concluye que se ha instituido un organismo internacional de naturaleza política, con funciones de ese carácter, que integra el Gobierno Central de la República de Costa Rica, junto con las demás naciones centroamericanas, actuación que por parte de nuestro Gobierno compete en forma exclusiva al Ministerio de Relaciones Exteriores. Dicho de otra manera: con base en nuestro sistema constitucional de división de Poderes aquella actuación es privativa del Gobierno de la República, con total independencia y con absoluta exclusividad respecto a las demás Poderes del Estado.

"...

"Todo lo anterior indica que este Tribunal, por tener delimitadas constitucionalmente sus específicas funciones debe permanecer aparte,

respetar las atribuciones o funciones de los otros Poderes, así como no permitiría, sin protesta, que ninguno de aquellos Poderes invada el ejercicio de su competencia ni atribuciones, lo que constituiría flagrante violación de la letra y el espíritu que informan tanto la Constitución como el funcionamiento del Tribunal Supremo de Elecciones. Las funciones que se ofrecen son por naturaleza de índole política internacional, y no es ni lógico ni razonable que un señor Magistrado Propietario de este Tribunal forme parte de tal Comisión".<sup>(27)</sup>

Ochenta años después del argumento utilizado en contra del proyecto de ley reguladora del Habeas Corpus de don Albino Villalobos, los argumentos sobre una separación de poderes inzanjable, radical, se reiteran con la misma convicción. Todo lo dicho durante ese largo período sobre cooperación de poderes y actuación unitaria de los estados en el ámbito internacional no parece haber calado en el ambiente nacional.

#### 8. Conclusiones provisionales:

El examen llevado a cabo de algunos de los incidentes sufridos por el desarrollo de las instituciones básicas de nuestro Derecho Público confirmar el enunciado con que encabezé esta presentación: hay un desfase entre nuestro régimen político y el aparato normativo que lo regula. Ese retraso se ha expresado en materia de justicia constitucional y en el establecimiento de otras instituciones importantes.

Ahora bien, la pregunta siguiente es si ese desfase es particular de nuestras instituciones de derecho público o si puede considerarse lo ocurrido en Costa Rica como un ejemplo particular de un fenómeno de mayor generalidad. En pocas letras, como ha ocurrido esa situación dentro del contexto general de la familia jurídica a la cual pertenece nuestro sistema de derecho. Dicha pregunta permite superar lo puramente anecdótico de lo ocurrido en el derecho costarricense para insertarlo en una consideración general sobre lo jurídico. Dado, sin embargo, lo extenso del tema correspondiente que le dediquemos una segunda parte del presente estudio.

(27) Nota N° 93 de 17 de enero de 1984 dirigida por el Secretario del Tribunal Supremo de Elecciones al Magistrado Presidente.

## VIGENCIA Y SUPRESION DE LA PENA CAPITAL. LA POLEMICA DE AYER Y HOY.

(Argumentos, prejuicios y realidades)

"...El hombre teme no sólo su propia muerte sino también la muerte de los otros. Y, al mismo tiempo, acepta fácilmente la muerte causada por la violencia, y lo que menos teme es aquella muerte de la cual él es autor y causa, el homicidio que es obra de sus propias manos. (...) Los asesinatos no son cometidos exclusivamente por los fascinerosos: hay asesinatos organizados en gran escala por los Estados, por hombres que se encuentran ya en el poder o que acaban de apoderarse del poder. Y ante todos estos asesinatos el horror a la muerte se muestra embotado o aún ausente, siendo así que este horror tendría que ser doblemente intenso, pues se trata de la muerte, y de la muerte causada por un asesinato. La pena de muerte no es considerada ya como un asesinato; tampoco la muerte en el transcurso de la guerra. Peor aún, deja de ser considerada como una fuente de horror..." (N. Berdiaev; "De l'esclavage et de la liberté de l'homme").

*Dr. Fernando Cruz Castro*

Profesor de la Facultad de Derecho,  
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: 1.—Inviolabilidad de la vida humana. Abolición de la pena de muerte. 2.—Argumentos de los retencionistas: a) Criterios de autoridad; b) Argumentos teóricos; c) Argumentos prácticos. 3.—Argumentos de los abolicionistas. 4.—La pena de muerte y la Prevención General. La investigación de I. Ehrlich. 5.—La pena de muerte y los objetivos del Derecho penal moderno. 6.—La pena de muerte en la Unión Soviética y en los Estados Unidos. Algunas observaciones sobre la nueva legislación penal cubana. 7.—Vigencia de la pena de muerte: las ejecuciones extrajudiciales. 8.—La pena de muerte y el aumento de la delincuencia. 9.—La reincidencia y su supuesta vinculación con la pena capital. 10.—La supervivencia de la pena de muerte, el carácter necrófilo, el "chivo expiatorio", y la insensibilidad ante la violencia. 11.—La supresión de la pena de muerte en Costa Rica. Una tradición abolicionista que supera los cien años. 12.—La pena de muerte en el Derecho Internacional: a) Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948); b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; c) La Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 13.—La pena de muerte como respuesta política autoritaria y represiva. 14.—Conclusiones.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS:

A.D.P.C.P.: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

C.P.C.: Cuadernos de Política Criminal. España, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

D.P.: Doctrina Penal, Argentina.

*La pena de muerte parece que es un tema agotado, especialmente en Costa Rica, donde fue abolida hace más de cien años. Sin embargo, esa impresión sólo responde a una visión parcial y superficial del problema, puesto que la pena capital subsiste en la legislación de muchos Estados (U. S. A. y la Unión Soviética, por ejemplo) y también sobrevive, de hecho, en las crueles ejecuciones extrajudiciales (los famosos "desaparecidos"); en muchos países, aunque la hayan abolido formalmente, estas ejecuciones ilegales y clandestinas demuestran que la realidad desborda y trastorna las pretensiones de las normas que no cuentan con un contexto socio-político que propicie su plena realización.*

*También la pena de muerte sobrevive en el corazón del ciudadano; casi siempre la corriente de opinión predominante aprueba la aniquilación física del delincuente, ya que se considera que tal medida permitirá disminuir la delincuencia y defender eficazmente a la sociedad. Esta es una opinión que se fundamenta en prejuicios y conceptos cuya racionalidad sólo es aparente.*

*La abolición de la pena de muerte, que debe ser uno de los presupuestos para lograr una verdadera humanización (personalización) de las relaciones sociales, no es, tal como lo demuestran algunas de las observaciones que he citado, un tema agotado o definido, por esta razón este breve ensayo tiene el propósito de analizar los hechos y argumentos que explican la persistente supervivencia de la pena capital y las dificultades que surgen al pretender suprimirla.*

#### 1. Inviolabilidad de la vida humana. Abolición de la pena de muerte.

Uno de los valores esenciales que debe reconocer la política criminal es la inviolabilidad de la vida humana. Para que un Estado sea auténticamente democrático, para que el régimen pueda lograr la verdadera dignificación de la persona, es necesario que renuncie a una de las notas características de la política criminal autoritaria y represiva: la pena de muerte.<sup>(1)</sup> Aunque aparentemente la polémica de la pena de muerte ya

(1) GARCIA VALDES, Carlos. "Derecho penal autoritario: notas sobre el caso español". C. P. C. N° 3, 1977, p. 65. Es esencialmente contradictorio que un Estado admita la pena de muerte, y a su vez considere que la vida es el derecho individual más importante, y lo es aún más si pretende ser un Estado Democrático. Encontramos así una coincidencia entre el respeto a la vida, la abolición de la pena capital y el Estado democrático. BARBERO SANTOS, M. "Pena de muerte y Estado Democrático". D. P. N° 24, 1983, p. 662.

se ha superado,<sup>(2)</sup> es necesario detenerse, aunque sea brevemente, sobre los argumentos que usualmente se utilizan para justificar la pena capital para legitimar su abolición.

## 2. Argumentos de los retencionistas:

Los principales argumentos en favor de la pena de muerte, se pueden resumir en tres aspectos: mantenimiento de la autoridad y las justificaciones teóricas y prácticas.<sup>(3)</sup>

(2) A veces se piensa, equivocadamente, por supuesto, que el problema de la pena de muerte ya está superado. Sin embargo, de acuerdo con una reciente investigación hecha por Naciones Unidas, se ha logrado establecer que en el período 1975-79, de un total de 152 Estados miembros, sólo el 13% (19 países) eran totalmente abolicionistas. En el mismo estudio se logró demostrar que en la aplicación de la pena capital ocupa un primer lugar en los debates contra el gobierno, de lo cual se deduce que se utiliza más como instrumento para proteger y mantener un determinado régimen socio-político que como sanción de un hecho delictivo. LOPEZ, Rey y ARROJO, Manuel: "Criminalidad y Abuso de Poder" Ed. Tecnos, España, 1983, p. 99-100.

(3) BERISTAIN, Antonio. "Pro y contra de la pena de muerte en la política penal contemporánea", publicado en la obra "Cuestiones penales y criminológicas". Ed. Reus, España, 1979, p. 581. Los principales argumentos de los abolicionistas y antiabolicionistas, son los siguientes: a) *Argumentos abolicionistas*: La pena de muerte es un abuso legislativo; siempre es violencia y destrucción; constituye un terror penal completo; es contraria a los fines de la pena; el Juez siempre tiene mucho temor de aplicarla; es contraria al actual patrimonio cultural; tiene un efecto criminógeno y glorificador. Sobre este último aspecto, Von Hentig cita dos ejemplos en los que se revela claramente ese efecto; dice el citado autor alemán que "...a mediados del siglo XIX podía verse en todas las paredes de París el retrato del asesino Lacenaire. De todas partes enviaban a su celda selectas golosinas y los mejores vinos; cada día le visitaban literatos que anotaban sus sarcásticas observaciones y todas las frases efectistas que imaginaba en su borrachera. Mujeres jóvenes, hermosas y elegantemente vestidas, se disputaban el honor de serle presentadas y quedaban inconsolables cuando él las rechazaba...", y refiriéndose a otro caso, nos describe que "...cuando fue condenado a muerte en 1946, en Inglaterra, Walter G. Rohland, se presentó un hombre cuya confesión era manifiestamente falsa. Reconoció más tarde que los datos que proporcionó eran absurdos, que había querido desempeñar el papel de héroe y que siempre fue su deseo morir ahorcado. La vida carecía realmente de valor, no merecía la pena de ser vivida, por ello era bueno morir ahorcado como un héroe...", ver VON HENTIG, Hans: "La pena", Ed. Espasa Calpe, España, 1968, T. II, p. 136 y 138b. *Argumentos antiabolicionistas*: La pena de muerte es un medio de selección artificial; su costo es menor que el que se requiere en otras sanciones penales. Este argumento es totalmente contrario a los derechos humanos, ya que en cuanto a la vida y dignidad de la persona, las consideraciones económicas pasan a un segundo plano. Otros consideran que es un remedio violento contra la violencia o que puede ser eficaz en la prevención de los actos de justicia popular. Finalmente, uno de los argumentos que más se utiliza consiste en el hecho de considerar que la pena capital elimina la parte enferma de la sociedad, ver GARCIA VALDES, Carlos: "No a la pena de muerte", Ed. Cuadernos para el Diálogo, España, 1975, p. 114.

a) *Criterios de autoridad*: Una gran parte de las justificaciones filosóficas y teológicas sobre la pena capital se fundamenta en la necesidad de mantener el principio de autoridad, de manera que la pena de muerte se justificaría en los casos de extrema gravedad, cuando está en peligro el orden y la seguridad del régimen.<sup>(4)</sup>

b) *Argumentos teóricos*: En forma resumida, Antonio Beristain menciona los siguientes: "...La pena de muerte es necesaria por su máxima fuerza preventiva e intimidativa respecto a ciertos posibles delincuentes; los crímenes más graves exigen, como justa retribución, como natural consecuencia, la pena capital; el delincuente, al infringir gravemente la ley, se ha privado del derecho a la vida. En tal supuesto, la autoridad debe dar paso y reconocimiento a este proceso privativo, la autoridad tiene facultad para imponer la sanción máxima porque la comunidad le ha otorgado tal poder; si un miembro del "cuerpo" comunitario tiene una enfermedad incurable y contagiosa, para evitar mayores males, la única solución es amputar dicho miembro; la realización de la justicia, la reintegración del orden jurídico violado por el delito, exige la pena de muerte..."<sup>(5)</sup>

c) *Argumentos prácticos*: De acuerdo con algunos especialistas, fundamentándose en experiencias del pasado y en las estadísticas actuales, tratan de demostrar que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital.<sup>(6)</sup>

## 3. Argumentos de los abolicionistas:

No puede considerarse que la pena de muerte sea el último instrumento para el mantenimiento del Derecho, ya que en muchas ocasiones la salvación de una vida humana que ha sido condenada a la pena capital depende del oportunismo político del Gobierno afectado,<sup>(7)</sup> o de que ceda ante las presiones externas o internas, o que se produzcan otra serie de acontecimientos que son totalmente ajenos al Derecho. Esto convierte la vida del condenado en una mercancía, cuya suerte no depende de razones jurídicas, sino que está en función de cuestiones tan frívolas como la publicidad o la simpatía que despierte el caso.<sup>(8)</sup>

No es posible pensar que la autoridad del Estado pueda llegar a tal extremo, aunque se haya cometido un delito muy grave, de que pueda disponer de la vida de uno de sus conciudadanos. La vida de cualquier

(4) BERISTAIN, A. Ibid.

(5) Ibid. p. 583.

(6) Ibid.

(7) Generalmente la pena capital se aplica más contra las personas que provienen de los grupos marginados, de las minorías étnicas o de las agrupaciones que se oponen a un gobierno autoritario. La imposición de la pena de muerte muchas veces obedece a motivaciones políticas LOPEZ, Ray y ARROJO, M. Supra nota 2, p. 97.

(8) GARCIA VALDES, Carlos. Supra, nota 3, p. 287-288.

persona está por encima del "pacto social", la "defensa del régimen" encuentra su límite en la inviolabilidad de la vida humana.

Sabemos que el delito tiene, en alguna medida, un origen social es decir que el contexto socio-político puede ser criminógeno; en estas condiciones, por qué razón consideramos que en algunas ocasiones se puede aplicar la pena capital a un delincuente?, ¿en qué casos el delito por el que se le condena se origina en condiciones sociales injustas y criminógenas?, no lo sabemos, pero esta duda cuestiona profundamente la simplicidad con que la pena de muerte pretende resolver la culpabilidad de un delincuente.

Los que tratan de justificar la pena capital a través del argumento de que para impedir la infección en el organismo (la sociedad) se debe eliminar al delincuente, adoptan una argumentación ilógica, muy discutible, desde un punto de vista filosófico. Cuando se amputa una parte del cuerpo, el trozo que se quita no tiene un fin en sí mismo, sino que lo que interesa es el servicio que presta; sin embargo, la persona humana no puede concebirse, si se quieren evitar los excesos del totalitarismo, como un mero instrumento de la sociedad, sino que tiene un fin específico, independiente del cuerpo social. Por otra parte, la amputación del miembro sólo se justifica, desde un punto de vista médico, cuando sea imprescindible para salvar el resto del cuerpo; si se pudiese aplicar un procedimiento menos radical, a él se deberá recurrir. De manera que esta argumentación sólo será medianamente aceptable si se demuestra que la desaparición de un ser humano resulta imprescindible para la salvación de la sociedad. (9)

#### 4. La pena de muerte y la prevención general.

Uno de los argumentos medulares que utilizan los defensores de la pena de muerte, es el siguiente: la pena capital logra intimidación significativa sobre los delincuentes potenciales (prevención general).<sup>(10)</sup> Este

- (9) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Contra la pena de muerte", publicada en "Estudios de Derecho Penal", Ed. Civitas, España, 1976, p. 25.
- (10) El efecto preventivo general de la pena capital es uno de los argumentos que más utilizan los que defienden su vigencia. Se pueden mencionar tres razones que explican el predominio de este argumento: 1.—La primera es que parece una justificación muy razonable. El temor a la muerte es un sentimiento compartido por todos y se supone que las personas harían cualquier cosa por evitarla. Da la impresión de que el efecto inhibitorio que produce la amenaza de muerte contiene una estructura lógica impecable, sin embargo, si se profundiza la afirmación mencionada, se llega a la conclusión de que no es cierta. 2.—La segunda razón es que el argumento preventivo general proporciona una justificación más civilizada y razonable que los argumentos que se fundamentan en motivaciones retributivas o de venganza. 3.—Finalmente, la supuesta inhibición que produce la pena capital sobre los delincuentes potenciales, salvando así muchas víctimas inocentes, parece establecer una razonable función utilitaria a la pena capital. Ver FATTAH, Ezzat. "Is capital punishment a Unique Deterrent? A dispassionate Review of Old and New Evidence", Canadian Journal of Criminology, July, 1981, Vol. 3, N° 3, p. 292.

argumento no tiene una fundamentación empírica aceptable. Muchos estudios y análisis que han hecho distintos investigadores, demuestran que la pena de muerte en nada influye sobre la prevención general.<sup>(11)</sup> Se han hecho investigaciones que pretenden establecer alguna relación entre la tasa de homicidios y la pena capital, comprobándose que la primera no sufre ninguna variación significativa al suprimir o introducir la pena capital.<sup>(12)</sup> Además, es necesario tomar en cuenta que la identificación, persecución y acusación de los responsables de hechos delictivos está, en un alto grado, determinado por factores sociales, de manera que es probable que quien comete un crimen, le dé mayor importancia a la posibilidad de ser descubierto y procesado, que a la gravedad de la pena que se le impondrá, ya que este aspecto luce mucho más lejano que el proceso.<sup>(13)</sup> Si en realidad se pretende que la pena de muerte logre una intimidación general significativa, debería generalizarse, pero esto contradice los valores fundamentales de un Estado democrático de Derecho y los objetivos político criminales que éste puede desarrollar. La generalización de la pena capital significa una alarmante devaluación del respeto que el Estado debe darle a la vida, lo que podría traducirse, eventualmente, en un aumento de la violencia social e individual; por ejemplo, se ha comprobado que las sociedades que han tenido que enfrentar una guerra, sufren un aumento del índice de homicidios.<sup>(14)</sup> Esta situación permite darle validez,

- (11) GIMBERNAT ORDEIG, E. Supra nota 9, p. 26. BERISTAIN, Supra nota 3, p. 588 y 592. Existen muchos ejemplos que demuestran que la pena de muerte no tiene la virtud intimidativa que se le atribuye, por ejemplo, según narra Von Hentig, un hombre que no admitía la designación de un defensor ni quería que se interpusiera ninguna apelación, ya que sólo deseaba morir. Mylius se refiere a un edicto del 17 de mayo de 1711, en el que se de muestra la poca intimidación que ejercía la pena capital; la misma se prescribía, antes del decreto mencionado, contra las deserciones, que eran cada vez más frecuentes, por lo que en vista de su ineficacia, fue sustituida por "...el corte de nariz, de una oreja, trabajos forzados con grilletes..." Cuando se aplican penas tan drásticas como la pena de muerte, fácilmente aparecen callosidades psicológicas, tal como ocurre con el cuerpo cuando éste se adapta a un estímulo permanente. Esto fue lo que ocurrió, durante la etapa del terror revolucionario de la revolución francesa. VON HENTIG, Hans: "La pena". Ed. Espasa Calpe, España, 1968, T. II, p. 131-132.
- (12) TIFFT, Larry: "Capital Punishment research, Policy, and Ethics: Defining Murder and Placing Murderers", Crime and Social Justice, N° 17, 1982, p. 63. CHAMBLISS comparó el número de prisioneros que fueron ejecutados y los índices de homicidios entre los años 1951-1966 y comprobó que la disminución de las ejecuciones no produjo una variación significativa en el índice de homicidios. FATTAH, Ezzat. Supra nota 13, p. 295.
- (13) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 307.
- (14) BOWERS y PIERCE han encontrado que la pena capital permite legitimar, aunque sea a nivel inconsciente, la violencia y la destrucción. En el estudio citado, que abarcaba los años 1907 a 1963, se encontró que el número de homicidios crecía ligeramente después de que se producía alguna ejecución. TIFFT, Larry. Supra nota 12, p. 65.

aunque muy relativa, a la afirmación de que cuando el Estado introduce la muerte como parte de su política criminal, lo que hace es propiciar un factor criminógeno en relación a la criminalidad violenta; por otra parte, la pena de muerte, aunque sólo se aplique en casos aislados, promueve los antivalores de la violencia, ya que ésta no deja de ser lo que es por el hecho de que haya sido la culminación de un proceso en el que se han respetado todas las garantías procesales y sustantivas que requiere el proceso penal de un Estado de Derecho.

