

R

evista
Escuela Judicial



REVISTA NÚMERO 3 · DICIEMBRE 2004 · ISSN 1409-4347

Revista

Escuela Judicial

REVISTA NÚMERO 3 - DICIEMBRE 2004



Coordinador: Lic. Otto González Vilchez, Escuela Judicial

**Diagramación interna
y diseño de portada:** Alexandra Salas Chacón, Escuela Judicial con la colaboración de Luis Gerardo Romero Araya, Departamento de Publicaciones.

Revisión filológica: Maritza Suarez Durall, Escuela Judicial

Impresión y acabado final: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor
y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial.

**Hecho el depósito de ley.
Reservados todos los derechos.**

ADVERTENCIA

De conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos es prohibida la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante la aplicación de cualquier sistema de reproducción, incluyendo el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de cualquier persona física o jurídica, será sancionada penalmente. Esta revista fue producida sin fines de lucro. Está prohibida su venta.

Poder Judicial, Escuela Judicial
Teléfono: 295-3340; Fax: 222-7992
San José, Costa Rica
2004

Tabla de contenidos

Artículos sobre doctrina nacional	1
El intervalo lúcido y sus aspectos médicos, penales y civiles	3
Vicisitudes de la deserción en el proceso agrario	11
Perito y testigo: gemelos heterocigóticos del proceso penal	19
Ofrecimiento de prueba para juicio: ¿igualdad de “armas” o desigualdad procesal?	27
La interdicción y la curatela. Práctica judicial	39
Los principios especiales del derecho procesal de familia	47
Acerca de la violencia contra las mujeres. Una aproximación crítica desde el análisis sociojurídico al estudio comparativo africano-costarricense	55
Los derechos sobre las cosas y las cosas mismas: un estudio sobre la lengua latina y la naturaleza del derecho de propiedad en el derecho romano	69
El sobreseimiento provisional y sus efectos	81
Aspectos básicos de la imputación objetiva (una presentación didáctica para quien inicia el estudio del tema)	87
Recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial durante el año 2002	109
La Ley modelo interamericana de garantías reales mobiliarias de la Organización de Estados Americanos	135



COSTA RICA - REVISTA ESCUELA JUDICIAL NÚMERO 3 - DICIEMBRE 2004

R

evista
Escuela Judicial



REVISTA NÚMERO 3 - DICIEMBRE 2004 - ISSN1409-4347

Sección 1

Artículos sobre doctrina nacional

Introducción

El hombre primitivo consideraba todas las enfermedades como producto de la influencia de fuerzas externas sobrenaturales, representadas por brujas, demonios y espíritus malignos, entre otros¹. Durante la Edad Media todavía se sostenía esta creencia, por lo cual los enajenados eran encadenados, torturados e incluso quemados. En 1793 Felipe Pinel (1745-1826), médico francés, continuó con la obra humanitaria de Weyer liberando a los alienados de sus grilletes². El tratamiento de los enfermos mentales graves se reducía al ingreso en los hospitales psiquiátricos de por vida³. En algunos países se ha realizado una reforma psiquiátrica en los últimos 50 años que permite otro destino para este tipo de pacientes. No obstante, persiste la dificultad de integración y muchas veces las respuestas de los gobiernos se limitan a la atención sanitaria de la demanda y se descuida el apoyo social. En el presente artículo se pretende exponer algunas consideraciones con respecto a las enfermedades mentales, el intervalo lúcido y sus aspectos médicos, penales y civiles, sin dejar de lado la visión social del asunto.

I. Ideas preliminares

El derecho y la psiquiatría, con frecuencia, son ramas que se cruzan cuando un individuo actúa en forma merecedora de sanciones sociales, pero su conducta corresponde o se debe a un trastorno mental; es decir, a factores fuera de su control, como la pérdida de raciocinio o la pérdida de la capacidad volitiva.

Los términos enfermedad mental, enfermo mental, loco, locura están cayendo en desuso por ser estigmatizadores y estampar una especie de etiquetaje negativo sobre quienes padecen un trastorno mental. Actualmente se utiliza el concepto trastorno mental, el cual se define como una alteración mental, y fue adoptado por la Asociación Americana de Psiquiatría. Se considera esta definición ambigua, tautológica y poco clara; una definición más acertada es la que propone el CIE-10⁴: la presencia de un comportamiento o de un grupo de síntomas identificables en la práctica clínica, que en la mayoría de los casos se acompañan de malestar o interfieren con la actividad del individuo.

Es innegable la relación entre el derecho y la psiquiatría en este campo; mientras que la psiquiatría trata de ayudar al individuo a controlar su conducta a través de tratamientos psicológicos y biológicos, de manera que este no incurra en sanciones sociales, el derecho aplica las sanciones una vez que el individuo ha dado prueba de carecer de los controles necesarios para adaptar su conducta a las normas del grupo social. De ahí la necesidad de que las investigaciones de justicia no ignoren ni menosprecien el aporte técnico que brinda el concepto científico en relación con la normalidad o anormalidad de las facultades mentales de una persona.

Actualmente se encuentran dos grandes clasificaciones para las enfermedades mentales: el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-IV), de uso en los Estados Unidos; y la Clasificación internacional de las enfermedades (CIE-10), elaborada por la OMS, que se utiliza en el país, de uso oficial en la Caja Costarricense del Seguro Social y, por ende, en el Hospital Nacional Psiquiátrico.

Es necesario señalar que el CIE-10 manifiesta diferencias en el tratamiento de algunas enfermedades clasificadas en los manuales que le anteceden; por ejemplo, la distinción tradicional entre psicosis y neurosis que se daba en el CIE-9 no se mantiene en el CIE-10; este último también presenta diferencias de criterio con el DSM-IV. En el tiempo presente hay términos utilizados en textos de derecho que están en desuso en psiquiatría, como el concepto psicosis maniaco-depresiva, la cual actualmente se conoce como trastorno bipolar. Un caso similar es el de las psicosis endógenas y exógenas. Según el CIE-10, la psicosis presenta alucinaciones o ideas delirantes, pero no significa que un individuo haya perdido contacto con la realidad. En consecuencia, existe la necesidad de procurar la actualización de las ciencias a través de la investigación y la readecuación de conceptos. El derecho, como ciencia, está comprometido con ello y con la sociedad misma para caminar al ritmo de dichos avances.