Como parte de la intimidación general que supuestamente alcanza a la pena capital, se afirma que la ceremonia de ejecución del condenado logra un efecto psicológico (inhibitorio) importante sobre la sociedad; sin embargo, de acuerdo con algunos estudios que se han hecho, se ha comprobado que después de la ceremonia de ejecución de algún ciudadano más bien aumenta, aunque ligeramente, el índice de homicidios.<sup>(15)</sup> Esta situación plantea la posibilidad de que al aplicar el Estado la pena capital refuerza y promueve la cultura de la violencia, puesto que al privar de vida a un ciudadano que ha ofendido a la sociedad, parece admitir la posibilidad de que la violencia sea un procedimiento legítimo para resolver los conflictos individuales y sociales.<sup>(16)</sup>

La pena capital propicia algunas situaciones que anulan totalmente el efecto preventivo general que supuestamente propicia; dentro de estas situaciones, vale la pena mencionar las siguientes:

a) La pena capital produce un efecto inhibitorio sobre los jueces o el jurado. El hecho de que sea una sanción tan radical infunde temor al juzgador, especialmente en un Estado democrático de Derecho, y por este motivo más bien se convierte en un medio para proteger innecesariamente al inculpaado a través de la intimidación del juzgador, ignorando t

talmente la protección que se le debe dar a la sociedad. En cierta medida ocasiona una pérdida significativa de la objetividad que debe inspirar a quienes deciden sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado. De manera que en muchos casos en los que se habría condenado al acusado, se dicta sentencia absolutoria, ya que una pena tan radical y violenta como la pena capital produce efecto inhibitorio, trastornando totalmente la decisión que debió adoptarse.<sup>(17)</sup>

b) La pena capital se utiliza tan esporádicamente, que en realidad este hecho, por sí mismo, debilita su efecto preventivo general, puesto que es tan excepcional su aplicación, que el delincuente potencial siempre la verá como una eventualidad muy improbable. Por otra parte, si se utiliza en forma generalizada, entonces también pierde su efecto inhibitorio, pues la gente, se acostumbra a su aplicación, perdiéndose el supuesto efecto disuasorio que produce.<sup>(18)</sup>

c) Otro aspecto interesante sobre las paradojas que se suscitan al analizar el supuesto efecto disuasivo de la pena capital se refiere a la naturaleza de los delitos para los que se prevé la pena de muerte, ya que usualmente se establece para crímenes violentos o contrarios a la libertad sexual, y en estos casos, dada la naturaleza del infractor y las circunstancias en que se producen estos delitos, el efecto preventivo general casi es nulo;<sup>(19)</sup> en cambio, en otro tipo de infracciones, tal vez podría lograrse un efecto disuasorio significativo, como ocurre con la criminalidad de los poderosos (grandes fraudes económicos, etc.), sin embargo, para este tipo de criminalidad, nunca se prevé la pena de muerte.<sup>(20)</sup>

*La investigación de I. Ehrlich. Sus resultados sorprendentes sobre el efecto preventivo general de la pena capital son sólo aparentes.*

Hasta 1975 los investigadores que analizaron la relación entre el homicidio y la pena de muerte tenían la convicción generalizada de que la pena capital no producía ningún efecto visible sobre la tasa de ho-

(15) Ibid. Los resultados de las investigaciones que se han hecho en este campo no son plenamente coincidentes. SAVITZ (ver "Study in Capital Punishment" Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 49, p. 338, 1958) estudió los efectos que produjeron sobre el índice de homicidios cuatro ejecuciones de muerte que fueron ampliamente comentadas en los medios de comunicación colectiva (1940), y llegó a la conclusión de que el índice de homicidios no aumentaba ni disminuía después de que se imponía la pena de muerte en los cuatro casos analizados. Phillips también estudió este problema (ver "The Deterrent effect of capital punishment: new evidence on an old controversy", American J. of Sociology, 86 (July), p. 139, 1980) analizando los índices semanales de homicidios de la ciudad de Londres entre 1858-1921, llegó a la conclusión de que el índice de homicidios disminuye durante la semana en que se produce una ejecución que recibe mucha publicidad; esta disminución también se mantiene en la semana posterior a la ejecución. Posteriormente, el índice aumenta nuevamente y cinco o seis semanas después de la ejecución, la disminución inicial es compensada por un aumento de los homicidios. En realidad no existe evidencia científica que permita considerar que la pena de muerte produce un efecto inhibitorio significativo sobre los infractores potenciales. FATTAH, Supra nota 10, p. 299.

(16) TIFFT, L. Ibid, p. 65.

(17) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 302.

(18) Ibid, p. 302-303. No debe olvidarse que al ser humano le cuesta mucho pensar en su propia muerte o destrucción, salvo que por algún trastorno psicológico posea una fuerte motivación autodestructiva. Además, la pena de muerte siempre luce lejana e improbable.

(19) Generalmente la pena de muerte se establece para el delito de homicidio, sin embargo, es una de las acciones delictivas en las que esa sanción ejerce un efecto preventivo ineficaz; se reconoce que el delito de homicidio es el resultado de una reacción eminentemente irracional (impulsos emocionales) o el producto de una patología permanente o transitoria (influencia de las drogas), no teniendo especial influencia el control que puede ejercer el análisis racional o el temor por las consecuencias más o menos graves de la sanción. Debe recordarse, finalmente, que un porcentaje importante de los homicidas demuestran indiferencia por la muerte, no le temen, o tienen un deseo inconsciente de morir. FATTAH, Ezzat, Supra nota 10, p. 304, 305, 306.

(20) Ibid, p. 303.

micidios.<sup>(21)</sup> Pero en 1975 se publica un trabajo en el que se logra una conclusión distinta. El trabajo fue hecho por Ehrlich, un economista de la Universidad de Chicago. Sus hipótesis las adoptó a un modelo económico, llegando a la conclusión, de acuerdo a sus presupuestos, de que cada ejecución podría inhibir a algunos criminales potenciales, salvándose un promedio de ocho personas por cada ejecución. La investigación abarcó un período de treinta y cuatro años (1933 a 1967) y sus resultados permitieron respaldar la tesis favorable a la pena capital ante los tribunales norteamericanos, tal como ocurrió en el caso de Fowler vs. North Carolina y el de Gregg vs. Georgia.<sup>(22)</sup>

Las críticas que se le hicieron a la investigación de Ehrlich, fueron las siguientes:

a) Se encontraron algunas debilidades en sus presupuestos, en el modelo y en el análisis aplicado. En realidad la evidencia sobre el efecto preventivo de la pena de muerte depende, en gran parte, de una presunción restrictiva sobre la relación matemática entre homicidios y ejecuciones. Se incluyeron en el modelo algunas observaciones muy particulares y se utilizaron variables de control muy limitadas. Por otra parte, el contenido de la variable esencial, como ocurre con el porcentaje de ejecución, resulta muy discutible.<sup>(23)</sup>

b) El estudio de Ehrlich es muy sensible al período que se utiliza en la investigación. Por ejemplo, entre 1962 y 1969 las ejecuciones cesaron, mientras que los homicidios crecieron, pero no en una proporción mayor que el resto de los delitos, lo cual pone en tela de juicio el significativo efecto preventivo de la pena capital. Bowers y Pierce reprodujeron el modelo de Ehrlich, pero variando ligeramente los períodos de análisis comenzando en todos los casos en el año 1935, pero terminando en un año diferente de la década del sesenta; sus conclusiones fueron, en todos los casos, diferentes a las de Ehrlich.<sup>(24)</sup>

c) La crítica más interesante la formuló Hahn, quien considera que la utilización de los modelos de comportamiento que emplean los economistas requieren datos precisos y relevantes, pero esto no lo logró Ehrlich y pasarán muchos años antes de que esa precisión se logre. En realidad se trata de una investigación que obtuvo resultados muy circunstanciales y discutibles.<sup>(25)</sup>

(21) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 299-300.

(22) Ibid.

(23) Ibid.

(24) Ibid. p. 301.

(25) Ibid.

## 5) La pena de muerte y los objetivos del Derecho Penal moderno.

Los que consideran que la pena de muerte es una reacción justa, una equitativa retribución a la acción del delincuente, desconocen la función esencial que debe cumplir el Derecho penal en una sociedad moderna y democrática. El comportamiento humano es el resultado de una infinidad de factores (biológicos, psicológicos y sociológicos) y nadie está en capacidad de establecer la medida y la forma en que esos factores han podido influir en el comportamiento de la persona, por esta razón es que resulta muy difícil hablar de expiación y retribución. Es bastante difícil determinar el grado de libertad que tiene una persona en cada uno de sus actos, tampoco tenemos plena seguridad sobre el contenido y las razones que legitiman la expiación a la que es sometido el delincuente. Esta argumentación nos lleva al problema del fin del Derecho penal. El objetivo fundamental de éste no es la moralización ni la retribución, tiene un propósito mucho más modesto: defender la Sociedad e impedir la lesión de los intereses jurídicos de mayor relevancia social. De acuerdo con esta finalidad, la pena de muerte sería totalmente inútil, ya que si no tiene relevancia alguna en la prevención de los delitos, no tiene sentido imponer una sanción que ocasiona la pérdida del bien más importante del hombre y que no produce ninguna utilidad a la sociedad,<sup>(26)</sup> siendo sus efectos, por otra parte, irreparables, especialmente cuando se produce un error judicial.<sup>(27)</sup>

(26) GIMBERNAT, E. Supra nota 9, p. 27.

(27) Según estudios que se han realizado en Inglaterra, se logró demostrar que entre el siglo pasado y el actual, en once casos en los que se impuso la pena capital, se cometieron errores judiciales. En cuanto a los Estados Unidos, Wood-Waite afirman que el error judicial se produce, por lo menos, en un once por ciento de las sentencias de asesinato en primer grado. BARNES y TEETERS consideran que el error judicial afecta, de alguna forma, el cincuenta por ciento de las sentencias norteamericanas. Esta cifra puede ser exagerada, pero lo importante es que tenemos suficiente evidencia sobre la posibilidad de que una persona puede ser privada de su vida, siendo inocente. GARCIA VALDES, Carlos: "Introducción a la penología", Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, España, 1981, p. 56. VON HENTIG cita casos reales y dramáticos sobre los errores judiciales, lo que demuestra uno de los más graves peligros que encierra la pena de muerte. VON HENTIG, H. Supra nota 11, p. 164 ss. Uno de los casos más dramáticos en los errores judiciales es el de Timoty Evans, quien fue ejecutado por el asesinato de su mujer y de su hija. Sin embargo, en 1953, cuatro años después de la ejecución, John Christie, principal testigo en el juicio contra Evans, fue condenado por asesinato de varias mujeres, confesando Christie, durante el proceso, que había matado a la esposa de Evans. En este caso la pena capital impuso una absoluta irreparabilidad del error judicial. Citado por BARBERO SANTOS, M. Supra nota 1, p. 666-667. Sobre el tema del error judicial puede consultarse la obra de René Floriot, "Los errores judiciales", Ed. Noguer, España, 1972.

6. *La pena de muerte en la Unión Soviética y en los Estados Unidos. Algunas observaciones sobre la nueva legislación penal cubana.*

Es curioso que en los dos países más poderosos de la tierra, cuyos modelos socio-políticos inspiran la mayor parte de las naciones del Tercer Mundo, mantienen la pena capital.<sup>(28)</sup> En el caso de la Unión Soviética, sus leyes prescriben la muerte por fusilamiento para 18 diferentes delitos en tiempos de paz, algunos de ellos son delitos económicos o políticos en los que no ha existido ningún tipo de violencia.<sup>(29)</sup> Según de

(28) En muchos aspectos existe coincidencia entre el modelo soviético y el norteamericano, por esta razón es necesario buscar nuevas formas de convivencia, o como llama GARAUDY, un proyecto de civilización (ver del autor "La Alternativa", Ed. Tiempo Nuevo, Venezuela, 1972, p. 93 ss.), que eviten la deshumanización que se ha producido en la sociedad soviética y en la sociedad "consumista" norteamericana. La coincidencia entre algunas de las características del modelo capitalista (norteamericano) y socialista (soviético) lo señala muy acertadamente JAGUARIBE, en los siguientes términos: "...En lo esencial, la sociedad capitalista contemporánea se funda en desigualdades sociales cuyos desniveles (en el ámbito de los países centrales) serán eventualmente tolerables, pero no suprimibles, dentro del sistema. Estos desniveles, además de otras características del sistema vigente, importantes en tanto que hacen del Estado de bienestar social una gran máquina de manipulación de masas, imponiendo conformidad y reprimiendo, en mayor o menor grado, las verdaderas formas de independencia. Añádase, como vimos, que el capitalismo de bienestar social de los países centrales no es universalizable. Este expresa, precisamente, la convergencia, para tales países, de los beneficios que se derivan de formas fuertemente inegalitarias de la distribución internacional de las tareas productivas y de su producto. El "welfare state" de un pequeño número de países centrales tiene como contrapartida la marginalidad de los países periféricos, habitados por más de dos tercios de la población mundial..." En cuanto a la Unión Soviética, a pesar de sus éxitos innegables en términos de desarrollo económico y tecnológico, no ha logrado instaurar una sociedad básicamente igualitaria, asentada en valores humanistas. El pueblo soviético presenta diferencias notables entre los sectores urbanos y rurales, lo mismo que entre las nacionalidades y las regiones. Por otra parte, está dividido en tres clases básicas (la clase baja de los trabajadores manuales, la clase media de los administradores, y la clase alta de dirigentes políticos e intelectuales), entre las que existen diferencias en términos de ingresos, de status y de oportunidades. A cambio de esa estructuración desigual, el pueblo soviético continúa pagando el precio de una regimentación burocrático-totalitaria que impide el disfrute de una plena libertad política y personal. JAGUARIBE, H. "Hacia la Sociedad no represiva", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 142, 143 y 144.

(29) "Presos de conciencia en la U.R.S.S.". Informe de Amnesty Internacional, España, 1980, p. 2. En la Unión Soviética la pena capital ha sido abolida en varias ocasiones, pero siempre se ha restaurado poco tiempo después. Por ejemplo, después de la guerra, mediante decreto del 26 de mayo de 1947, se abolió la pena capital. Sin embargo, el espíritu que impuso la guerra fría propició su reintroducción el 12 de julio de 1950, estableciéndola para los traidores a la patria, espías y saboteadores. El 30 de abril se extendió su aplicación a los condenados por el delito de homicidio con premeditación.

tos que proporciona Amnistía Internacional,<sup>(30)</sup> de acuerdo con los medios oficiales de comunicación de la U.R.S.S., se informa de la condena de muerte de treinta personas, aproximadamente, pero es muy posible que el número de ejecuciones sea superior a la cifra citada.<sup>(30bis)</sup>

Respecto de los Estados Unidos, en muchos Estados se aplica la pena de muerte. Antes de que se produjese el histórico fallo del 29 de junio de 1972, emitido por el Tribunal Supremo, la pena capital se había abolido en nueve Estados.<sup>(31)</sup> En los Estados Unidos se ha producido una derogatoria parcial de la pena de muerte, aunque no por vía legislativa, sino a través de una decisión del Tribunal Superior en el caso de Furman v. Georgia, en el que se determinó que: "...el pronunciar y aplicar la pena de muerte en estos casos constituye una pena cruel y desacostumbrada que viola las enmiendas ocho y catorce de la Constitución."<sup>(32)</sup> En

tación. En el código penal soviético, (del 27 de octubre de 1960), reformado por ley del 25 de julio de 1962) el artículo 23 prevé la pena capital como sanción, excepcional, manifestándose, según declaraciones oficiales, que algún día se decretará su completa abolición. La pena capital no siempre se impone en la U.R.S.S. por delitos violentos, puesto que por ejemplo el 28 de abril de 1982 los medios de comunicación occidentales se referían a la noticia publicada el día anterior en "Pravda", en la que se comentaba el fusilamiento del ex-vice ministro de Pesca soviético Rytov, ya que los tribunales consideraron que estaba implicado en el escándalo del caviar. (Ver BARBERO SANTOS, Marino. Supra nota 1, p. 671-672). Actualmente, en la U.R.S.S. la pena de muerte puede imponerse, entre otros, por los siguientes delitos: por participar en la creación de organizaciones para cometer delitos especialmente peligrosos contra el Estado o contra cualquier otro "Estado popular de trabajadores", o a quienes organicen bandas armadas. Ver JOHNSON, E. L. "El sistema jurídico soviético", Ed. Península, España, 1974, p. 198-199. Ver también "Marxismo y Democracia" (Enciclopedia de Conceptos Básicos) Ed. Rioduero, España, 1975, p. 10-11-12.

(30) En el año 1979, Amnistía Internacional pudo establecer que en la U.R.S.S. se había impuesto la pena capital a cuarenta y tres personas. Ver "Informe de Amnistía Internacional", 1980, p. 270.

(30bis) "Presos de conciencia de la U.R.S.S." Supra nota 29, p. 2.

(31) GARCIA VALDES, Carlos. Supra nota 3, p. 47, 48 y 49.

(32) BARBERO SANTOS, Marino: "La pena de muerte en el Derecho histórico actual" publicado en la obra titulada: "La pena de muerte: seis respuestas", España, 1978, p. 64. En el caso Furman v. Georgia la mayoría de los jueces de la Corte Suprema consideraron que la legislación de algunos Estados que establecían la pena capital, especialmente Texas y Georgia, no se ajustaban a las exigencias establecidas por las enmiendas ocho y catorce de la Constitución. A raíz de esta decisión, los tribunales superiores de varios Estados, invalidaron las normas que establecían la pena capital. En la resolución sobre el caso Furman, la opinión de los jueces tuvo distintos matices, tal como se demuestra en el siguiente resumen: a) Para el Juez Douglas la discrecionalidad que existía en cuanto a la decisión de imponer la pena capital, propiciaba sentencias caprichosas y arbitrarias. Es decir, que no existía un control que limitara la discrecionalidad en la individualización de la pena. Los Jueces Stewart y White coincidieron con este razonamiento; b) El Juez White también consideró que el hecho de que la pena capital



cuanto a la enmienda octava, ésta prohíbe las penas crueles y desacostumbradas, y la enmienda catorce contiene las garantías procesales, que contempla, entre otras, la igualdad en la protección judicial. En cuanto a este último aspecto se consideró que no había igualdad, ya que la pena de muerte se aplicaba con frecuencia a los grupos minoritarios (especialmente a la población de raza negra).<sup>(33)</sup> Este fallo, así como otros que se dictaron, se refería a casos en los que se concedía a los Tribunales la facultad para decidir sobre la vida y la muerte, o en los que se permitía a los jurados pedir clemencia. Pero el Tribunal Supremo no emitió ningún pronunciamiento sobre los casos en que la legislación de un Estado contempla la aplicación forzosa de la pena de muerte a las personas que han cometido delitos especialmente graves. Esta omisión es lo que ha permitido que algunos Estados hayan reinstaurado la pena capital, pues han hecho

sea una sanción bastante infrecuente hace que ésta carezca de un objetivo penológico definido y significativo; la indefinición en cuanto a la finalidad penológica se puede apreciar cuando se comparan casos en los que se ha impuesto la pena capital con otros en los que existen circunstancias parecidas pero no se ha decretado la pena de muerte; c) Para el Juez Marshall la pena de muerte instituye un mecanismo de discriminación que perjudica notoriamente a los acusados que pertenecen a grupos minoritarios. De todas las opiniones expresadas por los Jueces, sólo Marshall y Brennan consideraron que la pena capital era, por sí misma, inconstitucional. Esto explica, por lo menos en parte, la reinstauración de la pena de muerte unos años después del histórico fallo sobre el caso Furman. HERTZ, Randy; WEISBERG, Robert: "In mitigation of the Penalty of Death: *Lockett v. Ohio and the Capital Defendant's Right to Consideration of Mitigating Circumstances*", California Law Review, Vol. 69, 1981, p. 319. ARKIN, Steven: "Discrimination and Arbitrariness in Capital Punishment: An Analysis of Post-Furman Murder Cases in Dale County, Florida, 1973-1976", p. 77-78.

- (33) Siempre ha existido la presunción indiscutida de que la pena capital en los Estados Unidos ha reflejado la discriminación entre blancos y negros o entre los primeros y otras minorías étnicas; es decir, se ha considerado que la pena capital recae más sobre las minorías étnicas, particularmente los negros, que sobre otros grupos, especialmente la población de origen anglosajón. Sin embargo, las investigaciones que han tratado de comprobar la presunción mencionada, no han llegado a conclusiones que permitan demostrarla plenamente. Steven ARKIN no encontró evidencia científica significativa que demostrara la aplicación discriminada de la pena capital; aunque entre el año 1933 y 1967 el 53,5% de las personas ejecutadas eran de raza negra (siendo la población negra cinco veces menor que la población blanca), esta situación no demuestra la discriminación, ya que los grupos menos privilegiados de la sociedad incurrían en mayor proporción, en crímenes violentos, que es el tipo de delito para el que se prevé la pena capital. Los únicos estudios que demuestran una imposición discriminatoria de la pena de muerte se refiere a los delitos de violación en los estados sureños durante la vigencia del régimen de segregación. La discriminación era evidente cuando la víctima de la violación era de raza blanca y el acusado de raza negra. Sin embargo, estos estudios han perdido actualidad desde que la Corte Suprema al resolver el caso Coker v. Georgia, decidió que en los delitos de violación no podía imponerse la pena de muerte. Ver ARKIN, Steven. *Ibid.*, p. 82-83-90-100.

obligatorio lo que antes era discrecional. De todas maneras, el Senado, el 13 de mayo de 1974, se inclinó por su restablecimiento (54 votos a favor y 33 en contra).<sup>(34)</sup> La vigencia de la pena de muerte en los Estados Unidos, a pesar de la jurisprudencia abolicionista citada, es indudable, ya que a principios de 1980, más de 600 personas esperaban su ejecución en las prisiones norteamericanas.<sup>(35)</sup>

Un caso muy interesante es el de la legislación penal cubana, ya que se trata de un país del Tercer Mundo, al igual que Costa Rica, de manera que los problemas del subdesarrollo, aunque con diferencias importantes, nos identifican. El caso cubano es interesante, ya que en su Código Penal, de reciente promulgación, se mantiene la pena de muerte para una gran cantidad de delitos.<sup>(36)</sup> Esta situación tiene estrecha vinculación con la situación de los derechos humanos individuales en la sociedad cubana, cuyo balance no es muy favorable al régimen, ya que no puede ignorarse que muchos cubanos aspiran a tener una prensa no "esterilizada", a tener la posibilidad de viajar libremente, a expresarse contra el conformismo, etc.<sup>(37)</sup> Este panorama explica, en gran medida, el hecho de que el Código Penal cubano sea un instrumento de poder político excesivo, pues es extremadamente represivo, intimidativo y defensivo.<sup>(38)</sup> Utiliza la pena de muerte en forma excesiva, ya que la misma puede aplicarse en no menos de ochenta casos.<sup>(39)</sup> En algunos casos es evidente que la pena de muerte resulta excesiva en relación a la infracción, tal como ocurre con los siguientes delitos: a) El alistarse con ánimo de lucro en formaciones militares integradas en todo o en parte por individuos que no son ciudadanos del Estado en cuyo territorio se propone actuar; b) El penetrar clandestinamente en territorio cubano para cometer determinados delitos contra el Estado, entre ellos el que se denomina como propa-

(34) BARBERO SANTOS, M. *Supra* nota 32, p. 65.