El borrador del CIE-10 fue preparado en 1987, con base en los estudios de campo realizados en cuarenta países, entre ellos Dinamarca, Brasil, India, E.U.A., Alemania, Inglaterra, Italia, España, Nueva Zelandia, Japón, Egipto, Rusia y China. Estos estudios, en conjunto, constituyen el esfuerzo más amplio jamás realizado para mejorar el diagnóstico en psiquiatría y, sin duda, constituyen uno de los mayores avances en este campo.

II. Trastornos en los que se puede presentar el intervalo lúcido

Los intervalos lúcidos se pueden presentar en trastornos mentales como la esquizofrenia, el trastorno bipolar y en trastornos neurológicos como la epilepsia.

1. Esquizofrenia

Este término, acuñado por Eugenio Bleuler en 1911, etimológicamente significa mente hendida⁵. Tiene un gran componente genético. Los trastornos esquizofrénicos se caracterizan por distorsiones fundamentales y típicas de la percepción, el pensamiento y de las emociones; en este último caso, en forma de embotamiento o falta de adecuación de las mismas. En general se conservan tanto la claridad de la conciencia como la capacidad intelectual. Pueden presentarse ideas delirantes en torno a la existencia de fuerzas sobrenaturales capaces de influir, en forma a menudo bizarra, en los actos y pensamientos del individuo afectado. El suicidio es una causa frecuente de muerte entre los pacientes con esquizofrenia. En este caso es difícil el diagnóstico de un intervalo lúcido, ya que el esquizofrénico, aun en períodos intercríticos conserva ciertas ideas delirantes que lo alejan de la realidad.

2. Trastorno bipolar

El trastorno bipolar se caracteriza por los episodios maníacos y depresivos⁶. El enfermo maníaco aparenta un contacto fácil y jovial, pero realmente es a veces difícil mantener una relación con él, por su tendencia a la indiscreción y a invadir el terreno ajeno. Frecuentemente se viste de forma llamativa o extravagante, abusando de los colores chillones y con numerosos abalorios y amuletos.

Algunos muestran una marcada labilidad emocional, e intercambian la euforia con el llanto; en ellos es común la combinación de ánimo deprimido con aceleración del curso del pensamiento y ansiedad, lo que comporta un elevado riesgo suicida.

La característica fundamental del curso de los trastornos bipolares es su tendencia a la recurrencia de acontecimientos con intervalos lúcidos, cuya duración puede ser variable, aunque tiende a acortarse a medida que se suceden las recaídas.

3. Epilepsia

Desde el punto de vista descriptivo, la epilepsia puede definirse como un proceso caracterizado por accesos convulsivos con pérdida de conciencia o por manifestaciones parciales de estos accesos, a los que se añaden estados psicopatológicos diversos que abocan frecuentemente a una demencia⁷. La epilepsia es la enfermedad neurológica crónica más común en la población general y afecta aproximadamente al 1% de los habitantes de los Estados Unidos. Entre el 30% y el 50% de las personas con epilepsia tienen problemas psiquiátricos en algún momento durante el transcurso de su enfermedad. El síntoma conductual más frecuente de este padecimiento es un cambio de personalidad; psicosis, violencia y depresión se observan en menor medida en los trastornos epilépticos.

III. El intervalo lúcido

a- Concepto

El jurista español Escriche describió en su Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia el intervalo lúcido como:

El espacio de tiempo en que una persona que ha perdido el juicio habla en razón y buen sentido. Un intervalo lúcido en un demente no es la tranquilidad superficial ni una sombra de calma, no es una simple disminución o remisión del mal, sino una especie de curación pasajera, una intermisión tan marcada, que se parece en todo al restablecimiento de la salud.

Por otra parte, el diccionario Masson define el término como un período de claridad mental en las psicosis o locuras cíclicas y recurrentes⁸.

Los autores clásicos afirmaban que el intervalo lúcido es algo diferente de la curación total; es una parte de la enfermedad en la que, con ausencia de síntomas, se da una tendencia tal a la recidiva, que la enfermedad se reproduce de una manera casi segura. Es un estado en el que cesan por completo los síntomas de la aberración mental y el enfermo recobra la razón, lo cual ocurre entre dos accesos de descompensación.

En relación con el período de duración de un intervalo lúcido, se puede decir que es variable, según las fases de la enfermedad. Hay enfermedades que presentan ciclos muy rápidos, donde las crisis de descompensación se dan en forma continua, de manera que el individuo no puede recuperarse por lapsos más largos, y eso depende de la penetración de los determinantes genéticos heredados⁹. A mayor componente genético, más grave es la enfermedad.

b- Características básicas

Entre las características básicas del intervalo lúcido¹⁰, se encuentra en primer lugar que la distinción fundamental es la recuperación total de lucidez pero en un tiempo más o menos prolongado; en segundo lugar, se presenta necesariamente en un enfermo mental; y en tercer lugar, de ninguna manera se trata de una curación, aunque su persistencia sea de días, meses e incluso años, ya que el paciente vuelve a descompensarse. El intervalo debe tratarse de un período suficientemente largo, verdadera etapa de lucidez en que el individuo recobre en forma completa la conciencia y el juicio.

El concepto de remisión es diferente al de intervalo lúcido. El primero se trata de una fase de la enfermedad en que, por desaparecer los síntomas activos, se modifican temporalmente las circunstancias psiquiátricas. Por otro lado, la curación es completamente distinta del intervalo lúcido, pues en todos los casos debe ser una parte de la enfermedad durante la cual la tendencia a la recidiva existe en tal grado, que el acceso se reproduce de una manera casi segura. La recuperación completa

de la salud mental puede ser seguida de una recidiva de la locura, pero en este caso, el período de suspensión casi no es un intervalo lúcido, en el verdadero sentido de la palabra, y la recidiva debe considerarse como un nuevo ataque.