(35) Ver "Informe de Amnistía Internacional VTRJ", p. 120.

(36) *Ibid.*, p. 111.

(37) BARTHELEMY, Françoise: "Las aspiraciones de los ciudadanos en una estructura estatal cortada a medida", publicado en "Le Monde Diplomatique" (en español) p. 26. El mismo autor agrega que la estructura política del Estado cubano está hecha a la medida del "líder máximo" (Fidel Castro). Este acumula las funciones de presidente del Consejo de Ministros, Presidente del Consejo Estado, comandante en jefe de las fuerzas armadas, Secretario General del Partido Comunista Cubano, y supervisa varios ministerios importantes.

(38) LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "Los nuevos códigos penales de Cuba y China", A.D.P.C.P., 1981, p. 604, 605.

(39) RIVACOBAY Y RIVACOBAY, Manuel afirma que la pena de muerte se establece en veintinueve delitos del código penal cubano, pero LOPEZ-REY objetiva esta cifra, ya que en la misma no se toma en cuenta el hecho de que en muchos delitos se enumeran una serie de modalidades que deben estimarse como casos en los que se prevé la pena capital. Ver LOPEZ-REY y ARROJO. *Ibid.*, p. 605 y RIVACOBAY Y RIVACOBAY, Manuel: "El nuevo código penal de Cuba" (1979), D. P., 1980, p. 376.

ganda enemiga (art. 132); c) El causar un hecho muy grave durante un tumulto o desorden en un establecimiento penitenciario (art. 186); ch) El acceso carnal con mujer menor de doce años, sin que sea mediante violencia ni intimidación, ni que el sujeto pasivo esté privado de razón ni de sentido, ni incapacitado para resistir (art. 353); d) El robo con violencia o intimidación, por el mero hecho de cometerlo en vivienda habitada o en vehículo de transporte público de pasajeros, o vistiendo ilegalmente uniforme de un cuerpo armado, o siendo reincidente por el mismo delito (art. 386); e) El robo con fuerza en las cosas, cometido en vivienda habitada, o vistiendo ilegalmente el uniforme de algún cuerpo armado (art. 387).<sup>(40)</sup>

### 7) Vigencia de la pena de muerte: las ejecuciones extrajudiciales.

En muchos países, especialmente del Tercer Mundo, la pena de muerte ha sido abolida de la legislación. Pero esta situación no resuelve el problema satisfactoriamente, ya que por ejemplo, en la mayoría de los países latinoamericanos se desarrolla una política criminal paralela a la oficial, en la que con la complicidad de las autoridades oficiales, se extermina en forma indiscriminada a todo el que sea "peligroso" o "sospechosamente izquierdista". La complicidad del Gobierno es difícil de establecer, pero se puede considerar que ésta existe cuando frecuentemente y utilizando métodos similares se produce el asesinato de los opositores del gobierno sin que éste adopte medidas para evitarlos.<sup>(41)</sup> Se trata de lo que podría calificarse como homicidios políticos gubernamentales, cuyas características define Amnistía Internacional de la siguiente forma: "...muerte ilegal y deliberada de personas a causa de sus opiniones o actividades políticas, reales o presuntas, de su religión y otra creencia, origen étnico, sexo, color o idioma, perpetrado por un gobierno o con su complicidad..."<sup>(42)</sup> Alternativamente también se habla de "ejecuciones extrajudiciales" cuando se priva arbitrariamente de su vida a cualquier ciudadano sin que haya existido un proceso judicial.<sup>(43)</sup> Muchos Gobiernos tienen participación directa o complicidad en las ejecuciones extrajudiciales, pero lógicamente, nunca lo admiten. La participación directa o indirecta de los gobiernos en las ejecuciones extra-judiciales debe deducirse a través de pruebas circunstanciales.<sup>(44)</sup> Las cifras relativas a las ejecuciones extrajudiciales son tenebrosas y deprimentes;<sup>(45)</sup> de acuerdo con una estimación hecha por el relator de la Comisión de los Derechos Humanos, señor S. Amos Wako, se considera que en los últimos quince años el número de ejecuciones extrajudiciales (sumarias o arbitrarias) llega a alcanzar, como mínimo, la alucinante cifra de dos millones.<sup>(46)</sup> Existen algunas condiciones mínimas que permiten determinar, en principio, que las ejecuciones extrajudiciales han sido investigadas con cierto grado de objetividad por parte de las autoridades.

(40) RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Ibid.*, p. 376-377.

(41) "Homicidios Políticos perpetrados por Gobiernos". Informe de Amnistía Internacional, Ed. Fundamentos, España, 1983, p. 135. Las ejecuciones extrajudiciales practicadas por algunos gobiernos, casi siempre se producen en medio de una situación política en la que se ha decretado la suspensión de los derechos constitucionales, y en la que se hace práctica común la intimidación de los testigos que han presenciado las violaciones a los derechos humanos, así como la supresión de pruebas y la pérdida de la independencia que corresponde al Poder Judicial. *Ibid.* p. 12. Uno de los indicadores más significativos en cuanto a la mayor o menor democratización de un sistema político se relaciona con el hecho de que existan posibilidades reales de identificar y sancionar a los funcionarios que incurren en hechos delictivos por abuso de poder, especialmente cuando se trata de ejecuciones extrajudiciales. (LOPEZ-REY, Manuel: "Criminalidad y Abuso de Poder", Ed. Tecnos, España, 1983, p. 37).

(42) "Homicidios Políticos...", *Ibid.*, p. 13.

tido un proceso judicial.<sup>(43)</sup> Muchos Gobiernos tienen participación directa o complicidad en las ejecuciones extrajudiciales, pero lógicamente, nunca lo admiten. La participación directa o indirecta de los gobiernos en las ejecuciones extra-judiciales debe deducirse a través de pruebas circunstanciales.<sup>(44)</sup> Las cifras relativas a las ejecuciones extrajudiciales son tenebrosas y deprimentes;<sup>(45)</sup> de acuerdo con una estimación hecha por el relator de la Comisión de los Derechos Humanos, señor S. Amos Wako, se considera que en los últimos quince años el número de ejecuciones extrajudiciales (sumarias o arbitrarias) llega a alcanzar, como mínimo, la alucinante cifra de dos millones.<sup>(46)</sup> Existen algunas condiciones mínimas que permiten determinar, en principio, que las ejecuciones extrajudiciales han sido investigadas con cierto grado de objetividad por parte de las autoridades.

(43) *Ibid.*

(44) Las principales circunstancias indiciantes que permiten deducir alguna responsabilidad del Gobierno, son las siguientes: 1) Que las víctimas hayan sido catalogadas como opositores del gobierno; 2) Que existan algunas evidencias que demuestren que las víctimas fueron vistas con vida, por última vez, bajo la custodia o responsabilidad de funcionarios gubernamentales; 3) Que el Gobierno tenga antecedentes que demuestren su participación en la violación de derechos humanos, especialmente en la tortura y desapariciones; 4) Que no exista otra explicación razonable sobre el homicidio en cuestión, aparte de la acción deliberada de las autoridades oficiales; 5) Que el gobierno no investigue ni detenga a las personas que podrían ser responsables del homicidio; 6) Que existan contradicciones entre las explicaciones dadas por el Gobierno y las obtenidas en otras fuentes de información; 7) Que el gobierno se niegue a colaborar con las autoridades judiciales que investigan el asunto. Se trata de un conjunto de circunstancias indiciantes que deben ser graves, precisas y concordantes y que se deben deducir a través de un cuidadoso análisis objetivo. Por otra parte, si sólo se demuestra que existen ejecuciones extrajudiciales, sin ninguna vinculación con el gobierno, o si sólo se puede determinar que los responsables de las mismas son funcionarios gubernamentales, estas dos circunstancias no demuestran, por sí mismas, la complicidad del gobierno. *Ibid.* p. 15. Las ejecuciones extrajudiciales, muchas veces van acompañadas de las siguientes medidas gubernamentales: I) Imposición del estado de sitio o cualquier otro estado de excepción; II) detenciones y encarcelamientos irregulares; III) creación de cárceles clandestinas; IV) constitución de grupos irregulares o paramilitares con el fin de combatir a los "grupos rebeldes"; V) Se menciona enfrentamientos con grupos armados en los que perecen sus miembros, pero dichos acontecimientos nunca se logran aclarar cuando se investigan sus causas o cuando se pretende establecer la forma en que ocurrieron. Se da a conocer la muerte de personas cuando "intentaban escapar". *Ibid.*, p. 135-136.

(45) Por ejemplo, un millón de armenios fueron exterminados a causa de la política brutal que desarrolló el gobierno turco. LOPEZ-REY, Manuel: "La Criminalidad", Ed. Tecnos, España, 1976, p. 90-91.

(46) LOPEZ REY, Manuel. *Supra* nota 1, p. 106. Se trata de un estudio auspiciado por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., en el que se considera que los casos más graves de ejecuciones extrajudiciales han ocurrido en Irán, Sudáfrica, Argentina, Colombia y Guatemala. Ver cable de A.P. publicado por el periódico "La Nación" del 27 de febrero de 1983, p. 28-A.

des oficiales,<sup>(47)</sup> pero estas condiciones casi nunca se logran, ya que existe estrecha relación entre las ejecuciones extrajudiciales, la participación directa o indirecta de las autoridades gubernamentales y la crisis del sistema socio-político. El homicidio político perpetrado por los gobiernos es la respuesta usual de los Estados que se encuentran en una grave crisis de legitimidad. Lo más difícil en estos casos es poder individualizar e identificar a las autoridades responsables de las "desapariciones" o "ejecuciones extrajudiciales", ya que resulta muy fácil lograr la impunidad a través del ejercicio abusivo del poder.<sup>(48)</sup>

#### 8) *La pena de muerte y el aumento de la delincuencia.*

Casi siempre se piensa que si se elimina la pena de muerte, aumentará, irremisiblemente, la delincuencia, pero desde el siglo pasado se han hecho investigaciones que no demuestran una relación causal entre el nivel de delincuencia y la pena de muerte. En un informe hecho en Inglaterra, en 1836, se determinó que la abolición de la pena capital para algunos delitos, no ocasionó un aumento de la criminalidad. Resultados muy similares se han obtenido en investigaciones realizadas en Dinamarca, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos y Suiza.<sup>(49)</sup>

(47) Existen algunas condiciones mínimas que permiten considerar que un gobierno ha investigado de buena fe los informes sobre ejecuciones extrajudiciales. Esas condiciones son: 1) juez imparcial; 2) audiencias públicas; 3) participación de los familiares de la víctima, así como su abogado, en las investigaciones sobre el hecho delictivo; 4) acceso a los expedientes militares que puedan proporcionar datos sobre la identidad de los autores del hecho; 5) publicación de los resultados de las investigaciones; 6) posibilidad de interponer recursos de apelación contra la resolución adoptada por el tribunal. Ver Homicidios Políticos, Supranota 1, p. 134. Los conceptos tradicionales de autoría, complicidad, encubrimiento y culpabilidad, resulta insuficientes para hacer frente a la criminalidad no convencional, especialmente la que proviene del abuso de poder. LOPEZ-REY, Manuel. Supra nota 41, p. 49-50-51-52.

(48) La criminalidad proveniente del ejercicio abusivo del poder, que abarca, inevitablemente, las ejecuciones extrajudiciales promovidas por la autoridad oficial, se debe enfrentar con instrumentos jurídicos distintos a los tradicionales, adoptándose cuatro principios básicos: 1) Se debe someter a juicio a los culpables sin importar el país en que se encuentren; 2) No debe existir un plazo de prescripción de la acción penal; 3) El derecho de asilo no debe servir para evadir la responsabilidad de los culpables; 4) Los culpables deberían estar sometidos a un juicio que debe ventilarse ante un Tribunal Internacional. Ver Homicidios Políticos. Supra nota 41, p. 139. Es conveniente recordar que no sólo los gobiernos autoritarios y antidemocráticos propician las ejecuciones extrajudiciales, sino que también éstas se producen, y en gran cantidad, durante las etapas revolucionarias. VON HENTIG, Hans. Supra nota 3, p. 75-76-77.

(49) SERRANO GOMEZ, Alfonso: "Efectos de la abolición de la pena de muerte en España", A.D.P.C.P., 1982, p. 611. En igual sentido LOPEZ REY y ARROJO, Supra nota 41, p. 101 y GARCÍA VALDES, Carlos. Supra nota 27, p. 59 ss. La disminución de la cifra negra delictiva, mediante un aumento de los coeficientes de delitos descubiertos, puede ser más importante que el efecto que pretende lograrse con las penas rigurosas e inhumanas. VON HENTIG, H. Supra nota 3, p. 41 ss.

#### 9) *La reincidencia y su supuesta vinculación con la pena capital.*

Existe también la opinión generalizada, cargada de emotividad y subjetivismo, de que la pena capital permite resolver el problema de la reincidencia. Frente a esta afirmación ligera e inhumana, surgen dos objeciones:

a) Las penas de prisión prolongadas (entre los diez y quince años), que es usualmente la alternativa penológica de la pena de muerte, ya evita, de por sí, y salvo casos excepcionales, la reincidencia. b) En un estudio que se hizo en Finlandia, se determinó que la probabilidad de reincidencia de los homicidios era de 0,0023, que a pesar de ser una tasa superior a la media de la población, sin embargo, no obstante esa diferencia numérica, en caso de ejecutarse la pena capital, el número de ejecuciones superaría el de las víctimas evitadas.<sup>(50)</sup>

Tampoco existe evidencia científica que demuestre que la publicidad de las ejecuciones produzca un efecto ejemplarizante y por ende, inhibitorio; en este sentido puede citarse el caso de España, en donde por una orden del Ministerio de Gracia y Justicia del nueve de febrero de 1874, se instruyó a los Presidentes de las Audiencias para que evitaran los excesos del público que asistía a las ejecuciones.<sup>(51)</sup>

#### 10) *La supervivencia de la pena de muerte, el carácter necrófilo, el "chivo expiatorio" y la insensibilidad ante la violencia.*

A pesar de todos los argumentos que se han expuesto en contra de la pena de muerte, ésta aún sobrevive, no sólo entre la opinión del ciudadano común,<sup>(52)</sup> puesto que así lo demuestran muchas encuestas que

(50) SERRANO GOMEZ, A. Ibid., p. 612,

(51) Ibid., p. 613.

(52) La opinión pública adopta una postura variable en relación a la pena de muerte. Algunas encuestas de opinión que se han realizado en los últimos años demuestran un aumento significativo de las opiniones favorables al restablecimiento de la pena de muerte. El predominio de estas opiniones se debe, en gran medida, a la excesiva violencia que se vive en las sociedades modernas, y a las violentas acciones del terrorismo internacional. Los legisladores deben impedir que la violencia irracional que nos rodea, nos pueda llevar a una solución penológica también irracional, pues tal como lo he mencionado en este ensayo, la pena de muerte, no disminuirá la crueldad y la violencia delictiva, ni tampoco es una buena respuesta ante el fenómeno terrorista. Por el contrario, cabe la posibilidad de que la pena capital tenga un efecto contrario, ya que ésta promueve la espiral de violencia, pues quienes están decididos a realizar acciones violentas, recurren muy fácilmente a las armas si ven que el Estado también utiliza respuestas crueles y violentas. Ver JESCHECK, H. H. "Tratado de Derecho Penal", Ed. Bosch, España, 1981, Tomo II, p. 1056.

se hacen sobre las sanciones que debe utilizar el sistema penal, sino también por la gran cantidad de ejecuciones extrajudiciales en las que tiene participación directa o indirecta muchos gobiernos. La supervivencia de la pena de muerte, a pesar de las corrientes abolicionistas, es un hecho indiscutible, y no es fácil encontrar una respuesta satisfactoria que permita explicar este fenómeno, sin embargo, podemos recurrir, entre otras, a las siguientes explicaciones:

a) *Predominio del carácter necrófilo:*

Según lo define Erich Fromm, la necrofilia "...en sentido caracterológico puede describirse como la atracción apasionada por todo lo muerto, corrompido, pútrido y enfermiso; es la pasión de transformar lo viviente en algo no vivo, de destruir por destruir, y el interés exclusivo por todo lo puramente mecánico. Es la pasión de destrozarse las estructuras vivas. ..." (53) La supervivencia de la pena capital demuestra el claro predominio de una tendencia necrófila. Cuando en un Estado se decide utilizar abusivamente el poder a través del respaldo directo o indirecto de las ejecuciones extrajudiciales, lo que se hace es convertir la política en un instrumento eminentemente destructivo, se propicia la violenta desaparición de las estructuras vivas. En la política debe predominar una ética biófila, (54) pero por lo general, especialmente en los países donde existen estructuras socio-económicas injustas y opresivas, y en los que se aplica una política criminal represiva, predomina las soluciones necrófilas. En estos casos el Estado aplica una política en la que se considera que la única y primera solución de los problemas socio-económicos consiste en la destrucción violenta de los adversarios o disidentes. (55) En estos casos, quienes

(53) FROMM, E. "Anatomía de la destructividad humana". Ed. Siglo XXI, México, 1977, p. 330.

(54) La ética biófila se rige por dos principios fundamentales: el bien es todo aquello que favorece la vida y el mal todo aquello que propicia la muerte. Por tanto será bueno todo aquello que exalta la vida, el crecimiento, el desarrollo, etc., y será malo todo acto que tienda a suprimir o reducir la vida. Ibid., p. 362.

(55) Sobre la destrucción violenta de los adversarios políticos, existe una bella anécdota de Miguel de Unamuno, citado por E. Fromm, que ilustra muy bien este problema: con ocasión de un discurso pronunciado por el general nacionalista Millán Astray en la Universidad de Salamanca, uno de los asistentes gritó desde el fondo del salón: ¡Viva la muerte! Al terminar el discurso, Unamuno, rector de la citada Universidad, se levantó y dijo lo siguiente: "...Acabo de oír el necrófilo e insensato grito: ¡Viva la muerte! Y yo, que he pasado mi vida componiendo paradojas que excitaban la ira de algunos que nos comprendían, he de decirlos como experto en la materia que esta ridícula paradoja me parece repelente. El general Millán Astray es un inválido. (...) Es un inválido de guerra. También lo fue Cervantes. Pero desgraciadamente en España hay actualmente demasiados mutilados. (...) Me atormenta el pensar que el general Millán Astray pudiera

ejercen el poder sólo tienen una reacción destructiva frente a los problemas de la vida, no tienen capacidad para realizar un esfuerzo comprensivo o constructivo. (56)

Es muy probable, por otra parte, que encontremos un predominio del carácter necrófilo cuando la mayor parte de la ciudadanía se pronuncia en favor de la pena capital, ya que en este caso, al igual que los Gobiernos represivos y dictatoriales, las personas han renunciado a cualquier esfuerzo constructivo o comprensivo y prefieren que el fenómeno delictivo se resuelva mediante la destrucción (la desaparición radical del infractor). La aniquilación del delincuente además de que implica una respuesta típicamente necrófila, constituye una violación al principio de Humanidad, puesto que ignora totalmente la responsabilidad social que existe en relación al delincuente, al que la sociedad debe darle la oportunidad de recuperarse, en lugar de inclinarse por una solución tan simple o inhumana como la pena capital. (57)

b) *El delincuente y su función ritual de "chivo expiatorio":*

La sanción penal constituye, en parte, un permiso legitimador de una agresión social a la que se le da el nombre de "castigo", es una de las pocas válvulas que permiten a la humanidad civilizada desahogar su agresividad. Adoptando el punto de vista de Chapman, se puede admitir que el crimen es funcional para el sistema social, puesto que ante iguales infracciones, los grupos sociales reciben un trato desigual. Algunos grupos sociales son fácilmente tratados como criminales, en cambio esto es difícil que le ocurra a quienes pertenecen a otros estratos sociales (por lo general de nivel económico medio y alto) ya que la persecución del crimen es desigual. Por otra parte, además de que la identificación de una clase criminal sobre la que recae la sanción, constituye un desahogo de la agre-

dictar las normas de la psicología de la masa. Un mutilado que carezca de la grandeza espiritual de Cervantes, es de esperar que encuentre un terrible alivio viendo cómo se multiplican los mutilados a su alrededor" (M. de Unamuno, 1936). A esto Millán Astray, incapaz de reprimirse más tiempo, gritó: "Abajo la inteligencia ¡viva la muerte!" Los falangistas aclamaron esta réplica. Pero Unamuno prosiguió: "Este es el templo de la inteligencia. Y yo soy su sumo sacerdote. Estáis profanando su sagrado recinto. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta. Pero no convenceréis. Para convencer hay que persuadir. Y para persuadir necesitaréis algo que os falta: razón y derecho en la lucha. Me parece inútil el pedirlos que penséis en España. He dicho..." Ibid. p. 329. Las palabras de Unamuno fueron proféticas, ya que el régimen franquista no logró sobrevivir después de la muerte de su líder.