IV. El intervalo lúcido y su regulación en derecho penal

La Teoría del delito se ocupa de explicar qué es el acto ilícito; es decir, como señala Zaffaroni, constituye una construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. La doctrina mayoritaria sostiene que el delito consta de cuatro elementos básicos: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Según la Teoría normativa de la culpabilidad, para que haya culpabilidad, entendida como reprochabilidad, se requiere dos aspectos¹¹: a- posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta; b- que el sujeto haya actuado dentro de cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio. Así, la culpabilidad es un concepto eminentemente graduable; o sea, admite grados de reprochabilidad. El sistema penal, al imponer una sanción, deberá necesariamente demostrar la culpabilidad.

La culpabilidad se define como la reprochabilidad del injusto al autor. La imputabilidad, por su parte, es la capacidad de obrar culpablemente; incluye la capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a dicho entendimiento. De esta forma, si no se posee estos dos presupuestos, la conducta no es imputable.

El artículo 42 del Código Penal establece que:

Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes¹².

El concepto de inimputabilidad contiene tres elementos. Primero, el psiquiátrico, el cual se ve expresado en la legislación costarricense en los términos de enfermedad mental y grave perturbación de la conciencia. El segundo es el elemento psicológico, contemplado en el artículo 42 del Código Penal, pues señala que quien no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es inimputable. El tercer elemento es el normativo o jurídico, contenido en el efecto jurídico, producto de la combinación de los dos supuestos anteriores.

La legislación en mención no admite en forma expresa el intervalo lúcido, pero se deduce que el sujeto enfermo mental que delinque durante un intervalo lúcido será considerado, para efectos del juicio de reproche, como un sujeto imputable, con las consecuencias jurídicas que esto conlleva. Lo anterior se desprende del artículo 42 del Código Penal según el cual contrario sensu, el imputable es aquel sujeto que posee la capacidad de comprender el hecho injusto, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El sujeto que delinque durante un intervalo lúcido será considerado imputable por cuanto: 1) posee la capacidad de comprender que con su actuar está contrariando el ordenamiento jurídico; es decir, tiene capacidad de comprensión de la antijuridicidad de sus actos; y 2) es capaz de adecuar su conducta de acuerdo con la comprensión de la antijuridicidad.

El problema consiste en cómo llegar a una valoración pericial adecuada para determinar la existencia de un intervalo lúcido, labor que corresponde a los médicos psiquiatras. En este momento, en el Poder Judicial, en el Departamento de Medicatura Forense, hay profesionales que no son psiquiatras, sino psicólogos, que realizan valoraciones periciales cuando el competente sería el médico psiquiatra. Esto porque pueden presentarse casos en la práctica forense en los que el origen del problema mental sea fisiológico; por ejemplo, el psiquiatra puede realizar los exámenes médicos pertinentes para descartar enfermedades meramente físicas, como puede ser un tumor que esté presionando un lóbulo cerebral y que provoque un desajuste en la conducta. En conclusión, es importante contar con el personal capacitado a fin de realizar dichas labores. Con esto mejoraría sustancialmente todo el engranaje judicial del país y se lograrían peritajes más exactos e intersubjetivos, que es lo exigido por la amalgama de dos ciencias, la psiquiatría y el derecho.

Debe señalarse que, si para el momento del debate, la persona que delinquiró en un intervalo lúcido nuevamente retorna a su estado de insania. Para los efectos del juicio de reproche se tomará en cuenta el momento de la realización del delito; de ser culpable, será declarado como tal con la salvedad que a la hora de imponer la pena, el juez debe valorar el actual estado psíquico del sujeto.

V. El intervalo lúcido en relación con el derecho civil

En el ámbito civil se considera que el sujeto previamente declarado en estado de interdicción, y cuyo padecimiento sea susceptible de tener intervalos de lucidez, será considerado para los efectos del derecho civil como un individuo incapaz absoluto. De lo anterior se desprende que en materia civil, la presencia o no de un período de sanidad mental no hace que la persona recobre su capacidad de actuar, la cual le ha sido denegada al declararlo interdicto. En el Código de Familia, el artículo 230 es el único que hace referencia expresa al intervalo lúcido, y señala que estarán sujetos a curatela aquellos mayores de edad incapacitados mental o físicamente, e impedidos para defender sus propios intereses, aun en el caso de aquellos enfermos mentales que tuvieran intervalos de lucidez. En efecto, la interdicción se define como aquella sentencia judicial por medio de la cual se declara en estado de incapacidad absoluta a aquellas personas que sufren de incapacidad mental o física, toda vez que esta quede probada¹³.

La doctrina mayoritaria sostiene que la interdicción tiene como finalidad la nulidad de los actos que se celebren durante el intervalo lúcido, ya que según esta, la incapacidad de actuar que deriva de la declaratoria de interdicción no proviene de la enajenación mental en sí, sino de esa sentencia que declara en forma permanente la incapacidad del individuo, por lo cual, aunque se recupere la lucidez mental en estos intervalos, la incapacidad sigue existiendo. Para que los actos sean válidos, se requiere necesariamente que el estado de interdicción sea levantado. Esta es la posición seguida en este ordenamiento.

Para alegar la nulidad absoluta que afecta a los actos del interdicto, solo es necesario demostrar que existe la respectiva declaración judicial, sin importar si se actuó o no durante un intervalo lúcido.

Si el sujeto realiza durante un intervalo de lucidez un acto, y ya había sido declarado en estado de interdicción, el hecho será absolutamente nulo; pero si no fue declarado judicialmente, dicho acto podría ser anulable, previa comprobación de la incapacidad al momento de realizar el acto o contrato.

VI. Conclusiones

La salud es una cuestión ética, un problema de equidad, solidaridad, y se presenta como exigencia para la supervivencia de un mundo social, económica y sanitariamente amenazado. Las personas que sufren de un trastorno mental reflejan en el mapa mundial las desigualdades en salud, tanto por su distribución, ya que castiga a las naciones más pobres, a las poblaciones marginales, como por el acceso no equitativo a los tratamientos.

En virtud del compromiso que se debe asumir como parte de esta sociedad, se considera importante también que los abogados litigantes, los defensores públicos, los fiscales y los jueces, como parte de la administración de justicia, deben recibir capacitación en materia de psiquiatría con el fin de poder enfrentarse a las situaciones que se les presenten, y aplicar sus conocimientos de una manera adecuada. El derecho es un derecho viviente, y como tal ha de hacer frente a la realidad de cada día en los tribunales, y qué mejor manera de perfeccionar las decisiones judiciales sino con personal debidamente capacitado para resolver con criterio técnico y científico. Incluso, en forma de derecho preventivo, debería implementarse en las universidades cursos de psiquiatría forense general, para formar así una cultura de estudiantes debidamente capacitados en psiquiatría y derecho.

Es importante resaltar que hay términos utilizados actualmente en textos de derecho que ya no se emplean en psiquiatría, como el término psicosis maniaco-depresiva, que en este momento se denomina trastorno bipolar. Con el objeto de que la ciencia jurídica sea más exacta, debe avanzar de acuerdo con los cambios que se suscitan en el mundo científico, y los juristas han de tratar de buscar información lo más reciente posible, para cumplir con lo que exige una adecuada investigación científica.

Se considera muy difícil hacer un dictamen médico exacto que determine si un paciente estaba en intervalo lúcido en el momento de cometer el delito; sin embargo, el perito psiquiatra deberá realizar un exhaustivo análisis de la situación para determinar de la manera más precisa la capacidad o incapacidad del sujeto al momento del hecho, tomando en cuenta sus antecedentes médicos, genéticos y familiares, las situaciones relevantes que lo han rodeado desde niño, su edad, los rasgos de su personalidad, sus costumbres; todo esto aunado a lo que puedan aportar familiares, vecinos, amigos y su medio ambiente.

Respecto de las medidas de seguridad en Costa Rica, se imponen a un sujeto enfermo mental que en intervalo lúcido cometió un delito y que se determina en juicio como el autor de dicho ilícito, pero nuevamente descompensado. Una vez internado en el Hospital Psiquiátrico, el perito puede hacer recomendaciones cada seis meses, y quien decide acerca de la medida es el juez. En la práctica, según la investigación realizada, hay personas internadas de por vida. Parece que en virtud de lo anterior se les cobra a estos pacientes un exceso de pena con respecto a lo que se le impondría a cualquier individuo en las mismas circunstancias. En relación con este punto, los jueces de ejecución de la pena deben revisar de una manera consciente las medidas de seguridad que sean impuestas cada cierto tiempo, y que el mismo hospital deje de tomar una actitud pasiva y reclame los derechos de aquellos que merecen ser tratados como lo que son: seres humanos.

En relación con esto, se considera que, al igual que en otros países como España, debería crearse un centro correccional psiquiátrico, el cual se ubica en un punto intermedio entre un hospital psiquiátrico y un centro penitenciario. Si los enfermos estuvieran en el centro penitenciario, estarían en franca desventaja en cuanto a los demás, ya que se encontrarían totalmente desprotegidos y no recibirían el adecuado tratamiento psiquiátrico. En el centro correccional psiquiátrico, el interno tendría su debido tratamiento psiquiátrico y además contaría con las medidas de seguridad necesarias.

Los pacientes mentales, como otros enfermos crónicos, necesitan una buena red de asistencia que asegure la continuación de un tratamiento de calidad, pero también una cobertura suficiente de servicios sociales que garantice el apoyo para resolver las dificultades cotidianas de alguien que padece una enfermedad potencialmente discapacitante: un alojamiento que parezca un hogar, dinero para subsistir dignamente y algún soporte social que le permita sentirse alguien en su comunidad¹⁴.

La sociedad debe asumir que los enfermos mentales no pueden ser un sobrante y que los sujetos que sufren trastornos mentales deben integrarse de acuerdo con su propia capacidad para ser parte en todos los ámbitos de una sociedad que siempre ha relegado los derechos más inherentes a su condición de seres humanos.

Bibliografía

Código Penal, 10ª edición , Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000.

DESVIAT, Manuel; BRAVO, María Fe; GUINEA, Ricardo; Qué puede hacer la sociedad por los enfermos mentales, citado el 6 de abril del año 2001. Disponible en internet: wysiwyg://68/http://busca.Recoletos.Es/s97is.cgi.

Diccionario terminológico Masson, Barcelona, Editorial Masson.

ESTRALGO, Lían; Historia Universal de la Medicina, Barcelona, Tomo I, Salvat Editores,S.A, 1972.

EY, Henry; BERNARD, P.; BRISSET, Ch.; Tratado de psiquiatría, Barcelona, Toray- Masson, S.A, 8ª Edición, 1978.

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio; Medicina legal y toxicología, España, Ediciones Científicas y Técnicas, S.A, 4ª Edición, 1991.

MARÍN LÓPEZ, Paola; El intervalo lúcido y sus repercusiones civiles y penales, Trabajo de investigación para optar al grado de Licenciada en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987.

PÉREZ VARGAS, Víctor; Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas AED, Facultad de Derecho, no. 2, diciembre 1984, San José.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, edición 1970.

Notas

* ARIAS MARÍN, Paola y VILLAFUERTE ORELLANA, Claudia, El intervalo lúcido y sus aspectos médicos, penales, civiles. Tesis de grado para optar al grado de licenciadas en derecho de la Universidad de Costa Rica, 2001.

1 ESTRALGO, Lian, Historia universal de la medicina, Barcelona, tomo I, Salvat Editores, S.A, 1972, p.273.

2 EY, Henry; BERNARD, P.; BRISSET, Ch., Tratado de Psiquiatría, Barcelona, Toray-Masson, S.A., 8ª Edición, 1978, p.53.

3 DESVIAT, Manuel; BRAVO, María Fe; GUINEA, Ricardo; Qué puede hacer la sociedad por los enfermos mentales, citado el 6 de abril del año 2001. Disponible en internet: wysiwyg://68/http://busca.Recoletos.Es/s97is.cgi.

4 CIE- 10 Trastornos mentales y del comportamiento, Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico, Organización Mundial de la Salud, Madrid, Técnicas Gráficas FORMA, S.A, p.26.

5 En este sentido, mente hendida o disgregada, por considerar que las características esenciales de estos desórdenes eran el squizein o 'disociación de varias funciones' del phen, o 'mente'.

6 Ver CIE-10, op. cit, p. 147.

7 GISBERT CALABUIG, Juan Antonio; Medicina Legal y Toxicología, España, Ediciones Científicas y Técnicas, S.A, 4ª Edición, 1991, p. 887.