(56) Ibid., p. 336.

(57) JESCHECK, H. H. Supra nota 1, Tomo I, p. 35.

(58) HACKER, Friedrich: "Agresión" (La brutal violencia del mundo moderno). Ed. Grijalbo, España, 1973, p. 303.

sividad social, políticamente cumple un objetivo específico: el aislamiento e identificación de una clase criminal reduce la hostilidad social contra las clases dominantes; la agresividad social se dirige hacia los grupos menos favorecidos, quienes al ser estigmatizados, vienen a cumplir la función ritual del "chivo expiatorio".<sup>(59)</sup> La pena de muerte es una de las sanciones penales que mejor expresa la función que cumple el delincuente como "chivo expiatorio", puesto que a pesar de todos los argumentos que justifican su abolición, aún se sigue utilizando, lo cual demuestra que su existencia obedece a motivaciones irracionales; los que defienden la pena capital, se aferran a una ilusión y no se dan cuenta que la pena capital subsiste, en parte, por el hecho de que el condenado a muerte asume toda la agresión que posee y proyecta la sociedad; sobre el condenado recae toda la agresividad social, el mal que hay en nosotros lo convertimos en el mal que hay en él, ejerciendo sobre éste nuestra propia agresión.<sup>(60)</sup> La pena de muerte, que es la respuesta penológica más violenta, demuestra que en ésta no interesa tanto su racionalidad, sino más bien sus elementos irracionales, que en este caso consiste en el hecho de que el condenado a muerte cumple la función ritual del "chivo expiatorio".

c) *Insensibilidad ante la violencia:*

Otra de las razones que permiten explicar la supervivencia de la pena de muerte consiste en el hecho de que nuestras sociedades, a pesar del gran progreso logrado, especialmente tecnológico, no abandonan el comportamiento violento y más bien se estimulan estas manifestaciones.

La violencia tiende en nuestra sociedad a legitimarse, ya sea consciente o inconscientemente.<sup>(61)</sup> Los medios de comunicación colectiva,

(59) CASTILLO B., Enrique: "Becker y Chapman, Criminólogos interaccionistas", (El interaccionismo simbólico en criminología, visto en dos de sus representantes) ILANUD, Costa Rica, 1980, p. 49. HIBBERT, C. "Las raíces del mal" Ed. Luis de Caralt, España, 1975, p. 406.

(60) HACKER, F. Supra nota 58, p. 302, 303, 336, 337.

(61) La violencia social cumple algunas funciones que pueden incluso ser beneficiosas para el sistema social, tal como ocurre cuando se considera la violencia como forma de logro, como señal de peligro, o como catalizador. a) *Violencia como logro:* En algunas ocasiones, algunos individuos están ubicados de tal modo en la estructura social que se encuentran excluidos de toda posibilidad de conseguir ascenso social o de lograr acceso legítimo a los objetivos sociales que permitirían catalogarse como personas que han alcanzado "el éxito". Cuando se produce este bloqueo o disfuncionalidad, la violencia puede brindar vías alternativas que resuelvan la frustración del individuo. Participar las acciones violentas puede significar para el oprimido y marginado una oportunidad para definir su identidad, reivindicando, a su vez, toda su hombría, que en muchas ocasiones les es negada por quienes ejercen el poder. Esta situación se aprecia claramente cuando se producen situaciones en las que impera la violencia revolucionaria. En las revoluciones, los actos de violencia permiten que el oprimido adquiera, en la "praxis", un compromiso con el nuevo modelo socio-político y una ruptura absoluta con

especialmente los audiovisuales (cine y televisión), convierten la crueldad de la violencia brutal en un acontecimiento trivial y rutinario.<sup>(62)</sup> La población que "consume" los mensajes de los medios de información, llega a saturarse, fácilmente, de estímulos agresivos.<sup>(63)</sup> La representación constante de una violencia accesible a todo el mundo, tal como lo que se mues-

el interior. En estas condiciones, desde el punto de vista del disidente, la violencia le permite un renacimiento que le ubicará en una nueva posición en el seno de la nueva sociedad revolucionaria. La violencia revolucionaria iguala, concediéndole a los actores oportunidades sociales que en el régimen anterior eran inalcanzables. b) *La violencia como señal de peligro:* Cuando en una sociedad aumenta desmesuradamente la incidencia de la violencia, esto debe considerarse como una clara señal de que existe un grave desajuste social. Los estallidos de violencia social son, indudablemente, uno de los indicadores más eficaces sobre las disfuncionalidades del sistema social; permiten detectar las deficiencias del régimen socio-político y dan oportunidad de buscar su remedio, ya que si no se hace, es probable que se socave todo el orden social; c) *La violencia como catalizador:* Los agentes del orden o incluso los grupos rebeldes que utiliza la violencia como instrumento para expresarse políticamente, pueden provocar, con sus actos violentos o ilegales, una corriente de opinión totalmente contraria a sus acciones. En determinadas circunstancias, la utilización de medios violentos extra-legales, puede provocar una reacción social totalmente contraria a tales métodos, lo que implicará, en algunas ocasiones, una profunda transformación de algunas pautas y valores sociales fundamentales. En muchas ocasiones las autoridades utilizan, exitosamente, métodos de control que conllevan el empleo ilegítimo de la violencia, pero el éxito desaparece desde el momento en que tales métodos demasiado visibles y públicos. Por ejemplo, en el sur de los Estados Unidos, durante mucho tiempo los ciudadanos pudieron haber conocido los métodos violentos e ilegales que empleaba la policía en contra de los negros, pero la situación cambió en forma drástica cuando esos métodos inhumanos se expusieron muy claramente a través de los medios de comunicación social, pues en este caso ya no podía ignorarse lo que era evidente. Las exhibiciones de violencia pueden ser suicidas, aunque las realizan autoridades oficiales, ya que transforman a las víctimas en mártires, quienes de esta forma, se convierten en símbolos de la iniquidad e insensibilidad de los gobernantes. COSER, Lewis: "Nuevos aportes a la teoría del conflicto social". Ed. Amorrortu, Argentina, 1970, p. 73 a 90.

(62) HACKER, Friedrich. Supra nota 58, p. 458.

(63) En los programas infantiles norteamericanos, los actos de violencia extrema aparecen cada 16,3 minutos como promedio. En este cálculo no se incluye la violencia que se muestra a través de los dibujos animados, en los que se proyectan verdaderas orgías de crueldad: en los dibujos animados los personajes se aplastan y se disparan tiros unos a otros cada dos o tres segundos; se agreden y se hacen volar por los aires. En estas circunstancias lo que ocurre es que se demuestra sin pausa ni tregua que la violencia brutal no tiene consecuencias y que en algunas circunstancias puede ser cómica. Esto sólo consigue algo que es sumamente inconveniente: no se muestran los peligros reales y las fatales consecuencias que produce la violencia. El niño norteamericano medio ve (entre cinco y quince años de edad) la aniquilación de un promedio de 13.400 personas, aproximadamente. Estas imágenes irreales de la violencia le quitan a ésta toda su gravedad y pueden convertirse en un medio para conseguir su legitimación inconsciente. Ibid. p. 446-447.

tra en la televisión y el cine, no permite llegar a la conclusión de que existe una relación de causalidad entre actos delictivos violentos y medios de comunicación,<sup>(64)</sup> sin embargo, en cuanto a la vigencia de la pena capital, la saturación de estímulos agresivos y violentos que sufre la población contribuye, de alguna forma, a legitimarla consciente o inconscientemente.

Es un contexto socio-cultural en el que se justifican las reacciones y soluciones violentas, es muy difícil lograr que los ciudadanos lleguen a percatarse que el mantenimiento de la pena capital obedece más a sentimientos irracionales violentos que a razones lógicas y prácticas que la justifiquen. La legitimación de la violencia brutal a través de los medios de información pública, refuerzan significativamente las corrientes de opinión mayoritarias que defienden la vigencia de la pena capital. En las sociedades modernas, con la omnipresencia de sofisticados instrumentos de comunicación masiva, existen suficientes recursos para constituir una "Cultura de la Violencia"<sup>(65)</sup>, que hacen muy difícil la abolición de una respuesta penológica tan brutal e inhumana como la pena capital.

11) *La supresión de la pena de muerte en Costa Rica. Una tradición abolicionista que supera los cien años.*

La pena de muerte se abolió mediante el decreto número siete y en el que se adoptó la Constitución de 1871, con algunas modificaciones.<sup>(66)</sup> Sin embargo, desde que don Tomás Guardia asumió el poder en 1870 siempre se conmutó la pena de muerte por la que le seguía en grado.<sup>(67)</sup> En el Proyecto de Código Penal de 1879, al establecerse las pe-

(64) LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "Criminología", Ed. Aguilar, España, 1975, Tomo I, p. 422.

(65) La masiva difusión de métodos que solucionan los conflictos a través de la violencia, empobrece la conciencia y puede hacerle pensar a muchas personas que la solución pacífica de los conflictos sociales e individuales es ideal absolutamente inalcanzable. Ibid. p. 448-449. Consultar además "La cultura de la violencia" de Israel DRAPKIN, publicación del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1976, p. 469 ss.

(66) Mediante el Decreto N° 7, del veintiséis de abril de mil ochocientos ochenta y dos, se adopta la Constitución Política de 1871, con algunas modificaciones; entre ellas se incluía la abolición de la pena capital, estableciéndose en el artículo cuarenta y cinco que la vida humana es inviolable en Costa Rica. Antes de la modificación aludida, el artículo cuarenta y cinco tenía la siguiente redacción: "...La pena de muerte sólo se impondrá en la República en los casos siguientes: 1) En el delito de homicidio premeditado y seguro, o premeditado o alevoso. 2) En los delitos de alta traición. 3) En los delitos de piratería (al adoptarse la constitución de 1871, también se derogó el artículo cuarenta y seis que era el que contenía la definición del delito de alta traición).

(67) En un discurso pronunciado el ocho de mayo de 1873, don Aniceto Esquivel afirmó que don Tomás Guardia siempre había conmutado la pena capital por la que le seguía en grado. En muchas ocasiones el Presidente Guar-

nas, ya no se incluye la pena capital, a pesar de que ésta estaba prevista en la Constitución Política.<sup>(68)</sup>

dia se manifestó en contra de la pena de muerte, y luchó por su abolición; por ejemplo, en el mensaje del primero de mayo de 1873, al analizar este tema, afirmó lo siguiente: "...Desde el principio de mi Administración, proclamé como un principio de mi conducta el respeto a la vida humana. Me horroriza el pensar en la ejecución de una pena que priva a la sociedad de un miembro susceptible de corrección, arroja a una familia en la horfandad, en la desesperación y acaso en la miseria; y en caso de un error, jamás puede repararse. Movidio por estos sentimientos elevé a la Asamblea Constituyente de 1871, manifestándole la conveniencia de suprimir de nuestro código fundamental esa terrible pena. Ya la Constitución estaba decretada y mi exposición no pudo considerarse. Pero yo he sido consecuente con mi principio y siempre que ha ocurrido el caso, he hecho uso de la facultad de hacer gracia que la misma Constitución da al Poder Ejecutivo. Es para mi motivo de justa satisfacción el que durante el período de cerca de seis años que he ejercido el Poder Supremo en Costa Rica, ni una sola gota de sangre haya salpicado mi administración..." El 16 de mayo de 1879, don Tomás Guardia se volvió a referir al tema de la pena capital en términos muy parecidos a los que utilizó en su mensaje de 1873 y se ha transcrito parcialmente. Ver JINESTA, Ricardo: "La evolución penitenciaria en Costa Rica", Imprenta Falcó Hermanos, Costa Rica, 1940, p. 168 y 173.

(68) Don Rafael Orozco, autor de la exposición de motivos del Proyecto del Código Penal de 1879, justifica la supresión de la pena capital del proyecto mencionado, en los siguientes términos: "...No faltarán partidarios de la pena de muerte, que sientan su ausencia de nuestro sistema penal. A ellos diremos con Romero y Girón: A los que consideran la pena de muerte como salvaguardia única e insustituible del orden social y ampliando el aterrador concepto de De Maistre, piensan acaso que el verdugo debe ocupar la última categoría del orden judicial; podemos contestarles con el ejemplo de la Toscana, República de San Marino, Cantones de Friburgo y Nenchatel; con el de los Estados de Wisconsin, Michigan, Rhode Island y Colombia (y Costa Rica en la actual administración), en América, en ninguno de los que ha venido, ni viene por tierra ese mismo orden social que invocan los defensores de la pena capital...". Refiriéndose al efecto preventivo general de la pena de muerte, agrega don Rafael Orozco. "...y ni el orden social ha peligrado, ni la comisión de los crímenes atroces castigados con pena tan grave aumentan las casillas de la estadística criminal. Ejemplo significativo, que desaloja de sus últimas trincheras a los partidarios de la expiación sangrienta, que la califican de mal pero necesario; y que sólo al abrigo de tan angosto criterio, procuran mantenerla. (...) Si la inviolabilidad de la vida humana es un derecho irrecusable, no lo es menos al respeto que la sociedad debe guardar a la dignidad de todos sus miembros, dignidad más apreciable aún que la propia existencia. La sociedad al castigar no debe aparecer vengándose o ensañándose; que corrija sí, pero que procure al mismo tiempo moralizar al delincuente. Las penas infamantes ni corrigen ni moralizan: hacen perder al hombre el poder, la vergüenza, y acaban por habilitarlo a la degradación. Estos son los motivos que me han inducido para borrar de nuestro sistema penal, la pena de infamia, y no adoptar de otras legislaciones, la de cadena, argolla, grillete, etc..." (tomado de OROZCO, Rafael: "Elementos del Derecho Penal de Costa Rica", Imprenta Nacional de Costa Rica, 1882, p. 53-54). Don Rafael Orozco expresa ideas muy claras sobre la filosofía de la pena, demostrando que la abolición de la pena capital en Costa Rica no obedeció sólo a un intuitivo afán humanista o a

Es muy interesante resaltar el hecho de que un régimen dictatorial como el de Tomás Guardia fue el que abolió la pena capital. Generalmente los regímenes dictatoriales desarrollan una política criminal represiva y contraria a los derechos humanos, pero la dictadura de Guardia se separa de esa tendencia, ya que tuvo más bien un efecto democratizador, especialmente en el plano social.<sup>(69)</sup> Fue un gobierno duro y progresista, que rompió la hegemonía de la oligarquía, logrando establecer un Estado que dejó de ser simple instrumento de los grupos dominantes, adquiriendo de esta forma una autonomía relativa.<sup>(70)</sup> Los rasgos democráticos de la dictadura del General Guardia permiten calificarla como una especie de bonapartismo a nivel nacional.<sup>(71)</sup>

un simple sentimiento de piedad, sino que existió un planteamiento filosófico que respaldó tal decisión. Por otra parte, en su exposición el profesor OROZCO delimita con bastante claridad las atribuciones del poder estatal en relación al castigo mencionado, indirectamente, la pretensión rehabilitadora de la pena.

- (69) Según Ricardo Fernández Guardia, consiguió la anulación de las oligarquías político mercantiles, cuyos intereses se impusieron al poder público durante mucho tiempo. El gobierno de Guardia estableció las bases que permitirían las reformas liberales del 84 y el 88 y que son las que propiciarán la constitución de un Estado netamente civil. FACIO BRENES, Rodrigo: "*Estudio sobre economía costarricense*". Ed. Costa Rica, 1972, Tomo I, p. 65-66.
- (70) ROVIRA MAS, Jorge: "*Estado y política económica en Costa Rica*", 1983, p. 25.
- (71) CERDAS CRUZ, Rodolfo: "*La Crisis de la democracia liberal en Costa Rica*", Educa, Costa Rica, 1972, p. 53. El bonapartismo encarna un centrismo popular y plebiscitario. Es un centrismo que se ubica hacia la izquierda de las fuerzas políticas conservadoras, consiguiendo el apoyo de los sectores progresistas y de las fuerzas políticas de izquierda; es por esto que Duverger afirma, citando René Rémond, que: "...Bonapartismo y radicalismo han sido por dos generaciones sucesivas dos modos de expresión emparentados..." Votar bonapartismo en 1849 o en 1869, y votar radical en 1920 (o votar socialista en ciertas regiones en 1936, o incluso comunista en 1945), es en todo caso votar contra los señores. DUVERGER, Maurice: "*La democracia sin el pueblo*", Ed. Ariel, España, 1968, p. 210. En nuestro país, el bonapartismo de Juan Rafael Mora y de Tomás Guardia sirvieron para pronunciar una transacción de las clases que permitieron darle una fisonomía más definida a la estructura social y política, garantizando, por otra parte, el predominio de los grupos agro-exportador y mercantil-importador, aliados al capital extranjero, al que Tomás Guardia le abrió las puertas. Ver CERDAS, ob. cit., Ibid., p. 54 ss. La ofensiva antioligárquica de Tomás Guardia no permite, sin embargo, considerarlo como un gobernante socialista, puesto que no abolió la dominación de las oligarquías, y fue a través de su intervención que se hace presente en nuestro país el capital financiero internacional. VEGA CARBALLO, J. L. "*La formación del Estado Nacional en Costa Rica*", ICAP, Costa Rica, 1981, p. 276-277. El hecho de que Guardia no haya abolido la dominación del grupo agro-exportador y mercantil-importador, es una característica que se adapta perfectamente al concepto marxista de bonapartismo, pues, en realidad, éste existe y ha sido creado con la finalidad de mantener y reforzar la vigencia del orden social existente, asegurando el dominio del capital sobre el trabajo. El Estado bonapartista,

El espíritu democratizador de la dictadura de Guardia es lo que puede explicarnos, aunque sea en parte, el hecho de que un régimen dictatorial decidiera abolir la pena capital. Lo usual es que las dictaduras, de hecho o de derecho, admitan la pena capital, ya que su abolición casi siempre se produce en el seno de un Estado de Derecho que desarrolla una política criminal democrática y respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, tal como lo hemos mencionado, los rasgos democratizadores,<sup>(72)</sup> de la dictadura del General Guardia, al que algunos han considerado un caudillo revolucionario,<sup>(73)</sup> explican perfectamente el hecho de que este régimen suprimiera la pena de muerte, rechazando una de las respuestas penológicas que caracterizan la política criminal represiva de los regímenes autoritarios. El régimen dictatorial de Guardia logró una racionalización y modernización del Estado, permitiendo que éste adquiriera una "independencia" relativa frente a la sociedad civil (neutralizó la influencia excesiva de la oligarquía), y su legitimación no descansó, en primera instancia, en la utilización de la represión y la violencia, sino que más bien se fundamentó en la existencia de un ordenamiento jurídico-institucional que justificaba la intervención del Estado en las actividades públicas y privadas.<sup>(74)</sup> Dentro de este contexto tan peculiar, en el que encontramos un dictador que se ha considerado revolucionario y cuyo poder no estaba legitimado sólo por la fuerza, es lógico que se adoptara la decisión de abolir la pena de muerte. El régimen no requería una respuesta penológica tan drástica, en este sentido se puede decir que Guardia no utilizó una de las típicas disposiciones de la política criminal autoritaria. Se trata de un caso en el que se aprecia claramente la forma en que las transformaciones socio-políticas propician cambios en el sistema punitivo. Es una buena muestra de las relaciones que existen entre los factores socio-políticos y el sistema penal, si el primero se transforma, se producirá un cambio más o menos importante en el segundo.<sup>(75)</sup>

aunque pueda ser independiente políticamente de una clase determinada, si- gue siendo, tal como debe ser en una sociedad de clases, el instrumento que protege a una clase económica y socialmente dominante. MILIBAND, Ralph: "*Marx y el Estado*", publicado en la obra titulada: "*Marx, el Derecho y el Estado*", Ed. Oikos, Tau, España, 1969, p. 61-62.