8 Diccionario terminológico Masson, Barcelona, Editorial Masson, p.918.

9 Entrevista con el Dr. Álvaro Hernández Villalobos, médico psiquiatra, jefe de Servicios Médicos del Hospital Nacional Psiquiátrico, 15 de mayo del año 2001.

10 MARÍN LÓPEZ, Paola; El intervalo lúcido y sus repercusiones civiles y penales, Trabajo de investigación para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica,1987, p.150.

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, edición 1970, p. 555.

12 Código Penal, 10ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000, art. 42.

13 PÉREZ VARGAS, Víctor; Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas AED, Facultad de Derecho, N° 2, diciembre de 1984, San José, p.11.

14 En este sentido, también en la medida de lo posible, facilidad para el acceso a puestos de trabajo adecuados en cumplimiento de las leyes que exigen la discriminación positiva a los discapacitados.

1. Introducción

El proceso agrario ha venido transformándose paulatinamente conforme la doctrina y la jurisprudencia desarrollan los diferentes institutos procesales, fijando las pautas de interpretación y aplicación. Al mismo tiempo, el derecho procesal agrario se ha alimentado de la experiencia de una jurisdicción que tiende más a la autonomía procesal, como producto de la inserción de jueces especialistas en la materia.

El instituto de la deserción no es la excepción, ya que el mismo se incorpora al proceso agrario costarricense, precisamente por la vía jurisprudencial, la cual, como recurso didáctico y metodológico, y como fuente de derecho en ausencia de norma, tiene un valor irrefutable. Es la segunda voz de la ley¹.

El presente texto tiene la finalidad de iniciar un análisis sobre diferentes aspectos de su aplicación como iniciativa para buscar una intersubjetividad en la doctrina y en la jurisprudencia agraria. No pretende imponer un criterio determinado, sino abrir un análisis conjunto a partir de algunas reflexiones que se desarrollarán a continuación.

2. El poder-deber procesal del juez agrario de dirección del proceso: su fundamento tridimensional

El título anterior se puede definir como el poder-deber del juez agrario de conducir el proceso desde la presentación de la demanda hasta la finalización del mismo², (ya sea que se dé en las formas normales o anormales de terminar el proceso que indica la ley), impulsándolo y tramitándolo con celeridad y validez, en estricto apego a los principios procesales³ y garantías constitucionales, con o sin la ayuda de las partes, hasta donde le sea materialmente posible.

Estas potestades de dirección deben ser ejercidas con suma responsabilidad y respeto a las partes, sin llevar a arbitrariedades por parte del juzgador. Tampoco se le da monopólicamente el impulso procesal, sino que el mismo se comparte con las partes, en lo que se denomina el fenómeno del principio dispositivo atenuado⁴. El juez no debe ser expectador ni dictador, sino director⁵; pero a la vez, ha de velar por las garantías constitucionales de las partes: un juez dotado del humanismo del siglo XXI⁶ y que mantiene a toda costa su imparcialidad.

Este nuevo papel se fundamenta en los numerales 6 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Agraria, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 1, 97, inciso 1) y 98, inciso 1) del Código Procesal Civil, estos aplicados supletoriamente ya que son complemento de los primeros.

No es un poder sin límites, ya que la misma legislación procesal les impone parámetros a los jueces para evitar arbitrariedades. Los principios procesales los inspiran y también los limitan, como es el caso de los principios de celeridad, igualdad, contradictorio, concentración y el de preclusión, ya que el juez debe agotar las etapas procesales hasta que estén precluidas y no tengan vicios de nulidad. Dentro del plano axiológico, la influencia de la publicización [sic] en los poderes del juez agrario es indiscutible. El hecho procesal que se evidencia en un estado de indefensión determinado en una de las partes le da su razón a dichos poderes y a la vez, representa otro parámetro de limitación (causa-límite).

Se ve cómo elementos fácticos, valorativos y normativos⁷ legitiman, inspiran y limitan los poderes de dirección del juez⁸. El tema de los poderes-deberes procesales del juez agrario va más allá de la simple exégesis.

3. La inactividad procesal de las partes. Actitud enérgica e imparcial del juez agrario

Dentro de las múltiples causas de la morosidad judicial, se encuentra la actividad dilatoria de alguna de las partes, como inactividad cómplice de un sistema de administración de justicia ahogado en el sistema eminentemente escrito, como el proceso civil. El agrario no escapa de ello, a pesar de tender más a la oralidad por medio de la verbalidad.

La actividad dilatoria de una parte, aprovechándose de lo burocrático y desesperadamente escrito de nuestros procesos judiciales, constituye el ingrediente perfecto para desanimar a quien el derecho dé la razón, aun al litigante con mayor perseverancia.

El juez agrario no debe ser un eslabón más en la cadena de causas de impunidad, pero ha de ejercer el impulso procesal hasta donde le sea posible⁹, dentro de la más absoluta imparcialidad. Ni un juez complaciente ni un juez arbitrario tienen cabida en un sistema humanista y democrático. Si la inactividad procesal es única, exclusiva y dependiente de una de las partes, se introduce en el expediente la figura de la deserción.

4. Naturaleza y finalidad de la deserción en sede agraria

Dentro de la ciencia procesal, la doctrina ha estudiado y la ley ha contemplado las formas anormales de terminar anticipadamente el proceso, entre las cuales destaca la figura de la deserción, objeto de este estudio. Esta consiste en el abandono tácito del proceso por la parte actora, debido al transcurso del tiempo sin realizar los actos necesarios para

impulsarlo. La anterior es la definición clásica de deserción. Tiende a confundirse con el desistimiento, ya que ambas figuras comparten el efecto de tener por no puesta la demanda; pero en la deserción el abandono es tácito, mientras que en el desistimiento, expreso.

Se ha discutido sobre la deserción de la reconvencción, en el sentido de que el reconventor maneja también sus propias pretensiones, prueba, exige medidas cautelares y demás cargas procesales. Se justifica en que la parte reconventora no puede ser concebida como un parásito del impulso procesal del actor, sino que, si en un proceso ordinario coexisten demanda y reconvencción, justo es que cada una se haga responsable de las acciones que interponen en estrados judiciales. La doctrina procesal civil rechaza mayoritariamente este planteamiento¹⁰, al alegar prohibición expresa del numeral 212 del C.P.C.

En materia agraria no se ha discutido el tema con profundidad (para los efectos de esta investigación se hará en el acápite séptimo). Antes de ello, se deben analizar los distintos presupuestos legales y jurisprudenciales de la deserción en el proceso agrario, pues se decreta en casos excepcionales, diferente de como sucede en el proceso civil.

5. Desarrollo jurisprudencial de la deserción

La jurisprudencia¹¹ en materia procesal agraria, al inicio, no aceptaba la figura del instituto de la deserción en un proceso agrario, básicamente por los siguientes razonamientos: 1). No estaba contemplado en la Ley de la Jurisdicción Agraria; 2). Alegaban violación al artículo 26 *ibidem*; 3). Interpretación exegética del principio inquisitivo o de oficiosidad que imperaba en esa época en parte de la doctrina procesalista agraria; y, 4). La deserción se consideraba como insignia del proceso civil. Esta posición era avalada por cierta parte de la doctrina¹².

Los razonamientos señalados –los cuales son respetables y en algún momento del pasado los compartimos¹³–, provienen de una vieja discusión axiológica: el predominio del principio dispositivo sobre el inquisitivo, o viceversa. Antes de formular cualquier conclusión, tengamos presente una premisa importante: cuando dos valores procesales chocan entre sí porque uno trata de opacar al otro, nunca se ha obtenido unanimidad de criterios en el ámbito doctrinal.

Se considera que dicha controversia debe ser superada necesariamente por la situación actual de un Poder Judicial colapsado, donde el único camino viable es la inserción del llamado principio dispositivo atenuado a través de una nueva óptica de un proceso agrario humanizado, con mayor inserción de los principios correlativos al sistema de la oralidad. Asimismo, la polémica entre la autonomía o especialidad del derecho y proceso agrario también es asunto del pasado¹⁴: el objeto de la ciencia *ius agraria* ha ido dándole forma propia y distinguible al agrario de otros procesos¹⁵.

La posición jurisprudencial, y doctrinariamente aceptada, es la imperante a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, en que se dio un cambio de criterio fundamentado en la tutela del valor de seguridad jurídica:

III. Esa posición radical del Tribunal, luego de un análisis profundo, debe por excepción ser variada, ya que existen casos en que el impulso procesal de oficio no puede cumplirse por el Juez, pues el mismo depende del cumplimiento de un acto previo a realizar por la parte actora, que no lo afecta por no interesarle, perjudicando a una de las partes demandadas, actitud que puede ser incluso intencional. En esos casos, si existe perjuicio de una de las partes, la deserción puede ser declarada aún de oficio. III.- En este caso, el proceso está paralizado porque la parte actora no cumple con la prevención que se hizo en la resolución citada, que consiste en que debe integrar la *litis consorcio* necesaria...¹⁶.

Puede afirmarse que en este criterio jurisprudencial –el que se comparte– se presenta, efectivamente, una especie de principio dispositivo atenuado, ya que el juez, como cualquier sujeto de derecho, no está obligado a lo imposible; y si imposible es continuar con el desarrollo del proceso a causa de la falta de acción de una de las partes (con perjuicio para la otra parte si han sido decretadas medidas cautelares), esa inactividad no puede pasar inadvertida pues produce morosidad judicial en detrimento del sistema de administración de justicia¹⁷.

En síntesis, la deserción se da en casos extremos en el proceso agrario, a manera de excepción: cuando el impulso oficial es materialmente imposible de ejercer por el juez, y cuando se dan tres requisitos en el auto que origina la deserción. Se verá cuáles son.

6. Requisitos del auto que origina una deserción

De acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Agrario, en cuanto al instituto de la deserción se necesitan tres requisitos: 1) PREVENCIÓN a la parte actora de realizar un acto cuya posibilidad de cumplimiento sea exclusivo para ella; 2) PLAZO DETERMINADO para realizar lo ordenado; y 3) APERCIBIMIENTO DE QUE NO LE SERÁN OÍDAS SUS FUTURAS GESTIONES EN CASO DE OMISIÓN, de conformidad con el artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Agraria¹⁸. Si se cumplen estos tres requisitos y pasan los tres meses establecidos por la ley sin que haya nada que impulse el proceso, la deserción resulta procedente.

7. Conflicto de normas en cuanto a la deserción de la demanda y de la reconvencción por omisión de corregir defectos

En el caso de que se le ordene a la parte actora corregir errores en su demanda, de acuerdo con el supramencionado numeral 39, no podrá decretar la inadmisibilidad ni, mucho menos, considerarse por no puesta su demanda, pues procederá el

Se cree que el artículo 39 IMPIDE la aplicación supletoria del artículo 291, párrafo segundo del Código Procesal Civil, ya que las sanciones previstas por ambas normas difieren totalmente, a pesar de ser la misma situación procesal en dos tipos de procesos distintos. Los numerales 6 y 26 establecen la aplicación de normas procesales laborales o civiles en tanto no contradigan la Ley de la Jurisdicción Agraria; se aplicará la ley especial, máxime que rige a los juzgados agrarios. Es en este caso donde empieza a estar vigente la deserción, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina procesal agraria¹⁹.

La inadmisibilidad de la demanda no resulta adecuada en el proceso ordinario agrario. Respecto de la contrademanda, el choque entre normas y principios agrarios y civiles es más evidente. De acuerdo con el numeral 39, párrafo segundo de la L.J.A., la misma sanción de que no serán oídas sus gestiones será dada al reconventor que no corrija su contrademanda. De este modo surge otro choque entre normas procesales civiles y agrarias: el artículo 308 in fine señala como pena a esta omisión de corregir la reconvención el no tener por presentada la misma. De nuevo se indica que, en caso de choque entre normas, se aplican las normas agrarias, por ser de carácter especial.

Aunado a esto, la doctrina procesal civil ha establecido que la deserción no procede contra la reconvención²⁰, por estar prohibido expresamente en el numeral 212 in fine del C.P.C. Se puede entender lo anterior, tomando en cuenta que las sanciones difieren del proceso agrario al civil, respecto de la corrección a la contrademanda prevenida por el juez.