- (72) FACIO BRENES, Rodrigo, Supra nota 4, p. 66. ROVIRA MAS, J. Supra nota 5, p. 25.
- (73) La dictadura de Guardia permitió, a través de las radicales transformaciones político institucionales, una racionalización del proceso de acumulación de capitales. VEGA CARBALLO, José Luis, Supra nota 6, p. 267-268.
- (74) Ibid., p. 270.
- (75) El factor socio-político condiciona en gran medida el sistema punitivo de un país. Los cambios significativos en el modelo socio-político, conllevarán, en mayor o menor medida, una variación significativa del sistema penal. Esta relación se explica en gran medida por el hecho de todas las normas existentes en el ordenamiento jurídico, son las leyes penales las que más influyen, a veces muy dramáticamente, sobre las libertades y el ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano. La relación entre cambios políti-

12) *La pena de muerte en el Derecho Internacional:*

## a) Declaración universal de Derechos del Hombre (1948).

El artículo tercero de la declaración establece que todo individuo tiene derecho a la vida. A partir de esta norma, no obstante la peculiar condición jurídica de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, se puede admitir que la pena de muerte es incompatible con la vigencia de los derechos humanos. Ningún Estado tiene derecho de disponer de la vida de una persona, no obstante, lo que ésta haya hecho.

b) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

En el pacto se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. En el artículo sexto se declara que la vida es un derecho de la persona humana, pero la realidad y la lenta evolución de los derechos humanos, no permiten la abolición de la pena capital, por eso se fijan límites a su ejecución.

c) *La Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).*

En la convención europea (artículo segundo) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4) se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. En cuanto a la Convención Europea, los ministros que asistieron a la XIII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Atenas, analizaron este tema el 28 de mayo de 1982, resolviendo, con el voto negativo de Turquía, que lo más pronto posible se pusiera en vigencia el Proyecto de Protocolo adicional a la Convención europea de Derechos del Hombre relativo a la abolición de la pena de muerte. De todas maneras, a pesar de los esfuerzos que hacen los abolicionistas, la realidad (o la parálisis de las concepciones ético-jurídicas co-

cos y transformaciones en las normas penales, ha sido evidente en España, ya que "...el trienio liberal de los tiempos fernandinos trae, como consecuencia de los principios, de la Constitución de 1812, el primer Código Penal de España: el de 1822, las tormentas revolucionarias de 1848 dan origen al Código de ese año, obra de un gobierno moderado, consolidador de tímida conquista liberal. El conservatismo que termina con el bienio moderado, impone las reformas de 1850, la Constitución de 1869, de índole progresista, hace necesario el Código de 1870; la dictadura de 1923, acarrea el Código de 1928; la República de 1931 tiene su ley penal con la reforma de 1932. El régimen totalitario que se instaura primero en parte del país y luego en su totalidad a partir de 1939, el Código de 1944 y las revisiones posteriores..." BARBERO SANTOS, Marino: *"Política y Derecho Penal en España"*. Ed. Túcar, España, 1977, p. 17-18 y ss.

jectivas) sigue imponiendo la vigencia, aunque sea para casos excepcionales, de la pena capital. Pero si se pretende lograr un respeto real de los derechos humanos, se debe lograr su abolición. Esta sanción es contraria a la dignidad humana y tampoco logra, tal como muchos pretenden, un efecto preventivo-general. Su mantenimiento obedece, entre otros motivos, a una inhumana irracionalidad que muchas veces orienta a la reacción social frente al delito. Es una irracionalidad que tiene estrecha conexión con la evolución o progreso moral, ya que en la medida en que vayamos captando la profundidad que tiene el reconocimiento y el respeto por la persona, las sociedades irán admitiendo que la pena de muerte, a pesar de su legalidad, es contraria a la dignidad del ser humano, y que el delincuente nunca pierde su condición de persona. La vigencia de la pena capital nos permite admitir que aún estamos lejos de "...haber alcanzado la cumbre de la noosfera, a lo más podemos pensar que hemos llegado a uno de los recodos decisivos..."<sup>(76)</sup>

13) *La pena de muerte como respuesta política autoritaria y represiva:*

La pena capital mantiene su vigencia en muchos países, no sólo por la supervivencia de un irracional sentimiento de venganza,<sup>(77)</sup> sino que también es la respuesta predilecta de los regímenes antidemocráticos. Siendo en sí misma un abuso político,<sup>(78)</sup> es el recurso favorito de los Gobiernos que ignoran la eminente dignidad de la persona y que tratan de resolver los conflictos y disidencias mediante métodos opresivos y violentos. La vigencia de la pena de muerte conlleva el peligro de favorecer su extensión abusiva a los delitos políticos y económicos, y es casualmente cuando sur-

(77) Las encuestas de opinión muestran que existe un criterio predominantemente favorable hacia la pena de muerte, por ejemplo, Augusto DUTRA BARRETO, en un artículo en el que adopta una radical defensa de la pena capital, menciona el hecho de que en Brasil, de acuerdo con investigaciones estadísticas que se han hecho, el noventa por ciento de la población es favorable a la pena capital. (Ver *"Pena de Muerte o Direitos humanos"* publicado en revista *Justitia*, Brasil, Vol. 120, 1983); en Francia, en los meses de febrero y octubre de 1981, se hicieron estudios de opinión, obteniéndose porcentajes favorables a la pena de muerte (63% en febrero y 52% en octubre) BARBERO SANTOS, M. *Supra* nota 1, p. 688.

(78) Es necesario examinar que la lentitud calculada y la solemnidad con que se ejecuta la pena capital no permiten asimilarla al estado de necesidad o a la legítima defensa. BERSITAIN, Antonio: *"El catolicismo ante la pena de muerte"*, Iglesia Viva, 1977, p. 266. En la legítima defensa se toma en cuenta la inminencia o actualidad del ataque o agresión, en cambio cuando el Estado priva a un delincuente de su vida, debe tomar en cuenta el futuro, pues de lo contrario convertiría tal decisión en una simple venganza. Por otra parte, en la legítima defensa, si se produce la muerte del atacante, debe demostrarse que no existía otro método menos radical para evitar la agresión, y actualmente está demostrado que el Estado no necesita de una respuesta tan radical como la pena capital para contener la criminalidad. GARCIA VALDES, *Supra* nota 27, p. 57.



gen los regímenes antidemocráticos, la pena capital se convierte en un puro instrumento de opresión. Frecuentemente se impone a delincuentes políticos juzgados por tribunales especiales.<sup>(79)</sup> En este aspecto es típico el caso argentino, puesto que el gobierno militar surgió del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, la reinstauró. Esta reinstauración no es un hecho aislado, sino que es parte de un "contexto absolutista en el que la represión es la única respuesta del gobierno al descontento social. Elevada, pues, la represión al más importante rango de los instrumentos de gobierno, se produce una escalada legal que tiene que contar con la pena máxima..."<sup>(80)</sup> Si un Estado pretende orientar su transformación hacia lo que debe ser un verdadero Estado de Derechos democrático, debe abolir la pena capital se trata de una respuesta penológica inhumana y constituye una muestra indiscutible de una política criminal represiva y contraria a los derechos humanos.

Por otra parte, la abolición de esta pena coincide con las concepciones más avanzadas en el desarrollo de las concepciones ético-jurídicas colectivas.<sup>(81)</sup>

La vigencia de la pena capital en las legislaciones nacionales, de acuerdo con el derecho internacional, tal como lo hemos mencionado, respetando ciertos límites, no constituye, formalmente, una violación de derechos humanos. Sin embargo, si se conciben los derechos humanos con mayor amplitud, dándole el verdadero contenido al principio de la eminente dignidad humana, se llega a la conclusión de que la vigencia de la pena capital es una violación de los derechos humanos,<sup>(82)</sup> demostrando

(79) Ibid.

(80) SOLARI YRIGOYEN, Hipólito: "La pena de muerte en la actual legislación argentina", C. P. C. N° 4, p. 144. El Código Penal de Albania, vigente a partir del 1° de octubre de 1977, es un ejemplo de la utilización eminente política y represiva de la legislación penal; en los comentarios oficiales sobre la citada legislación, se rechaza de manera expresa el concepto de justicia imparcial. Se utiliza la pena capital contra los adversarios políticos, pues se prevé la misma para la mayor parte de los delitos de carácter político (contra el Estado). El artículo 53 del código citado, redactado con gran imprecisión (violando el principio de legalidad), se establece que "... Toda acción u omisión dirigidas a debilitar o socavar la actividad del Estado o la del Partido Albanés del Trabajo, la economía socialista, la organización y dirección del Estado y la sociedad se castigará con privación de libertad durante un período no inferior a diez años, o con la pena de muerte". La imprecisión de la norma y las penas tan desmedidas que prevé demuestran un total irrespeto por el principio de legalidad, un exceso en los límites de la potestad represiva del Estado y una utilización de la pena de muerte como instrumento de control político. (Ver Informe Mensual de Amnistía Internacional, enero 1985, p. 4).

(81) BARBERO SANTOS, Marino. Supra nota 1, p. 665.

(82) El derecho a la vida es un absoluto; ni el principio de culpabilidad ni el respeto al debido proceso permiten al Estado imponer la pena capital. Ibid. p. 668.

que las sociedades y los individuos se resisten a admitir, en la realidad, lo que con mucha facilidad se escribe y se habla. Los derechos humanos progresan, en la práctica, con demasiada lentitud. Se habla mucho de ellos, pero nos cuesta mucho dar testimonio de nuestra profunda convicción de que "el otro" también es digno y que el verdadero progreso humano sólo se logra a partir de la relación dialéctica entre la intimidad y la comunidad.

## CONCLUSIONES

1.—La Administración de Justicia no puede ordenar la aniquilación física del delincuente, aunque sea después de un juicio en el que se han respetado las reglas esenciales del debido proceso. La gravedad de un delito no hace desaparecer la eminente dignidad del delincuente, por esta razón éste no puede convertirse en un simple instrumento al servicio de objetivos político-criminales.

2.—No existe ninguna evidencia científica significativa que demuestre una relación directa entre la pena de muerte y el efecto preventivo general de la sanción penal. Las investigaciones que se han hecho no demuestran que la supresión de la pena capital ocasione una importante variación en los índices de delincuencia.

3.—La pena de muerte es un signo característico de la política criminal autoritaria y represiva. Sus objetivos contradicen los valores esenciales del Estado democrático de Derecho; su vigencia casi siempre coincide con los regímenes autoritarios.

4.—Las ejecuciones extra-judiciales propiciadas directa o indirectamente por los gobiernos autoritarios, demuestran la supervivencia de la pena capital, pues aunque la misma se suprima de la legislación, la típica represión de los sistemas antidemocráticos la mantiene vigente.

5.—La supervivencia de la pena de muerte, especialmente en la opinión del ciudadano común, además de que se fundamenta en prejuicios y falacias, puede originarse en las siguientes razones: a) predominio del carácter necrófilo; b) el condenado a muerte canaliza toda la agresión real y potencial de la sociedad, asumiendo el papel de "chivo expiatorio"; c) la insensibilidad que vive el hombre frente a la violencia.

6.—La dictadura de Tomás Guardia logró una racionalización y modernización del Estado, permitiendo que éste adquiriera una independencia relativa frente a la sociedad civil. Fue una dictadura con espíritu democratizador (bonapartismo), por eso no resulta casual o incomprensible que fuese el régimen de Guardia el que decretara la abolición de la pena de muerte. La corriente abolicionista sólo encuentra pleno desarro-

llo en un régimen político predominantemente democrático, en el que impere un respeto indiscutible por la dignidad de la persona.

7.—El derecho internacional admite, aunque con importantes restricciones, la pena capital. Esta situación demuestra que los prejuicios no permiten un respeto pleno de los derechos esenciales de la persona, ni aún en las normas internacionales que regulan los derechos humanos.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

*Dr. Rafael González Ballar,*  
Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: Primera Parte: Debido Proceso y Objeto del Procedimiento Administrativo (la verificación de la verdad real ante los hechos). Segunda Parte: Otros Principios que hacen Posible la Verificación de la Verdad. 1.—Principio de oficialidad (impulso de ofiico); 2.—Principio de Prueba Libre; 3.—Principio de Participación de las Partes en el Procedimiento; 4.—Principio de Imparcialidad.

## INTRODUCCION

*Uno de los principales logros de la L.G.A.P. fue el haber introducido un Libro Segundo dedicado al Procedimiento Administrativo. En ningún país del mundo el consagrar en el ordenamiento jurídico un "Iter Administrativo" puede tener efectos negativos. Por el contrario, el sometimiento de la Administración Pública a que en algunos de sus actos administrativos siga lineamientos que permitan al administrado la participación junto con la Administración en la toma de decisiones, la amplia posibilidad de ejercer su defensa, el impulso de oficio de los mismos órganos de la Administración, son un avance innegable.*

*Nos proponemos en el presente estudio hacer un análisis general de los principales principios que rodean el procedimiento administrativo en la L.G.A.P. La intención esencial es que se puedan estudiar y comprender la importancia de dichos principios. Luego, como aspecto secundario, el localizar cómo nuestra L.G.A.P. los consagra en su articulado y ver qué alcance pueden tener en dicho texto legal.*

*El análisis debe necesariamente partir de la reflexión sobre el significado e importancia del Debido Proceso (Iª Parte). Asimismo, del Objeto del Procedimiento en el Derecho Administrativo y por ende darle énfasis al principio de la Verificación de la Verdad Real de los hechos de que habla la L.G.A.P. en su artículo 214 inciso 2). En una IIª Parte la reflexión sobre los demás principios que hacen posible el que se pueda llevar a efecto tan importante principio.*

### PRIMERA PARTE:

#### DEBIDO PROCESO Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LA VERIFICACION DE LA VERDAD REAL DE LOS HECHOS).

En Costa Rica es un principio de rango constitucional, derivado de la relación de varios artículos, el de que todo ser humano debe tener previa oportunidad para ejercitar su defensa y a un debido proceso (véase relación de Arts. 27, 33, 35, 39, 41 y 42 de la C. P.).

Por considerarlo de interés señalamos que nuestra jurisprudencia ha acogido ampliamente el principio que venimos señalando. Citamos una

de las más recientes<sup>(1)</sup> por considerar de importancia el que se señalara el artículo 211 inciso 3) de la L.G.A. P. como fundamento necesario de la necesidad de otorgar amplia defensa. La Sala Segunda expuso:

"CONSIDERANDO: II. Se modifica la relación de hechos no probados, de primera y segunda instancia, considerando que tampoco está demostrado que al actor se le concediera la oportunidad de amplia audiencia y defensa que señala el artículo 211 inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública que sintetiza la doctrina del llamado principio de la "bilateralidad de la audiencia", "debido proceso" o "principio de contradicción". III. No obstante que el recurrente ha sido omiso en citar como violado el artículo 211 inciso 3º, de la Ley General de la Administración Pública, si ha convocado en su favor que no se concretaron los cargos en su contra acerca de los que no se le oyó, dejándose así en indefensión... y esta Sala, actuando como tribunal de tercera instancia rogada, puede y debe aplicar el derecho aplicable en virtud del principio "jura novit curiae", y por esa razón considera que los fallos de instancia tienen por demostrado hechos implícitamente —ya que no figuran en la relación de hechos probados— que configuran justa causal de despido, cuando en realidad jurídicamente se trata de hechos que no pueden tenerse por demostrados precisamente porque no se le dio al actor sobre ellos oportunidad de audiencia y defensa".

Por otro lado, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, en una de sus sentencias<sup>(2)</sup> con gran acierto nos expone cuál debe ser el alcance del principio:

"a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento entablado; b) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; c) derecho a ser oído y oportunidad del administrado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; d) derecho del administrado de hacerse representar o asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; e) notificación adecuada de la decisión que dicte la administración y de los motivos que en ella se funda y f) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tales son las implicaciones del artículo 211 inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública, no observadas en el sublite".

En las actas de la Asamblea Legislativa (ver la N° 105), tanto el Lic. Eduardo Ortiz como Piza Escalante en sus intervenciones nos confirman la importancia e intención de un Procedimiento Administrativo:

(1) Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José a las 16 horas del 9 de diciembre de 1983.

(2) Tribunal Superior Contencioso Administrativo. Resolución N° 3481 de las 16 horas del 7 de agosto de 1979.

Dice el Lic. Piza Escalante:

"El proyecto establece por primera vez en Costa Rica un régimen de procedimiento administrativo general para toda la administración pública. Si bien estructurado sobre el sistema medular y complejo de la administración central. Su aplicación a las demás administraciones habrá de hacerse por supuesto, adaptando algunas disposiciones a las particularidades de esas administraciones o de servicios que prestan y sin perjuicio de lo que establezcan las leyes especiales que lo rigen.

El proyecto se orienta a asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la administración con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Se recogen dos requisitos básicos sobre los que descansan toda la normativa del proyecto enunciado desde el comienzo de esta exposición a saber:

El de resolver la contraposición entre autoridad y libertad entre prerrogativa y garantía. Buscando un justo equilibrio entre las necesidades de un procedimiento rápido, ágil y flexible indispensable para el funcionamiento eficiente y económico de la administración y las garantías debidas al administrado sobre las cuales el proyecto no admite transacción salvo casos de excepción, de urgencia que no regulan restrictivamente.

En general el de garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que se asientan todo el régimen institucional costarricense y que valen no sólo para garantizar intereses legítimos de los administrados sino también cada día más como la condición... en la defensa del interés público".

Por su parte, el Lic. Ortiz Ortiz manifestó lo siguiente: "En otras palabras este procedimiento sirve para regular los casos en que el actuar final en que desemboque el procedimiento vaya a producir efectos jurídicos en otros sujetos, por ejemplo, otros entes públicos o los administrados.

No se refiere al caso en que el procedimiento desemboque en un acto puramente interno, que no tenga efecto frente a los administrados. Por ejemplo, un dictamen o una investigación interna que levantara la administración para determinar si procede trazar un camino o hacer un camino. Todo esto en realidad no está regulado por el procedimiento que estamos señalando aquí. Lo que estamos regulando son las expropiaciones, las órdenes dirigidas por la administración al particular de observar cierto horario en la prestación de un servicio de autobuses. Las prohibiciones que impone la Dirección General de Tránsito para el tránsito, para la circulación de los vehículos. Los actos internos, como los dictámenes, las órdenes no tienen efecto frente a los particulares. Ni frente a otros entes públicos distintos del autor del acto.

Se regula por un procedimiento libre que establecerá por su cuenta el ente interesado. Estamos regulando el procedimiento para que la administración dicte actos que tengan efecto en otros sujetos, sean públicos o privados".

La doctrina en general nos permite descubrir la importancia del procedimiento administrativo. El tratadista Agustín Gordillo —citado por Escola— sostiene que “el procedimiento administrativo es la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”.<sup>(3)</sup>

Para la gran mayoría de la doctrina administrativa,<sup>(4)</sup> encontramos que la justificación de la existencia del procedimiento puede verse desde dos ángulos íntimamente relacionados: Desde el punto de vista de la Administración, hay un interés público en que se cumpla el procedimiento, a fin de lograr el orden administrativo, un mayor conocimiento del caso y el apego a la ley. Se evita así la anarquía en la actividad administrativa y la adopción de resoluciones inadecuadas e ilegales. Se procura la buena marcha y eficiencia de la Administración. Desde el punto de vista del administrado, se puede hablar de la existencia de un interés privado que le permite al individuo hacer conocer a la Administración su situación jurídica, en aquellos casos en que ésta se pueda ver afectada por la decisión administrativa. Se trata entonces, de una garantía para el administrado.

La existencia de un procedimiento administrativo no es práctica uniforme en los diversos ordenamientos del mundo contemporáneo, por ejemplo Francia. Eso no obsta para quitarle mérito a esos ordenamientos, ya que cuentan con otros mecanismos para controlar la actividad administrativa.

Nuestros legisladores incluyendo en la L.G.A.P. un libro dedicado al procedimiento administrativo, dieron acogida a las argumentaciones dadas por la doctrina más avanzada. Así, de acuerdo con el Lic. Piza Escalante, los propósitos básicos que se tenían al incluir el procedimiento eran:

1. “...resolver la contraposición entre autoridad y libertad entre prerrogativa y garantía”.
2. “Garantizar la aplicación de los principios de derecho que están a la base de nuestro ordenamiento jurídico, principios que garantizan tanto intereses privados como públicos.”<sup>(5)</sup>

(3) ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1973, p. 20.

(4) Véase entre otros a ESCOLA, op. cit.; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Porrúa, México, 1948; GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977; GARCIA-TREVIJANO, Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Segunda Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

(5) Actas de la Asamblea Legislativa en que se discuto en subcomisión el proyecto de L.G.A.P.

En tratándose del objeto del proceso contencioso administrativo, afirma González Pérez que “el objeto del proceso no es el fundamento a que debe su existencia ni la función o fin que, aun de modo inmediato, está llamado a realizar; no es la relación jurídico material deducida en juicio —una misma relación jurídica— puede constituir el pseudo objeto de una infinidad de procesos, ni el bien de la vida concreto a que el proceso afecta. El objeto del proceso es la materia sobre la que recae el complejo de elementos que el proceso integran... aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte, en el que unos y otros se apoyan, sea como materia en que perfila el contenido del proceso todo, prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece”.<sup>(6)</sup>

Tomando en cuenta que por pretensión procesal, debemos entender “una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración”,<sup>(7)</sup> hemos de concluir que en el procedimiento administrativo no puede específica y exclusivamente hablarse de satisfacción de una pretensión, por cuanto:

1. No se requiere una solicitud por parte del particular hacia la Administración, ya que ésta puede actuar de oficio;
2. No estamos en presencia de un órgano jurisdiccional, sino de uno administrativo;
3. No siempre existe un tercero —administrado también— que tenga un interés contrapuesto.

Al decir la L.G.A.P. que el objeto más importante del procedimiento administrativo es la verificación de la verdad material, que se constituye en uno de los principios más importantes del procedimiento, puede concluirse que el legislador usó el término objeto como sinónimo de fin. Así, entenderíamos que el fin primordial del procedimiento administrativo es la verificación real de los hechos, según se desprende del inciso 2 del artículo 214.

La “verdad” es definida por Francisco Seix como: “locución forense con que se da a entender que algún pleito o causa se debe sentenciar sin atender precisamente a las formalidades del derecho”.<sup>(8)</sup> La interpretación que da Seix debe atenderse más a lo que ocurrió realmente que a las formalidades del proceso. Sin embargo, no se puede ser tan amplio y desligarse totalmente de las formalidades, porque éstas son importantes, entre otras cosas para el orden en el procedimiento.

(6) GONZALEZ PEREZ, Op. cit., p. 310.

(7) GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 225.

(8) SEIX, Francisco, *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXX, Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 743.

Cuando nuestra L.G.A.P. hace referencia a la "verdad material", está señalando que debe buscarse el descubrir los hechos tal cual estos son, y no sólo la verdad formal como en otros procesos, a la que se llega según lo que las partes hayan logrado probar. En muchos casos no coincide esta última con la verdad.

El juzgador civil no es un investigador, así como tampoco la prueba que se da en dicho proceso es una averiguación. El juez simplemente conoce la prueba que le suministren las partes.