Sin embargo, tal interpretación del citado artículo podría haber sido sacada del contexto de la norma en concreto. Cabe preguntarse: ¿a quién prohíbe la norma solicitar la deserción de la reconvención?, ¿bajo qué circunstancia procesal indica la norma que no puede decretarse la deserción de la contrademanda? A continuación, lo que dice la norma en su totalidad:

Artículo 212.- Plazos. Mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, se declarará desierto el proceso cuando no se hubiere instado su curso en el plazo de tres meses.

Las gestiones que no tiendan a la efectiva prosecución no interrumpirán el plazo indicado.

La deserción de la demanda impedirá la continuación de la contrademanda. El actor no podrá pedir deserción de ésta.

El último párrafo da cabida a dos interpretaciones antagónicas:

a) La primera parte señala que si la demanda es declarada desierta, la reconvención no continúa. Pero pareciera –leyendo todo el contexto de la norma– que el actor no puede pedir la deserción de la reconvención en el supuesto de que su demanda haya sido declarada desierta, lo cual es obvio. La prohibición se da solo en el supuesto que dicho párrafo establece y es para el actor, no para el juez.

b) La segunda interpretación radica en obviar la primera parte del párrafo y señalar que, en ningún caso, el actor puede solicitar la deserción de la reconvención, la cual se considera un poco descontextualizada y no toma en cuenta una realidad: la acción de contrademandantes que dolosamente paralizan la demanda y provoquen así morosidad judicial.

Diferente de la situación del 212 in fine del C.P.C., es el típico caso en que el proceso no puede continuar por el no hacer único y exclusivo del reconventor. Ha de recordarse que una reconvención también puede producirle perjuicio al actor, cuando el reconventor solicita medidas cautelares, quizá más drásticas que las pedidas por su adversario. Asimismo, la jurisprudencia agraria indica que declarar por no puesta la reconvención produce NULIDAD ABSOLUTA²¹ POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, y la doctrina más autorizada así también lo señala²².

La L.J.A. establece que al reconventor se le apercibe de que no le serán oídas sus gestiones, por lo cual aplicar el artículo 308 del C.P.C. en un proceso agrario podría contravenir los artículos 6, 26 y 39 de la L.J.A. Así lo ha establecido la jurisprudencia más reiterada del Tribunal Agrario:

I.- Se apela la resolución de las ocho horas quince minutos del 16 de agosto de 1994, por cuanto en ella se tuvo por no puesta la contrademanda planteada, aplicando el artículo 300 del C.P.C.- II.- En materia procesal agraria es improcedente aplicar por analogía otros cuerpos procesales, cuando hay norma expresa que resuelva sobre el punto. En el presente caso, se reclamaron accesoriamente daños y perjuicios. Como no fueron especificados en qué consisten y qué los origina (como lo exige el numeral 288, inciso 5) del C.P.C., que sí es aplicable por no existir norma expresa en ese sentido en la L.J.A.); el Juzgado previno a la parte contrademandante especificarlos. Sin embargo, por no cumplir correctamente con lo ordenado, tuvo por no puesta la contrademanda, aplicando equivocadamente lo dispuesto en el artículo 300 del Código Procesal Civil. Decimos equivocadamente, porque la L.J.A. contiene en su artículo 39 párrafo segundo, la sanción procesal para estos casos (...) Esta expresión de la ley procesal podría ser mal interpretada y podría servir a abogados inescrupulosos para paralizar la demanda, planteando una contrademanda defectuosa. Sin embargo, en un correcto sentido, debe indicarse que si junto con la contestación de la demanda la contrademanda es defectuosa, y prevenida la parte no la corrige dentro del plazo legal, NO SERÁN OÍDAS SUS GESTIONES, es decir, ni la contestación, ni la contrademanda. Sólo en esa forma se evitaría la paralización de la contienda judicial²³.

La sanción al tener por no puesta uno de los efectos procesales de la figura de la deserción?, ¿no se estaría en el fondo decretando una deserción solo que con otro nombre o denominación?

Se considera, respetuosamente, que el tener por no puesta la reconvencción no es procedente²⁴. La deserción de la contrademanda, por haber transcurrido los tres meses de plazo sin que el reconventor hubiera corregido su demanda, pareciera que lo permite la L.J.A., ya que la sanción del artículo 39, párrafo segundo, es la antesala de una futura deserción, de acuerdo con los requisitos de la jurisprudencia en materia de deserción. Considérese lo siguiente: por sí sola, la sanción de que no le serán oídas sus futuras gestiones a aquel reconventor que dilate o paralice el proceso dolosamente, no es suficiente... No tiene la coercibilidad requerida. La deserción de la reconvencción es la única salida viable a esta causa de morosidad judicial.

8. La deserción de la reconvencción en el Proyecto del Código Procesal General

La gran reforma procesal que promueve el Proyecto de Ley de Código Procesal General es un auténtico movimiento de ajedrez para poner jaque mate al problema de la morosidad judicial, incluye un cambio como el propuesto en cuanto al empleo de la figura de la deserción en el caso de que una reconvencción defectuosa atrasara indefinidamente un proceso.

Es importante tener en cuenta que no se aprecia como una desacumulación impropia, pues la demanda y la reconvencción, pese a ser conexas, son independientes una de otra y justo es que el reconventor deje de ser concebido como un parásito del impulso procesal de su contrincante.

El actor y reconventor tienen la carga de la prueba en cuanto a sus afirmaciones, y sus pretensiones son independientes y conexas. Por ello, la interpretación evolutiva propuesta aquí para numeral 212 del Código Procesal Civil tiene fundamento en los más vanguardistas criterios iusprocesales de la actualidad. Lo anterior es sinónimo de la modernización de la administración de justicia y del principio de igualdad entre las partes.

9. Conclusión

El objetivo del presente artículo fue brindar un punto de partida para iniciar el desarrollo del tema de la deserción en el proceso agrario, sin imponer un criterio determinado.

En su momento se vio la necesidad de adaptar al proceso agrario la figura de la deserción mediante una interpretación sistemática, evolutiva y material²⁵, válida siempre y cuando se respete el principio de legalidad procesal. El problema de una reconvencción defectuosa a raíz de una actitud dolosamente dilatoria del contrademandante es, sin lugar a dudas, un fraude procesal que debe ser prevenido por los jueces: atenta contra el ímpetu de pronunciamiento judicial de una parte, y contra la eficacia de un sistema de administración de justicia que pagan todos los costarricenses con sus tributos.