En este sentido podemos citar a Eduardo Couture:

"En el sistema vigente... refiriéndose al Juez Civil... no le es tá confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia con el juez de orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos".<sup>(9)</sup>

El juez civil no es un investigador. Veámoslo con la institución de la confesión, si el demandado confiesa positivamente la demanda, el juicio se da por terminado y se dicta la sentencia en su contra, sin necesidad de más pruebas. Esto no sucede ni en el proceso penal ni en el procedimiento administrativo, ya que en ambos casos, el juez correspondiente está obligado a traer a proceso todas las probanzas necesarias para determinar la veracidad o no de la confesión.

La finalidad u objeto inmediato del proceso penal es el conocimiento de la verdad real.

"En cuanto a la actividad probatoria, en el proceso penal rigen principios singulares: todos los órganos del Estado, sin excepción tienen el deber de inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, hasta el punto de que en los límites de sus respectivas atribuciones —deben procurar que rigiere al proceso— toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado: las partes carecen de todo poder dispositivo de tal modo que su voluntad no tiene eficacia para limitar el objeto o los medios de prueba (la confesión no tiene valor formal), no se trata de probar tan sólo los hechos controvertidos sino de descubrir la verdad: rige el principio general sobre la libertad del objeto y de los medios de prueba (salvo casos excepcionales): no tiene aplicación la teoría de la carga de la prueba, no hay presunciones ni ficciones. Todas estas son consecuencias del principio fundamental de la verdad real o histórica".<sup>(10)</sup>

En el procedimiento administrativo al igual que en el penal, el objeto que se persigue es el de verificar la verdad real o material. Esto

(9) COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial DePalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1951, p. 125.

(10) VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Segunda edición, edición fotocopiada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 1983, p. 341.

lo podemos afirmar con base en el artículo 214 inciso 2 de nuestra L. G. A. P. del que luego hablaremos.

Habíamos dicho que en el proceso civil el juez debía necesariamente resolver con base en las pruebas aportadas por las partes. En cambio tenemos, como lo manifiesta Agustín Gordillo, que en el proceso administrativo, el órgano juzgador está constreñido por el principio de verdad material por lo que sus resoluciones deben ajustarse a los hechos sin importar si estos fueron alegados y probados.

Por todo lo anterior si dicha decisión no se conformara con los hechos (reales) el acto adolecería de vicio por ese solo hecho.

El principio de verdad material está íntimamente ligado con el principio de oficialidad por cuanto la Administración para cumplir el principio de verdad material no puede depender en forma alguna de la voluntad de las partes (administrado) de no aportar las pruebas. Si el administrado no aporta pruebas o si lo hace, la Administración siempre estará obligada a traer las pruebas necesarias al expediente para conocer la verdad sobre los hechos ocurridos.

Lo anterior nos lo confirma igualmente el tratadista Scola: "En la esfera administrativa, por tanto lo que importa es que se lleguen a precisar los hechos, tal cual son con total prescindencia de que tales hechos hayan sido alegados y probados por los administrados o admitidos o negados por estos. Por ello no tiene valor, en el procedimiento administrativo que el interesado por propia conveniencia acepte como real un hecho o circunstancia no ocurrido, u omite hacer mención de hechos o condiciones que efectivamente se produjeron, la Administración, dejando de lado el panorama que pretenda ofrecerle al administrado, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones tratando por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión. La verdad material debe predominar".<sup>(11)</sup>

Y este es el criterio sostenido por nuestra L.G.A.P.:<sup>(12)</sup> "Decimos que aunque las cuestiones de hecho y derecho no hayan sido debatidas, el acto del administrador, debe tomarlas en cuenta independientemente de lo que las partes hayan alegado para que la resolución sea exhaustiva y contemple todos los ángulos posibles para mirar a la conveniencia del acto desde el punto de vista del fin público".

Nuestra Procuraduría General ha dicho:

"Además de lo dispuesto en el referido dictamen conviene tener presente que de conformidad con lo preceptuado por los artículos 214

(11) SCOLA, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1973, p. 127.

(12) Actas de la Asamblea Legislativa sobre la L.G.A.P., Acta N° 101, p. 3.

inciso 2 y 221 de la L.G.A.P., el objeto más importante del procedimiento es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final. Lo anterior en razón de que a tenor de lo dispuesto por el artículo 133 de la Ley citada: el motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".<sup>(13)</sup>

Tenemos pues que la justificación que tiene dicho objeto, en cuanto a la verificación de la verdad real lo encontramos en el artículo 133 de la L.G.A.P.

¿Por qué es que se establece dicha relación entre el artículo 214 inciso 2, el 133 y el 136 de la L.G.A.P.? Porque tenemos que la decisión debe fundarse en hechos reales. El motivo que va a tener la Administración para tomar un acto tiene un fundamento fáctico, se va a basar sobre los hechos que realmente sucedieron. La ley establece como obligación la existencia de hechos reales que sirvan de motivo al acto. Esto ya que existe el interés público de que la Administración actúe conforme a las necesidades reales de la comunidad como bien establecen las Actas, las cuestiones de hecho y de derecho deben valorarse independientemente de las partes porque es del interés público para su mejor realización (más rápido y acertado) que exista un análisis concienzudo y exhaustivo de cuáles son las ventajas y desventajas que un acto podría conllevar.

Dice el artículo 133 en su inciso primero: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

Cuando establece que debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto, entonces tenemos que el principio de verdad material como finalidad del proceso es muy importante en este punto, porque los hechos que van a servir de sustento al acto, no serán hechos valorados arbitrariamente, sino que existe la obligación de que estos hechos sean los reales independientemente de la voluntad de las partes.

Tenemos en el artículo 136 de la L.G.A.P. cuáles son los actos que deben estar motivados.

Después establece que la motivación puede ser aquellos motivos que dieron al administrado o las propuestas, dictámenes o resoluciones previas que sean las que realmente determinaron la adopción del acto.

Tenemos entonces que la reafirmación de que la Administración como juzgador en el procedimiento administrativo puede tomar su resolución de acuerdo a lo aportado por las partes. Pero si esto no correspondiere o fuere insuficiente podría recurrir a otros medios, para verificar la realidad de lo sucedido y que de estas averiguaciones haga recaer su decisión final independientemente de si las partes hayan aportado dichas pruebas o no.

(13) Revista de la Procuraduría General de la República, Pronunciamiento C 103-80, de 14 de mayo de 1980, Año IX, N° 13, Imprenta Nacional, San José, 1980, pp. 44-45.

Todo lo anterior se manifiesta más explícitamente en el artículo 221 de la L.G.A.P. en donde se da claramente el sustento del principio de la verdad material en el procedimiento administrativo.

"En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes y necesarias aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de estas últimas".

Se debe insistir una vez más que la decisión que se toma es independiente a la voluntad de las partes y aún más puede ir en contra de lo por ellas argumentado.

Además de los artículos 133, 136, 214 y 221, es necesario reflexionar y relacionarlos con el artículo 222, en el cual se establece la impulsión de oficio del cual no hablaremos infra.

Por otra parte están los artículos 298, 301 inciso 3 y 297 del cuerpo legal citado, en los cuales se establece la libertad de prueba y su apreciación con base en la sana crítica. En un procedimiento que tiene como finalidad el de averiguar la verdad real, la prueba libre es necesaria para llegar a la verdad de lo ocurrido. Lo ideal es poder recurrir a cualquier medio y no tener ninguna limitación que impida llegar a la consecución de dicha verdad.

Se establece la prohibición de la confesión en rebeldía. La Administración no puede como en materia civil dar por ciertos hechos sino que debe investigar la verdad sobre estos hechos (art. 301-3).

Por último, la Administración debe ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte (art. 297 L.G.A.P.).

## SEGUNDA PARTE:

### OTROS PRINCIPIOS QUE HACEN POSIBLE LA VERIFICACION DE LA VERDAD.

Sería difícil que la Administración Pública pudiera cumplir con la *verdad material* si no se consagran en la misma ley otros principios que lo hagan posible.

#### 1) Principio de Oficialidad (impulso de oficio).

En primer término estableceremos en qué consiste. El principio de oficialidad significa:

“...que la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares...”<sup>(1)</sup>

El fundamento de este principio al igual que el del principio de verdad material lo encontramos en cuanto a que las actuaciones de la Administración siempre deben estar encaminadas a la satisfacción del interés público (recordemos el artículo 113 de la L.G.A.P.).

“La impulsión de oficio, que responde a las exigencias propias del interés público que el procedimiento administrativo pone en juego, da a éste un acusado carácter inquisitorial: la Administración gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, ex officio, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés...”<sup>(2)</sup>

“Tanto en el principio de oficialidad, como la exigencia de llegar al conocimiento de la verdad material, encontrarán su razón de ser en la condición, tantas veces citada y tan predominante en el ámbito administrativo de que la acción de los órganos de la Administración Pública no está dirigida, solamente a satisfacer un interés particular, sino que también y principalmente debe estar encaminada al logro de finalidades de interés público, a la satisfacción de un interés general, del que participa el propio interés administrativo”<sup>(3)</sup>

El impulso de oficio no quiere decir en ningún momento que las partes estén incapacitadas para tener intervención activa ya que lo lógico es que así sea por el carácter contradictorio del procedimiento.

“El principio de oficialidad no excluye... la posibilidad de que los administrados tomen en el procedimiento administrativo un papel activo, formulando peticiones, aportando probanzas o realizando alegaciones y en general cumpliendo cualquier acto que tienda a hacer que la administración lo lleve adelante. Pero ello no implica el procedimiento... puesto que es indudable que el principio de la impulsión de oficio por la administración es el que predomina netamente, adquiriendo el administrado un rol de colaborador o partícipe en la activación de los procedimientos”<sup>(4)</sup>

Ejemplo de ello es cuando la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos) en donde el impulso proviene del particular aunque “...luego de ese acto del particular, retoma su aplica-

(1) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1981, p. 401.

(2) *Ibidem*, p. 402.

(3) SCOLA, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1973, p. 127.

(4) *Ibidem*, p. 126.

ción el principio general, y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio”<sup>(5)</sup>

“No puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado, a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es netamente predominante y sólo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recurrente o administrado”<sup>(6)</sup>

En este sentido establece el artículo 284 de nuestra L.G.A.P.: “El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, o sólo a instancia de parte cuando así expresa o inequívocamente lo disponga la ley”.

Otro alcance jurídico que se deriva de dicho principio es el siguiente:

“Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculada con la impulsión de oficio existe también el principio de que la Administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga y no está obligada a ceñirse a los puntos reclamados por el particular, si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por el recurrente, puede también revocar el acto por esos vicios”<sup>(7)</sup>

En nuestra ley se recurre a las normas generales de nulidad contempladas en los artículos 165 y siguientes de la L.G.A.P.

En el artículo 173 se establece expresamente la posibilidad de declarar por parte de la Administración la nulidad absoluta, cuando esta fuera evidente y manifiesta, esto en vía administrativa sin recurrir al contencioso de lesividad con un informe previo de la Procuraduría General de la República.

Otros alcances en la L.G.A.P. los podemos encontrar en el artículo 221, en cuanto se establece que el órgano director tiene que tomar las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de estas últimas.

En el artículo 225 se establecen los límites bajo los cuales la Administración debe conducir el procedimiento: debe conducirlo de tal manera que logre un máximo de celeridad y eficiencia pero esto dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado. En este mismo sentido está el artículo 269-1.

Si existe algún retardo grave e injustificado, el artículo 275-2 establece la responsabilidad tanto de la Administración como del servidor culpable.

(5) GORDILLO, Agustín, *Procedimientos y recursos administrativos*, Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, 1964, p. 28.

(6) *Ibidem*, p. 29.

(7) *Ibidem*, p. 30.



El artículo 292 en el que se establece que si la petición o reclamación está mal interpuesta puede ser tramitada de oficio. Si éste se encuentra bien presentada se entenderá que esa petición de parte, pero si no es así es que se tramita de oficio.

Es ese el sentido que le ha dado el legislador:

"Significa que puede proceder de oficio la autoridad si es que tiene potestad... instituir de oficio" (Actas de la Asamblea Legislativa Nº 107, p. 3).

Otro artículo es el 297 en el cual se establece que la Administración debe realizar todas las diligencias de prueba necesarias de oficio o a petición de parte, esto con el fin de determinar la verdad real de los hechos.

El artículo 259 inc. 1 establece la posibilidad de que la administración suspenda los plazos de oficio. En ese mismo sentido establece el artículo 332 en donde el "órgano director" puede de oficio tomar una decisión provisional cuando existan razones de necesidad o conveniencia evidentes.

Los artículos 269, 270 inciso 6, 282 inciso 3, 300, 301, 307, 312, 314, 315 inciso 2, 319 hacen referencia a la Administración como órgano director del procedimiento y establecen los pasos, potestades que tiene para darle seguimiento y orden al procedimiento.

## 2) Principio de Prueba Libre.

Es a través de la prueba que se puede llegar a tener certeza sobre algún hecho.

Nos dice Romagnori que la prueba es "la suma de los motivos que producen la certeza". Sólo teniendo la Administración Pública la libertad de la prueba es que puede llegar a tener certeza de un hecho futuro, pasado o que está ocurriendo. Y es la libertad de la prueba la que le permite la certeza y por lo tanto el fundamento para llegar a la verdad material o real de un hecho.

Debido a que la Administración consagra el principio de verdad material o real como el objetivo principal del procedimiento administrativo y debido igualmente a que el problema de la prueba es central en todo procedimiento, de cualquier clase que éste sea, máxime si este procedimiento es el administrativo, que como ya mencionamos está orientado por el principio de verdad material, dicho procedimiento administrativo no podía estar regido por otro principio que no fuese el de "la oficialidad de la prueba".

Con ello lo que se trata de decir es que "...el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias)

que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución".(8)

### a) Gobierno y control de la prueba.

El control de la prueba lo tiene la Administración. Sin embargo, sus facultades en cuanto a la admisibilidad o no de las pruebas las tiene limitadas pues "...su obligación es hacer efectiva toda la prueba ofrecida por el recurrente".(9)

A nuestro parecer debe hacer efectiva principalmente pero nunca únicamente.

De lo anterior se deduce que sólo cuando la prueba sea claramente irrazonable podrá rechazarse la misma.

### b) Medios de prueba.

En nuestra L.G.A.P. el punto de los medios de prueba tiene un alcance amplio. El artículo 289-1 nos dice que:

"los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común".

A este respecto cabe aclarar que el derecho público está orientado por el principio de prueba libre o de libertad de la prueba (como también se le llama). Debido a la verdad real ya mencionada que rige y domina el procedimiento administrativo "...es preciso para poder conseguirla ampliamente, que la libertad más grande presida el desenvolvimiento de la prueba misma...".(10)

El alcance amplio que tiene el principio de prueba libre lo encontramos en varios artículos de la L.G.A.P., cuando se expresa que:

"La administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite..." (Artículo 297).

También encontramos en la L.G.A.P. en los artículos 299 a 307 diferentes formas en que es posible presentar la prueba como por ejemplo: prueba confesional, testimonial, inspecciones oculares, periciales, experimentos técnicos, dictámenes, interrogatorios, por medio de objetos, etc.

- (8) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Román, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas S. A., Madrid, 1981, p. 423.
- (9) GORDILLO, Agustín, *Procedimientos y Recursos Administrativos*, Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, 1964, p. 138.
- (10) FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, p. 314.

Alguna controversia podría presentar los alcances del artículo 307 de la L.G.A.P. al decir que la Administración Pública puede "prescindir de toda prueba". Esto no podría darse porque este mismo artículo 307 enseguida de que le otorga tal facultad a la Administración, le limita su uso única y exclusivamente "cuando haya de decidirse únicamente con base en los hechos alegados por las partes, si los tiene como ciertos", y también porque sabemos que un acto final basado en tal procedimiento sería nulo como lo contempla el artículo 219-2 y 223-1 y 2.

Nuestro más ilustre tratadista del Derecho Administrativo nos da algunos ejemplos de prueba y nos señala una serie de casos y los diferentes medios probatorios para la comprobación de la verdad real, principio orientador del procedimiento administrativo. Veamos:

"... en la expropiación por causa de utilidad pública consistente en operaciones de medida, ubicación y estudio topográfico de la finca; en el nombramiento de empleados del Servicio Civil en pruebas de capacidad y juicio sobre el resultado, así como en relación sobre la vida y capacidad del aspirante con recolección de datos, visitas de lugares, recepción de declaraciones, etc., en el conferimento de una concesión de explotación de aguas en el trabajo de inspección ocular, del lugar de las aguas, por el Inspector cantonal, con recepción de prueba de varios tipos: testimonial, pericial, etc."<sup>(11)</sup>

También en las Actas de la Asamblea, encontramos que el Lic. Ortiz nos da otro ejemplo más de la introducción de medios de prueba que no son admitidos en el procedimiento civil dadas las limitaciones probatorias de este tipo de procedimiento:

"Una de las críticas que tienen los jueces es la regla dentro del procedimiento judicial, que a los terceros en el juicio no se le puede compeler a colaborar en la conducción y desarrollo del juicio. Nosotros consideramos que esa práctica no debe regir. Estamos explicando que como acto administrativo a la inversa de la sentencia judicial tiene efecto frente a todo el mundo, nosotros estamos poniendo a todo el mundo a colaborar en el desarrollo del procedimiento administrativo, incluso si es un tercero. Por ejemplo, resulta que un documento necesario para probar un hecho en la Administración estaba a nombre de un tercero, la Administración puede ordenarlo que lo presente. A un tercero ¿por qué? Porque el acto administrativo va a surtir efecto frente a él y frente a las partes" (Acta N° 107, p. 7).

Por todo lo anterior, es comprensible lo que nos afirma García de Enterría, cuando nos dice:

"... la carga de la prueba no se reparte del mismo modo que en el proceso judicial común, sino que pesa esencialmente sobre la Administración en la medida en que ésta viene expresamente obligada por la ley..."<sup>(12)</sup>

(11) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, U. C. R., 1972, p. 7.

(12) GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), *Op. cit.*, p. 423.

Debemos pedir que se haga énfasis en los artículos citados, en especial los artículos: 221 que habla de "... adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias..."; el art. 297 donde se expresa la orden y práctica de "... todas las diligencias de prueba necesarias..."; y el art. 298 donde se establece que "los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público...", que nos indican que en el procedimiento administrativo se ha de probar y demostrar la realidad fáctica, de ahí que se adopte esa gran libertad, esa gran amplitud en la admisión de la prueba.

No es posible "... que las partes puedan dar por hechos ciertos que no lo son, en eventual detrimento de la resolución administrativa que se dicte, que se va a fundar sobre hechos inexistentes, no parece acorde con lo que es el carácter de orden público de los procedimientos administrativos. Fijense que en el procedimiento judicial donde ya es criticado se explica la disposición, porque cada parte dispone de su propio interés.

Entonces puede sancionarse su negligencia en su propio perjuicio dando por hecho ciertos hechos que pueden no serlo. Con el mero hecho de que no compareció, pero eso no debe ser así sobre todo en derecho administrativo en que hemos citado como un principio general del mismo, la verdad real de los hechos que la administración deberá comprobar incluso contra la voluntad de las partes. Un interés público que juega en este tipo de procedimiento..." (Actas de la Asamblea sobre la L.G.A.P., N° 107, p. 6).

Es importante en cuanto a la prueba el alcance que debe tener su apreciación.

"... la apreciación de la prueba constituye también aspecto de legalidad del acto y como tal debe ser controlado"<sup>(13)</sup>

El artículo 298 inciso segundo nos dice la forma en que será apreciada la prueba "de conformidad con las reglas de la sana crítica", lo que significa que la prueba se apreciará de acuerdo a la lógica, la ciencia y la experiencia, siendo entonces una apreciación razonable, fundamentada, no facultándose para desconocer una prueba aportada de forma arbitraria o irracional. (Véase además el artículo 16 de la L.G.A.P.).

### 3) Principio de Participación de las Partes en el Procedimiento.

#### a) Las Partes en la L.G.A.P.

Los artículos 275 y siguientes se refieren a las partes en general dentro del procedimiento administrativo.

En relación con este artículo, podemos citar la opinión dada por el Lic. Ortiz en el Acta N° 106, página 8 de la L.G.A.P., que dice:

(13) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 426.

"Con esto introducimos una apertura sustancial respecto a lo que ha sido el concepto tradicional sostenido en Costa Rica, incluso por nuestros más altos tribunales de lo que debe ser una parte de un procedimiento. Estamos afirmando expresamente que no sólo está legitimado el que tenga un interés legítimo sino aquel que tenga un interés no económico, aunque sea solamente científico, religioso o de cualquier índole. De modo que si mañana hay un procedimiento en que se están discutiendo asuntos que ponen en cuestión interés moral de la persona o religioso, esa persona puede apersonarse en el procedimiento para hacer valer sus derechos y razones".

La ley sigue esencialmente el criterio de partes principales y partes accesorias. Partes principales la Administración y el Administrado que tenga un derecho subjetivo o interés legítimo afectado. Partes accesorias los coadyuvantes y el tercero adhesivo y el excluyente de dominio.

### 1. Coadyuvante.

Los artículos 276 a 279 se refieren al coadyuvante. Definiéndolo el primero como "todo aquel que esté directamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de las partes a la que coadyuva".

El Lic. Ortiz expuso que en este artículo 276 se está alegando un término más amplio del que encontramos en materia civil, sirviendo esta figura "para que cuando una parte no tenga un interés propio en el asunto, pero sí un interés indirecto porque lo afecta en las resultas del juicio, quiere intervenir, si quiere puede hacerlo... no tiene un interés directo, porque incluso el daño no es actual para ellos, es potencial..."<sup>(14)</sup>

Se consagra en el artículo 277 la coadyuvancia, tanto activa, como pasiva, mientras que la L.R.J.C.A. solamente se refiere a la pasiva, se pretendió que la coadyuvancia fuera tanto para el actor como para el demandado, independientemente del cual sea la posición procesal.

De acuerdo al art. 278 y las Actas de la L.G.A.P. el coadyuvante no puede pedir nada para sí ni puede cambiar la pretensión a la que coadyuva porque no es parte, pero sí puede, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos para reforzar los argumentos de la parte, siempre que sus actuaciones no vayan en perjuicio del coadyuvado.

### 2. Los terceros. Tercero excluyente y tercero adhesivo.

El artículo 280 de la L.G.A.P. introduce las figuras del tercero adhesivo y excluyente.

(14) Actas de la Asamblea Legislativa sobre la L.G.A.P., Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, N° 106, p. 9.

Como se establece en las Actas de la Asamblea sobre la L.G.A.P., en este artículo se tratan los procesos que tienen pluralidad de partes, y no de los coadyuvantes. Estamos en uno de los dos casos anteriores, cuando hay más de una persona que tiene un derecho o un interés propio directo en el juicio con posibilidad de participar como parte.

El tercero excluyente como el mismo artículo lo dice interviene para hacer valer un derecho o interés legítimo "contra" una o ambas partes.

"...es una figura excluyente y poco común. Pero es el equivalente de la intervención excluyente de dominio que hay en el Derecho Procesal y juicios en que hay embargos. Significa la posibilidad de que un procedimiento, en que se esté discutiendo con la administración un interés, puede haber un tercero que tenga un interés directo en esa materia y discrepar tanto del administrado que ya empezó a actuar, como de la Administración".<sup>(15)</sup>

Es así el tercero excluyente, una persona que prueba tener mejor derecho, que las partes principales, y hasta podría ser en una situación determinada con respecto a un coadyuvante, si prueba tener mejor derecho.

Esta figura, se remite al procedimiento civil. En realidad para definir al adhesivo y tercero excluyente, hay que recurrir al procedimiento civil y son casos muy particulares, en los cuales se actúa por un recurso, una actuación.

ii. El tercero adhesivo interviene para hacer valer un derecho o interés propio. Nótese que la ley dice concurrente con el de una parte.

Las partes de acuerdo a las normas procedimentales de la L.G.A.P., tienen derecho a participar, a intervenir en el desarrollo del procedimiento administrativo.

"...significa estar jurídicamente en el proceso... con la posibilidad de ejercer en él todos los derechos y atribuciones que la ley le otorga..."<sup>(16)</sup>

En este sentido, las partes deben tener "un leal conocimiento de las atribuciones administrativas, y sólo podrá decretarse el secreto del sumario total o parcialmente y por un término limitado, cuando por la índole de la investigación a realizarse o prueba a lograr así lo exijan".<sup>(17)</sup>

Veamos otros alcances en los artículos 272, 273 y 274 de la L. G. A. P. Se refieren al expediente y a sus piezas, al derecho que tienen las partes y sus representantes de examinar, leer, copiar cualquier parte del mismo, en cualquier fase del procedimiento, tal es lo estipulado en el artículo 272.

(15) Ibidem, p. 11.

(17) ALTAMIRA, Pedro Guillemto, *Curso de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1971, p. 911.

El artículo 273 establece los límites o excepciones para el ejercicio de ese derecho. Viniendo el artículo 274 a obligar a la Administración a motivar la decisión que niegue el acceso a una pieza del expediente, dando pie asimismo para que se presente contra esa decisión los recursos ordinarios de la ley.

Este principio que consagra el artículo 217, lo podemos encontrar ya dentro de las diversas clases de procedimientos que la ley señala, en los artículos 312 inciso 1 y 2 del procedimiento ordinario, y el artículo 324 del procedimiento sumario.

El primero porque se obliga a la Administración en la citación para la comparecencia, que se enumere brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder, previniendo igualmente a las partes para que presenten toda la prueba que posean si aún no lo han hecho y el segundo porque claramente expresa:

"...instruído el expediente se pondrá en conocimiento de los interesados, con el objeto de que... formulen conclusiones sucintas sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones".

"La actividad de los particulares en el procedimiento administrativo es muy variada. En algunos supuestos puede actuar como causa del acto administrativo. En otros casos condicionan su eficacia. En otros casos lo integran como requisito formal a través de un procedimiento administrativo. El más importante de estos es la audiencia del interesado. El principio de la audiencia del interesado está admitido en forma universal, sobre todo en materia correctiva, disciplinaria..."(18)

Además es preciso agregar que "...la funcionalidad del trámite de audiencia es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle consiguientemente realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento".(19)

Nos dice don Eduardo Ortiz:

"En general, es formalidad esencial la audiencia al particular en los procedimientos negativos, que conducen a privarlos de derechos, a limitar el ejercicio de estos, o a imponerles obligaciones. Tal derecho de audiencia, definido por Dyroff... como el de 'ser oído con ataque y defensa, y de oír lo que alegan los adversarios', es principio fundamental de un estado de derecho, está consagrado implícitamente en el artículo 41 de la Constitución Política, que exige de la justicia el darse 'cumplida y sin denegación', porque sería denegarla y darla a medias el mantener la

(18) DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bibliografía Omebo, Editores Libreros, Buenos Aires, 1965, Tomo II, p. 238.

(19) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 427.

validez de un acto perjudicial dictado con parcialidad y sin oír la parte lesionada".(20)

Indica Gordillo que:

"El principio constitucional de la defensa en juicio en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo".(21)

Es preciso insistir en el alcance del derecho de defensa que establece el artículo 220 como participación de las partes en el procedimiento. En los artículos 293 inciso 2, 296 inciso 2, 298, 309 inciso 1 y 2, 311, 312, 317 inciso 1, 324 se insiste en el derecho de defensa.

Para la mayoría de la doctrina los elementos de la garantía de la defensa deben comprender:

1. Derecho a ser oído, lo que a su vez presupone:

- a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas;
- b) Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después;
- c) Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso;
- d) O de decidir expresamente las peticiones y como corolario de c);
- e) O de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes.

2. Derecho a ofrecer y producir las pruebas de descargo de que quiera valerse uno, lo que comprende:

- a) Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida;
- b) Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión; y
- c) Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la Administración, sea ella pericial o testimonial".(22)

Para finalizar con el tema de la participación de las partes en el procedimiento administrativo, debemos decir que las mismas tienen el derecho de recurrir contra los actos que consideran indebidamente tomados. Sea porque no se han cumplido al pie de la letra las normas procedimentales o porque consideren que su derecho o interés no ha sido debidamente valorado.

El artículo 342 establece que las partes pueden recurrir contra las resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales, en los términos de esta ley por motivos de legalidad o de oportunidad.

(20) ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, U. C. R., Tomo II, 1976, p. 3.

(21) GORDILLO, Agustín, *Op. cit.*, p. 37.

(22) Ebdem, pp. 40-41.

343 → Tipos de recursos en ordenados de...  
El artículo 343 por su parte indica los tipos de recursos clasificándolos en ordinarios o extraordinarios. Estableciendo como ordinarios el de revocatoria y el de apelación y extraordinario el de revisión.

#### 4) Principio de imparcialidad.

En el procedimiento administrativo, se da el fenómeno de que la Administración es juez y parte a la vez, pues siempre será quien tome las decisiones y es parte obligada de dicho procedimiento.

"... la Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida".<sup>(23)</sup>

Nuestra L.G.A.P. ha recogido la necesidad de que se dé esa imparcialidad y regula los institutos de la abstención y la recusación en los artículos 230 a 238.

El artículo 230 inciso 1 señala cuáles serán los motivos de abstención y establece que serán los mismos de impedimento y recusación que se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) y además los que resulten del artículo 107 de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.).

El artículo 230 de la L.G.A.P. establece que los motivos de abstención se aplicarán al órgano director del procedimiento, al de alzada y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos y además que cuando esos motivos concurren en un miembro de un órgano colegiado, ésta no se hará extensiva a los demás miembros salvo casos muy calificados en que ello sea necesario.

En el artículo 231 se establece que cuando se dé algún motivo de abstención, el funcionario pondrá razón de ello y lo enviará (el expediente) al superior de alzada quien decidirá el expediente. Si la acoge, el superior señalará a un funcionario sustituto de igual jerarquía que el inhibido y si no lo hubiese, conocerá del asunto el superior inmediato.

Si la abstención afecta al órgano de alzada, se procederá en igual forma que la señalada anteriormente, pero quien resolverá será el superior jerárquico respectivo y si no lo hubiere, el Presidente de la República.

Sobre lo anterior señala el Lic. Ortiz en las Actas de la Asamblea, específicamente en la N° 105 que "... tiene por objeto obligar a la administración a ejecutar los actos administrativos en favor de los particulares. Que a menudo no ejecuta" (página 8).

Si el motivo de abstención concurre en el Presidente de la República, éste se excusará y conocerá del asunto el Primer Vicepresidente, en su caso, el segundo; en las Actas se menciona el hecho de que tiene que ser así para que sea una norma y no la voluntad del Presidente, la que decida a cuál Vicepresidente se debará llamar a conocer del asunto.

(23) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 234.

MOPT a entere → No hay impere enciateri  
En lo referente a los colegiados, estableciéndose que cuando algún miembro se abstenga, esta abstención será resuelta por los miembros restantes si forman quórum, o si no por el superior del órgano o, en su defecto, por el Presidente de la República, y en caso de que se declare con lugar, el mismo órgano colegiado, integrado con suplentes, conocerá del asunto.

Quando hubiere motivo de abstención, la parte perjudicada podrá recusar al funcionario. La recusación la deberá plantear por escrito y con las pruebas pertinentes y el funcionario recusado decidirá si se abstiene o si considera infundada la recusación, caso en el cual enviará el expediente al superior. El superior u órgano llamado a resolver podrá ordenar todas las pruebas que considere necesarias para tomar su decisión.

Un punto interesante es que, en el inciso 5 de ese artículo 236 se establece que no procederá recusación del Presidente de la República. El fundamento de ello lo encontramos en las Actas, en las que el Lic. Ortiz dice que:

"Lo que ocurre es que cuando el Presidente tacha un impedimento, se supone que como el líder moral que es de la Nación, podemos contar con que va a responder en su calidad y de entereza moral y va a delegar el asunto en otro. Pero es muy vergonzoso para el país que resulte un Presidente tachado porque se está metiendo en el negocio un hermano. Se supone que el Presidente le va a hacer el lado de objeción aunque no se lo haga. Exponer al Presidente a una tacha parece algo vergonzoso". (Acta N° 105, Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, página 9).

En este punto podemos decir que ello puede servir para que eventualmente se rompa con el principio de imparcialidad, pues aunque se suponga que el Presidente, por su entereza moral, va a delegar el asunto en otro, ¿podemos estar siempre seguros de esa entereza moral?

Por último, en el artículo 237 se establece que la actuación de un funcionario en el que concurren motivos de abstención, implicará la invalidez de los actos en que haya intervenido y además dará lugar a responsabilidad.

Recuérdese que existirá una nulidad absoluta de los actos en que haya intervenido un funcionario cuyos motivos de abstención sean los señalados en el artículo 199 de la L.O.P.J. o los que derivan del artículo 102 (según nosotros del artículo 107) de la L.A.F.R., y una nulidad relativa en los demás casos.

La imparcialidad llega a ser de gran importancia si se toma en cuenta que puede referirse no sólo a que el funcionario tenga interés en el asunto. Nos referimos a que el alcance puede llegar a ser más sutil. Recordemos el artículo 113 de la L.G.A.P. en el cual al funcionario se le obliga a actuar de manera que satisfaga el interés público. Lo anterior, pues en algunas ocasiones el interés del funcionario puede no ser directo. ¿De qué forma? Se trata de los casos en que el funcionario busca satisfacer

o buscar la manera de que sea el interés de la Administración el que prevalezca. Este interés no en todos los casos se identifica con el interés público.

Podría un funcionario o un grupo de funcionarios estar interesados en que un procedimiento administrativo lleve a un acto administrativo que pretenda esencialmente satisfacer el interés de la Administración y no el interés público? Es posible por lo tanto, recusar a uno de estos funcionarios.

### 5) Principio de publicidad del procedimiento.

El principio de publicidad en el procedimiento administrativo está garantizado constitucionalmente en nuestro país, aunque no de una manera expresa. Nuestra Constitución Política establece en su Título IV "Derechos y Garantías Individuales", artículo 30:

"Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado".

Nuestra jurisprudencia ha delimitado en algunos casos el alcance de este principio:

"La medida de orden acordada por el Director General de Tránsito impidiendo la entrada de toda persona al propio recinto donde se guardan los documentos del Registro de la Propiedad de Vehículos, con el fin de evitar congestionamientos pero nunca para negar que se consultara en él, no violenta la garantía que consagra el artículo 30 constitucional, pues el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, no significa el acceso material o físico de la persona directamente a las dependencias y documentaciones de las oficinas administrativas, sino el derecho a obtener información sobre cualquier dato que se requiere de interés público".<sup>(24)</sup>

Veamos como la doctrina ha entendido los alcances del anterior principio:

"El procedimiento administrativo sigue debatiéndose, pues, entre la publicidad y el secreto, con clara ventaja para este último a cuyo favor juegan tanto el deseo de los administradores de asegurarse una libertad de movimientos de la que en otro caso carecerían, como la inercia de la tradición, y, por supuesto la preponderancia prácticamente total de la forma escrita".<sup>(25)</sup>

Nuestro sistema procesal administrativo aventaja a otros sistemas, entre ellos el español, en varios aspectos que veremos infra.

(24) 1962, Alfaro Fernández vs. Director General de Tránsito, Juzgado Primero Penal de San José, 9 horas de 14 de mayo confirmada por la Sala Segunda Penal, 16:40 horas de 22 de mayo.

(25) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, p. 406.

Para algunos otros es preciso que se tome en cuenta que: "...no hay que confundir la publicidad de la función con la publicidad de la estructura del proceso. La participación del público en el proceso no es un modo de ser de su estructura imprescindible para el cumplimiento de su función. Es solamente un medio como otro cualquiera, del cual se puede y debe discutir la conveniencia a la luz de las ventajas y los perjuicios que puedan seguirse de él".<sup>(26)</sup>

Por lo tanto en la publicidad en el procedimiento administrativo deben sopesarse los pro y los contra ya que es cuestión de conveniencia la utilidad de la participación del público como medio para garantizar la eficiencia del procedimiento. No debemos entender el derecho de acceso que tiene todo ciudadano a los departamentos administrativos como:

"Un derecho del ciudadano a meter personalmente la nariz en cada uno de los procesos a ser informado del desarrollo de él, a manifestar su opinión acerca de él, no existe".<sup>(27)</sup>

### a) El principio de publicidad en la L.G.A.P.

El principio de publicidad no tiene una formulación expresa en la L.G.A.P., como sí sucede respecto de otros principios. Consideramos que las proyecciones más importantes de este principio son las siguientes:

1. El principio de publicidad en el procedimiento administrativo como derecho de acceso al expediente y sus piezas.

Este derecho de acceso está regulado específicamente en los artículos 271, 272, 273 y 274 de la L.G.A.P.

i. El artículo 217 inciso 1) establece que:

"Las partes tendrán derecho a conocer el expediente con las limitaciones de esta ley y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses, antes de la decisión final, de conformidad con la ley".

Del estudio de este artículo tenemos que:

Se trata de una publicidad restringida pues se limita el derecho de conocer el expediente a "las partes", entendiéndose por estas, según lo expresa el artículo 272: las partes, sus representantes y cualquier abogado.

ii. Este derecho de acceso al expediente y sus piezas, garantizado por el artículo 272, constituye "un derecho a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma". Sin embargo, este derecho se encuentra limitado en el artículo 273 inciso 1), pues no hay acceso a las piezas del expediente, en los siguientes casos

(26) CARNELUTTI, Francisco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 128.

(27) *Ibidem*, p. 129.

1) Cuando por el examen de dichas piezas, se corra el peligro de comprometer secretos de Estado, de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Política ya analizado.

2) Cuando se corra el peligro de comprometer información confidencial de la contraparte.

3) Cuando el examen de las piezas confiera a la parte un privilegio indebido.

4) Cuando el examen de las piezas confiera a la parte una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

Pareciera un mal necesario el que se limite el derecho de acceso al expediente y piezas en los casos previstos por la ley, pues no estaría bien que ejercitando un derecho se le causara perjuicio o indefensión a la contraparte o a terceros. Al respecto don Eduardo Ortiz en las Actas de la Asamblea Legislativa de la L.G.A.P. establece:

"En realidad la norma constitucional ha sido más o menos interpretada por los tribunales penales por juicios de amparo en el sentido de que hay ciertas piezas confidenciales en un expediente. En los trámites de obtención de contratos industriales, la ley exige presentar un informe con todo el detalle técnico y financiero del proyecto industrial que se plantea. Naturalmente que si el opositor que es el actual o potencial competidor conociera eso adquiriría un elemento de juicio importante para liquidar al competidor en el futuro. Estas piezas son confidenciales. Además, sería hasta cierto punto una forma de darle al competidor una ventaja para competir deslealmente poniendo en conocimiento de él, datos que son secretos. Hay ciertas piezas que elementalmente tienen que ser confidenciales. Por otra parte, hay otros que son secretos de Estado y otros en que finalmente resultan por su propia naturaleza imposible. Por ejemplo, un informe que se dé a un órgano consultivo para que éste rinda su dictamen no debe ser conocido por las partes antes de que el órgano consultivo lo rinda, porque se presta para que haya presiones con el órgano consultivo... Igualmente los dictámenes antes de que hayan sido rendidos el voto en que consiste el dictamen no debería haberse conocido porque se presta para maniobras. Es más se presta para que las partes aleguen derechos adquiridos con base en el voto que todavía no ha sido redactado. Cuando en realidad se trata de documentos internos que no deberían estar al alcance del administrado. Porque la Administración debe tener la libre facultad de formar su criterio en forma plena, libre antes de que se dicte la decisión final" (Acta N° 106, Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, p. 7). (Ver artículo 277 L.G.A.P.).

iii. En todo caso, como garantía para las partes, sus representantes y abogados, se establece que la decisión que niegue el conocimiento y acceso a una lieza deberá ser suficientemente motivada y contra dicha resolución caben los recursos que establece la L.G.A.P. Entran aquí los artículos 133 y 134.

Desde el inicio del procedimiento, a partir del momento en que las partes son citadas a la comparecencia oral y privada con la Administración, tienen el derecho de acceso al expediente y piezas y así poder ejercer en mejor forma su derecho de defensa. La citación a la comparecencia oral se debe hacer con 15 días de anticipación, según lo expresa el artículo 311. Incluso el artículo 312 nos aclara más el alcance de este derecho pues establece que la Administración en la citación deberá enumerar brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder y además indicar la oficina en la que podrá ser consultada y debe ponerla a disposición de los citados y de las partes.

La audiencia es garantía esencial sin la cual no puede existir verdadero procedimiento en sentido propio, pues se encuentra en íntima relación con el derecho de defensa que tiene la parte porque contribuye a que en ningún caso se produzca indefensión.

Las manifestaciones que encontramos en la L.G.A.P. sobre el principio de publicidad en el trámite de audiencia son las siguientes:

i. Artículo 218: establece que las "partes tienen derecho a una audiencia oral y privada con la Administración en la cual se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba..." En el mismo sentido, el artículo 309 inciso 1) establece que el procedimiento ordinario se tramitará también mediante dicha comparecencia oral y privada.

Ambos artículos se refieren a una comparecencia oral y privada, por lo que nos cuestionamos dónde queda el principio de publicidad? Para entender el sentido de la frase comparecencia oral y privada, debemos remitirnos al artículo 310 que establece quiénes pueden asistir a la comparecencia con la Administración y que expresa "sólo las partes y sus representantes y abogados podrán comparecer al acto, fuera de la Administración, pero ésta podrá permitir la presencia de estudiantes, profesores, científicos, quienes asistirán obligados por el secreto profesional". Vemos así, que la publicidad de la comparecencia o audiencia queda limitada a quienes están interesados en ella, sea por parte o representantes de las partes, abogados y a otros cuyo interés personal o propio, pero que quedan obligados por el secreto profesional, en caso de que asistan e incluso la Administración puede citar a otras personas.

En las Actas quedó claro que "...como el acto administrativo a la inversa de la sentencia judicial tiene efecto frente a todo el mundo, nosotros estamos poniendo a todo el mundo frente al mundo, a colaborar en el desarrollo del procedimiento administrativo, inclusive si es un tercero. Por ejemplo, resulta que un documento necesario para probar un hecho en la administración estaba a nombre de un tercero, la Administración puede ordenarle que lo presente. A un tercero. ¿Por qué? Porque el acto administrativo va a surtir efecto frente a él y frente a todo el mundo. No es lo mismo que la sentencia que va a surtir efecto frente a las partes" (Eduardo Ortiz, Actas de la Asamblea, Acta N° 107, artículo 309).

2. El principio de publicidad en el procedimiento administrativo en relación a la comunicación de los actos de procedimiento.

140 Partiendo del principio general establecido en el artículo 140, de que el acto administrativo produce sus efectos después de comunicado al administrado, excepto si se concede únicamente derechos, tenemos que "todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta ley", nos dice el artículo 239 de la L.G.A.P.

La publicidad tiene íntima relación con los actos del procedimiento, pues estos sólo producen sus efectos una vez que han sido comunicados y desde este punto de vista también tiene relación íntima con el recurso pues:

"Dado que el acto sólo produce sus efectos jurídicos, una vez que ha sido dado a publicidad, esta se transforma en presupuesto lógico del recurso".<sup>(28)</sup>

Vemos así que la publicidad en cuanto a los actos de procedimiento juega un papel muy importante:

#### i. Comunicación de los actos de procedimiento.

Los actos dentro del procedimiento administrativo deben ser debidamente comunicados, cuando afectan derechos e intereses. Al respecto se siguen dos reglas:

1.—Cuando se trata de actos generales la regla de la comunicación es la "publicidad" (artículo 240 inciso 1). En cuanto a la publicación se establece:

- a) La publicación no puede normalmente suplir la notificación (artículo 241 inciso 1).
- b) Cuando por culpa del interesado se ignore o esté equivocado el lugar para notificaciones, se le comunicará por publicación y dicha comunicación se tendrá por hecha cinco días después de ésta (artículo 241 inciso 2).
- c) Igual regla se aplica para la primera notificación en el procedimiento cuando no consta en el expediente ningún lugar para notificación, o no se sabe. Si no consta, pero cualquiera de las partes o la Administración indica un lugar, se le notificará (artículo 241 inciso 3).

2.—Cuando se trata de actos concretos, la regla de la comunicación es la "notificación".

En cuanto a la notificación se establece:

- a) Cuando un acto general afecte en particular a una persona y su lugar para notificaciones está señalado en el expediente o sea conocido

(28) GORDILLO, Agustín, *Op. cit.*, p. 141.

por la Administración, el acto deberá serle también notificado (artículo 240 inciso 2).

- b) La notificación puede hacerse por varios medios: personalmente, telegrama, carta certificada o residencia, lugar de trabajo y dirección del interesado, si no se hubiere señalado lugar para notificaciones y constan en el expediente o por indicación de la Administración o de cualquiera de las partes (artículo 243 inciso 1).
- c) Cuando se trate de varias partes o destinatarios del acto se comunicará a todos exceptuando el caso en que actúen bajo una misma representación o si han designado a un solo domicilio para notificaciones (artículo 244 inciso 1).
- d) Por último se establece en el artículo 247 la nulidad de la comunicación hecha por un medio inadecuado. Y la defectuosa u omisa será relativamente nula.

Por tener una relación con el principio véase los artículos 245, 342, 344-1, 345-1 y el 334 para el acto final.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACTAS de discusión en subcomisión del Proyecto de L.G.A.P., Asamblea Legislativa, 1970.
- ALTAMIRA, Guillermo, *Curso de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1971.
- ANTILLON, Walter, *Organización Judicial y función jurisdiccional*, Revista de la Contraloría General de la República, San José, Año IV, N° 10, 1970.
- BONNIER, Eduardo, *De las pruebas en el Derecho Civil y en el Derecho Penal*, 5ª edición, Reus, Madrid, 1978.
- BRUGUER, Juan, *Diccionario Enciclopédico Bruguer*, Tomo III, Juan Bruguer Editor, Barcelona, 1970.
- CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Omeba, Buenos Aires, 1961.
- CASTILLO BARRANTES, J. Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, Colegio de Abogados, San José, 1977.
- CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediar, Argentina, 1960.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II y III, DePalma, Buenos Aires, 1979.
- CUENCA, Humberto, *El Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2ª edición, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1969.
- DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1973.



ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1973.

FIORINI, Eugenio, *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 4ª edición, Porrúa, México, 1948.

GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I y II, Cívitas, Madrid, 1977.

GARCIA-TREVIJANO, Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1977.

## LA OFERTA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Profesor de Derecho Administrativo

## SUMARIO:

### Siglas más usadas.

Resumen  
Presentación  
Introducción

- 1) ¿Qué es la oferta?
- 2) Presentación de la oferta
- 3) Oferta firme, definitiva, invariable, incondicionada.
- 4) Oferta seleccionable
- 5) Oferta en idioma español
- 6) Vigencia de la oferta
- 7) Oferta y cláusulas del cartel
- 8) Precio de la oferta
- 9) Oferta total o parcial
- 10) Oferta y sus componentes
- 11) Oferta y oferente sometidos a las leyes y a los Tribunales Nacionales
- 12) Ofertas en sobre cerrado
- 13) Retiro jurídico de la oferta
- 14) Acto de apertura de las ofertas
- 15) Ofertas abiertas extemporáneamente
- 16) Ofertas presentadas fuera del plazo para recibir plicas
- 17) Oferta completa
- 18) Oferta ajustada al cartel
- 19) Ofertas públicas
- 20) Mejoras en las ofertas
- 22) Modificaciones a las ofertas
- 23) Ofertas adjudicadas
- 24) Oferta ventajosa
- 25) Cuadro de ofertas
- 26) Totalidad de ofertas excluidas

A modo de conclusiones

Bibliografía

## Siglas más usadas

AP	Administración Pública
O	Oferta
C	Cartel
Co.	Contraloría General de la República
Reco	Revista de la Contraloría General de la República
BCIE	Banco Centroamericano de Integración Económica
RCA	Reglamento de la Contratación Administrativa
LAFR	Ley de Administración Financiera de la República
E	Estado
ICE	Instituto Costarricense de Electricidad

### Resumen

En este trabajo se hace una presentación rápida y suscita del tema de la *oferta* en la Contratación Administrativa Pública.

Se hace un análisis del Reglamento de la Contratación Administrativa (RCA), así como de otros documentos públicos denominados carteles o pliegos de condiciones, fruto de la potestad reglamentaria de la Administración; y, que juegan —entre las partes— como la Ley del respectivo contrato, en torno al tema central de la oferta.

### Presentación

En nuestro país el tema de la contratación administrativa tiene un interés esencial. No sólo en términos del volumen de millones de dólares que el Estado costarricense adjudica al año; sino también, por la creciente necesidad de contar con una Ley de Contratos del Estado (LCE) con su reglamento respectivo en materia de normas propias de esta negociación, como también del sinnúmero de *carteles* que cada Administración Pública menor elabora e imprime, incluso a nivel de mera *circular*, que es la norma jurídica de menor rango en el Estado.

La oferta sigue siendo vital en la contratación administrativa, ya que sin la propuesta del particular no hay negocio. Es la respuesta al llamado de la Administración para que el concurso se realice y se cumpla con el fin público inherente al negocio estatal: proteger y realizar un servicio o un interés público.

La oferta del particular es la respuesta que da el proponente (nacional y extranjero) al llamado de la Administración Pública (AP) para realizar un contrato administrativo regulado por el Derecho Público.

Aquí desarrollaremos la temática a partir de la definición de lo que es la *oferta*, plica o propuesta, hasta llegar al acto de adjudicación de la plica seleccionada, analizando —también— los aspectos de modificaciones, reformas, precio y elementos que la componen.

### 1. ¿Qué es la Oferta?

La *oferta* es la propuesta formal que un interesado en contratar con la Administración dirige a ésta, aceptando la invitación que, dentro del procedimiento de licitación, implica el cartel (art. 81 RCA).

Se trata de una proposición, sujeta a procedimiento, tiempo y forma que, le manda una persona al Estado, como respuesta a la invitación (hecha mediante publicación en la Gaceta) que efectúa la Administración Pública, para que se participe en una licitación pública o privada.

### 2. Presentación de la Oferta

La oferta debe ser presentada en *original* y con las copias que la Administración disponga en el cartel.

Asimismo, debe venir *firmada* por el oferente respectivo; o por aquel que está debidamente autorizado para firmar como aplicante.

Es decir, por aquel que está cotizando, recuérdese aquí que el representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra (artículo 360 del Código de Comercio).

También, se debe acompañar el número de cédula del oferente, y los demás datos que lo identifiquen debidamente.

### 3. Oferta firme, definitiva, invariable, incondicionada

La propuesta tiene que tener esas características para ser tomada en cuenta como una plica seleccionable, elegible y adjudicable. De lo contrario queda excluida del concurso.

### 4. Oferta Seleccionable

La plica que puede ser objeto del acto de adjudicación es aquella que cumple con el cartel, pliego de condiciones, pliego de bases o instructivo (Art. 82 RCA).

Ahora bien no todo incumplimiento, violación o separación de la oferta respecto del cartel, implica necesariamente la exclusión, marginación o nulidad de la plica. Sólo aquellos incumplimientos graves de la plica respecto del cartel, hacen nula la propuesta del interesado.

### 5. Oferta en Idioma Español

Las plicas tienen que ser presentadas en el idioma español, es decir, el original en castellano o español. De lo contrario, quedan excluidas del concurso.

Prevalce esta norma, respecto de literatura, folletos o catálogos escritos en otro idioma. Tales documentos tienen que ser presentados en el idioma nacional. (Art. 83 RCA). Algunos carteles permiten ofertas en inglés (cf. cartel del ICE, contratación de la obra con fondos del Banco Centroamericano de Integración Económica, BCIE, 1985).

### 6. Vigencia de la Oferta

La plica tiene que presentar el término de su vigencia o plazo en el cual la oferta está viva y puede ser adjudicada.

Este plazo tiene que incluir todo el tiempo que sea necesario para que la adjudicación quede firme (es decir, el plazo de la posible apelación del acto adjudicatario ante la Contraloría (Art. 84 RCA).

### 7. Oferta y Cláusulas

El cartel presenta dos clases de cláusulas:

A) *Variables*: Aquellas, respecto de las cuales puede el oferente cotizar (precio, plazo de entrega, etc.); y,

B) *Invariables*: En relación con ellas, el oferente se obliga a cumplirlas y se subordina a las mismas, por el mero hecho de cotizar. Empero, es recomendable que el proponente indique en su oferta que acepta todas las condiciones del pliego de condiciones (Art. 89 RCA).

Estas condiciones, se ubican, por ejemplo, en los requisitos técnicos de la obra pública que se desea construir.

El cotizante está en la obligación de cumplir con el pliego de condiciones con el objeto de tener la posibilidad de convertirse en el contratista respectivo (Art. 90 RCA).

### 8. Precio de la Oferta

El precio de la cotización tiene que ser firme, incondicionado, seguro, cierto. Se deben indicar en letras y en números. Si hay confusión, prevalece el precio dado en letras.

Los impuestos se deben indicar por separado; de lo contrario, se presumen incluidos dentro del precio cotizado.

De acuerdo a la Ley de la moneda, se puede cotizar en moneda extranjera, pero la regla es que la cotización se debe hacer en moneda nacional, si se trata de una oferta con pago en el exterior (Arts. 85, 86, 87 y 88 del RCA).

## 9. Oferta total o particular

El cotizante puede ofrecer todos los renglones de la licitación o varios de ellos, cuando se establece que el aviso de participar en la licitación pública contiene una gama de *items*, en donde cada uno de ellos constituye un concurso por aparte. Por ejemplo, cuando se licitan equipo y material para oficina (máquinas de escribir, papeleros, escritorios, bolígrafos, etc.). Lo que no está permitido es cotizar cantidades menores a las que cada renglón (entiéndase licitación) requiere. Así, por ejemplo, si se piden 100 máquinas de escribir, no se pueden cotizar 20. Se tienen que ofrecer 100. Teniendo la Administración, la facultad de comprar esas 100 o cantidades menores; o, si lo desea, declarar desierto el concurso (Arts. 91 y 126 del RCA).

## 10. Oferta y sus componentes

Las partes que componen una plica, propuesta u oferta, son —entre otros—:

- \* Escrito principal de oferta (en el cual el oferente manifiesta su deseo de negociar con la Administración)
- \* Maquetas
- \* Fotografías
- \* Diseños
- \* Planos
- \* Catálogos
- \* Caucciones o garantías
- \* Muestras
- \* etc.

Todo este conjunto de elementos, integran la oferta (cf. Art. 92 RCA).

## 11. Oferta y Oferente sometidos a las Leyes y Tribunales Nacionales

La normativa costarricense manda que la plica como el aplicante, quedan sometidos al ordenamiento, trámites, procedimientos, requisitos y tribunales de Costa Rica.

Es decir, los extranjeros quedan bajo la jurisdicción de la Ley y Tribunales Nacionales, no pudiendo invocar normas jurídicas o tribunales extranjeros. Ello es así, por la soberanía del Estado costarricense y por ende, en virtud, de que el que llama a la contratación es la propia Administración Pública.

El Estado no puede quedar sometido a leyes o tribunales del extranjero, en el terreno de la contratación administrativa, como es obvio (cf. Artículo 99 del RCA).

## 12. Ofertas en Sobre Cerrado

Las plicas se deben presentar cerradas, con el fin de que los competidores no conozcan el contenido de propuesta.

Por supuesto, que el sobre debe presentar la leyenda con los datos que identifiquen la licitación para la cual va destinada la respectiva plica.

Con el sobre cerrado, se tiende a proteger el principio de competencia leal entre los oferentes y a que la Administración promueva un mayor número de cotizantes, que saben que sus datos no van a ser conocidos por la competencia antes de tiempo. Para ello, se establece el día, lugar y hora para abrir los sobres que contienen las ofertas (cf. Artículo 103 RCA).

## 13. Retiro Jurídico de la Oferta

La oferta puede ser retirada por su respectivo oferente.

Este retiro es jurídico, mediante una nota en la cual el aplicante le hace ver a la Administración Pública que deja sin efecto la propuesta depositada en la sede administrativa correspondiente. Este retiro jurídico debe ser hecho *antes* de la apertura de las ofertas. Si lo hace *después*, la garantía de participación la liquida el Estado a su favor, ya que esta caución responde a la *intención seria de contratar* del proponente (cf. Artículo 105 del RCA). Algunos prefieren retirar la oferta a correr el riesgo de perder o ganar menos de lo que desearan, a pesar de la prohibición que en tal sentido, manda el Artículo 119 del RCA.

## 14. Acto de Apertura de las Ofertas

El día, hora y lugar dispuestos por el Estado para la apertura de los sobres que contienen las ofertas, se procede a su apertura, delante de los interesados en dicho concurso y de los funcionarios públicos competentes para ese acto.

También, en calidad de observadores, pueden estar funcionarios de la Contraloría General de la República (cf. Artículo 109 del RCA).

La costumbre es que tales funcionarios del ente contralor no acuden a estas aperturas de ofertas, probablemente porque la Contraloría pudiera estimar que es más conveniente dejar a la Administración Pública y a los particulares interesados efectuar y presenciar tales actos administrativos. Ello no obsta, para que si estos funcionarios de la Contraloría, así lo estiman necesario, acudan como los observadores dichos.

## 15. Ofertas abiertas extemporáneamente

Si las ofertas son abiertas por la Administración Pública *después* del tiempo (día y hora) indicados en el cartel para ese efecto, tales plicas quedan fuera del concurso y el Estado no puede adjudicarlas válidamente

(cf. 113 del RCA; oficio de la Contraloría (CO) N° 10574 del 19 de octubre de 1982, Revista de la Contraloría (RECO) N° 33, 1982, pág. 90).

#### 16. Ofertas presentadas fuera del plazo para recibir plicas

Aquellas plicas que se presentan *después* de concluido el plazo para presentar ofertas, quedan fuera del concurso y no deben ser recibidas (cf. Artículo 113 del RCA).

#### 17. Oferta Completa

La propuesta debe contener todos y cada uno de los elementos que la componen; así como las certificaciones, constancias, declaraciones, etc., etc., que pida el pliego de condiciones.

Quedan eliminadas del concurso aquellas ofertas incompletas.

Solo las plicas completas pueden ser calificadas de elegibles respecto del acto de adjudicación.

#### 18. Oferta Ajustada al Cartel

Solo la oferta que cumple con el cartel puede ser adjudicada. Aquella que lo viole o se aparte del pliego de condiciones, queda fuera del concurso.

#### 19. Ofertas Públicas

Una vez que los sobres de las ofertas son abiertos, tales documentos pueden ser consultados por los demás competidores como por los administrados en general (cf. Artículo 118 del RCA).

#### 20. Mejoras en las Ofertas

Los oferentes pueden plantear mejoras en sus ofertas y la Administración las tomará en cuenta una vez que la adjudicación esté firme. Antes no. Es decir, para los efectos de comparación de ofertas y de adjudicación, las plicas son analizadas conforme fueron originalmente presentadas, ya que de lo contrario, empezaría una guerra ofertual y se romperían los principios de igualdad entre participantes y el de competencia leal. El saber a qué atenerse (principio de seguridad jurídica, quedaría violado).

#### 21. Aclaraciones en las ofertas

Lo que sí se permite es que las ofertas pueden ser susceptibles de aclaración, cuando hay dudas obvias o lagunas evidentes (cf. Artículo 119 y 122 del RCA).

#### 22. Modificaciones a la Oferta

No están permitidas, pues con ello se rompen los principios licitatorios de la igualdad ante el concurso y la competencia leal (cf. Artículos 119 y 122 del RCA).

#### 23. Ofertas Adjudicadas

Aquellas ofertas que pueden ser adjudicadas son las que cumplen con estos requisitos:

\* Estar sujetas al cartel.

\* Tener vigencia en cuanto a todos sus elementos, tanto del escrito principal de la propuesta como de las garantías.

\* Ser firmes, incondicionales, invariables y certeras (cf. Artículo 122 del RCA).

#### 24. Oferta Ventajosa

Esta oferta es la que la Administración adjudica, pues presenta condiciones que la hacen seleccionable.

Una plica adjudicada puede tener un precio mayor que otras plicas. En este caso, el acto de adjudicación a la plica más cara tiene que ser razonado y debidamente fundamentado, pues se está contratando a un precio más alto, más oneroso para el Estado.

El Estado no está obligado a contratar con la oferta más barata, ya sea aduciendo el lema de que lo "barato sale caro"; o dando argumentos técnicos que tiendan a demostrar que la oferta contratada presenta repuestos, nivel de servicios de mantenimiento, calidad, experiencia, etc., que la hacen ventajosa respecto de las demás (cf. Artículo 122 del RCA).

#### Oferta de menor precio ("Más barata")

Cuando la adjudicación recae sobre una *plica de menor precio* no es preciso fundamentar la selección, pues, se considera que el Estado no tiene porqué justificar el negociar lo que necesita a un precio menor respecto de las demás ofertas.

Eso sí, tiene que ser una oferta que cumpla con el cartel (cf. Artículo 122 del RCA).

#### 25. Cuadro de Ofertas

La Administración debe elaborar un cuadro de las ofertas, con el fin de indicar en un gráfico cuáles son los aspectos más representativos de las plicas y ver con claridad aquellas ofertas que son elegibles, ventajosas, excluibles, etc.

Este cuadro es de mucha ayuda para los órganos que tienen la responsabilidad de seleccionar la plica (cf. Artículo 123 del RCA).

## 26. Totalidad de ofertas excluidas

La Administración puede excluir todas las ofertas del concurso, mediante la declaratoria de desierto la respectiva licitación. Este acto de exclusión de todas las ofertas, llamado de *declaratoria de concurso desierto*, tiene que ser razonado, ya que antes de la vigencia del RCA y de la reforma a la LADFR, el Estado, simplemente alegaba que "no convenían al interés de la Administración o al interés público". En algunos casos, en forma arbitraria, dejando burlados a los cotizantes. De ahí nació esta norma que manda que el Estado tiene que dar razones para iniciar un concurso y terminarlo fallidamente, al declarar desierto la licitación correspondiente.

El Artículo 124 da algunas razones para declarar *desierto el concurso*, como por ejemplo:

- \* Precio inaceptable (temerario, de dumping, etc.)
- \* Baja calidad
- \* Experiencia negativa
- \* Antecedentes deficientes
- \* El objeto del concurso deja de ser necesario para la Administración

## A modo de conclusiones

La oferta está sujeta a una normativa general básica, establecida en una multiplicidad de carteles muy diversos.

De ahí que hemos preferido comentar y referirnos al RCA (Reglamento de la Contratación Administrativa), que es la norma que tiene como base la Ley de la Administración Financiera de la República (LAFR).

Urge elaborar un cartel homogéneo y básico para la Administración Pública (AP) que proteja y cumpla con el principio de seguridad jurídica.

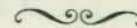
Ya no se trata solo de reformar el RCA sino de promulgar una Ley de Contrato del Estado (LCE) que venga a poner orden en la producción desordenada de normas, en este campo negocial, como se comprueba con la elaboración anárquica de carteles y circulares de la Administración Pública (AP).

En nada beneficia el hecho de que cada institución pública emita su propio cartel y circulares sobre esta materia. Se trata de una frondosidad normativa que perjudica a la Administración Pública y a los particulares.

## Bibliografía

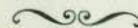
Agregamos esta investigación a los trabajos que ya hemos elaborado sobre la temática de la contratación administrativa:

1. *La licitación pública en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, tesis de doctorado, agotado).
2. *Contribución al estudio del contratista público* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado; y, Madrid: Revista de Administración Pública N° 71, 1973: agotado).
3. *El concurso de antecedentes* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980: agotado).
4. *La contratación administrativa* (San José: Revista de Ciencias, N° 48, 1982).
5. *Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 52, 1985).



## Carteles o pliegos de condiciones (lista no exhaustiva)

- \* Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
- \* Banco Popular
- \* Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)
- \* Codesa
- \* Proveeduría Nacional



Revista de la Contraloría General de la República (San José, Costa Rica, Imprenta Nacional).

Revista de Ciencias Jurídicas (San José, Costa Rica, Imprenta LIL).

Revista Judicial (San José, Costa Rica, Imprenta Judicial).

# INDICE

	<i>Pág.</i>
Presentación .....	9
La legitimación en la función notarial.	
<i>Dr. William R. Muñoz C.</i> .....	11
El subdesarrollo del derecho público.	
<i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	51
Vigencia y supresión de la pena capital: la polémica de ayer y hoy.	
<i>Dr. Fernando Cruz Castro</i> .....	69
Los principios generales del procedimiento administrativo en la ley de la administración pública.	
<i>Dr. Rafael González Ballar</i> .....	101
La oferta en la contratación administrativa pública.	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	131