Llega hasta aquí la discusión para compartir criterios y opiniones con el propósito ulterior de que la ciencia procesal agraria siga creciendo con la dialéctica constructiva que habrá de caracterizar a todos quienes se relacionan de una manera u otra con esta materia en constante evolución.

* El autor es especialista en derecho agrario y ambiental por el Sistema de Estudios de Posgrado de la UCR. Licenciado en Derecho de dicho centro de enseñanza superior. Profesor universitario de derecho agrario, derechos reales y derecho de las obligaciones. Laboró como defensor público agrario y actualmente es juez agrario del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón.

¹ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. El renacimiento del derecho agrario. San José, Guayacán, 1998, p.253.

² MICHELI, Gian Antonio. Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Europa-América, tomo I, 1970.

³ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Derecho procesal civil. San José, Dupas, 1997, p. 438.

⁴ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Derecho procesal agrario, tomo II, ILANUD, 1990, p.291.

⁵ ARGUEDAS SALAZAR, Olman. Temas procesales, tomo II, San José, Juritexto, 1996, p.81.

⁶ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Sistemática de derecho agrario. San José, Porvenir, 2002, p. 338.

⁷ REALE, Miguel. O Direito como experiencia. São Paulo, Saravia, 1992, pp.1-20.

⁸ PICADO VARGAS, Carlos. Idoneidad de un criterio tridimensional..., en: Derecho agrario del futuro, San José, Guayacán, 2000, p.134.

⁹ VARGAS VÁSQUEZ, Damaris. Plan para combatir la morosidad judicial y acelerar los procesos en la jurisdicción agraria, en: Derecho agrario: desarrollo, justicia y paz, San José, Guayacán, Memorias del II Congreso Nacional de Derecho Agrario, 2000, p.84.

¹⁰ PARAJELES VINDAS, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil, tomo I. San José, EIJSA, 1998, p.190.

¹¹ Tribunal Agrario, voto no. 187 de las 8:35 h del 16 de marzo de 1990 y no. 570 de las 15:30 h del 14 de agosto de 1992.

12 ROJAS HERRERA, Óscar. Ensayo sobre el ordinario agrario, en: Revista Judicial, no. 62, San José, junio de 1995, p.64.

13 Este autor creía en el principio inquisitivo a ultranza años atrás. Véase: PICADO VARGAS, Carlos y otra. Delimitación y naturaleza jurídica de los poderes del juez agrario. San José, tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, UCR, 1999, p.211.

14 ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Los desafíos del Derecho Agrario, en: Derecho Agrario del futuro, San José, Guayacán, 2000, p.35.

15 PICADO VARGAS, Carlos. Desarrollo del principio de inmediación..., en: Revista Judicial, no. 79, junio de 2001, p. 140.

16 Tribunal Agrario, voto número 400 de las 14:50 horas del 18 de julio de 1997.

17 VARGAS VÁSQUEZ, Damaris. Op. cit., p. 87.

18 Tribunal Agrario, voto 701 de las 8:50 horas del 21 de setiembre de 2001.

19 ULATE CHACÓN, Enrique. Tratado de Derecho Procesal Agrario, tomo II. San José, Guayacán, 2000, p. 23.

20 PARAJELES, op. cit., p. 190.

21 Tribunal Agrario, voto no. 196 de las 15:50 h del 13 de marzo de 1998.

22 ULATE CHACÓN, Enrique. Tratado de Derecho Procesal Agrario, tomo II. San José, Guayacán, 2000, p. 31.

23 Tribunal Agrario, voto no. 129 de las 14:25 h del 10 de febrero de 1995.

24 Esta conclusión se exceptúa del siguiente modo: ante laguna de la L.J.A. sí se podría aplicar el artículo 106 del C.P.C. Es el caso de que el proceso esté paralizado porque el reconvencor no cumple con una orden de integrar el litisconsorcio pasivo necesario: la sanción es la inadmisibilidad de la reconvención. Es válido ya que el integrar el litisconsorcio pasivo necesario no es un requisito de forma de la demanda, sino que es una medida que garantiza la eficacia de una futura sentencia. Véase: Tribunal Agrario, voto no. 167 de las 14:30 h del 13 de marzo de 2002, considerando IV.

25 ALVARADO PANIAGUA, Alexandra. La hermenéutica agraria moderna... en: Derecho agrario: desarrollo, justicia y paz. San José, Guayacán, Memorias del II Congreso Nacional de Derecho Agrario, 2000, p. 198.

PERITO Y TESTIGO: GEMELOS HETEROCIGÓTICOS DEL PROCESO PENAL

Dr. Álvaro Burgos M.1

*Hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet...
La herencia representa la persona del difunto, no la del heredero...
Frase latina de autor desconocido.*

Introducción

Este artículo tiene como motivo plasmar los lineamientos generales contenidos en la disertación a la que el autor fue invitado por el Departamento de Trabajo Social y Psicología a través de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Este es tendente a establecer las similitudes y diferencias fundamentales entre la labor del perito y la del testigo dentro del proceso penal, con especial referencia a la tarea que realizan los psicólogos y trabajadores sociales del Poder Judicial, específicamente dentro del campo penal.

Como justificación al título, se debe aclarar el término 'heterocigoto', el cual proviene del griego heteros, que significa 'diferente'; es decir, alude genéticamente a la presencia de alelos distintos en el mismo locus de cromosomas homólogos manifestados en el proceso de gestación. Así, de la misma forma que ocurre con los gemelos heterocigóticos en la concepción, pese a que el testigo y el perito provienen de una misma raíz común, sea en este caso el proceso penal, a la hora de su evolución, nacimiento y desarrollo particular. La proyección de cada uno de ellos mantendrá una individualidad genotípica y procesal tal, que será capaz de generar indudablemente de una forma simple de identificar diferencias obvias que servirán para distinguir uno del otro con facilidad, sin desmérito alguno de la multitud de similitudes y paralelismos intrínsecos a la naturaleza misma de ambos.

I. La prueba y sus componentes utilitarios

No hay duda de que frecuentemente existen abundantes y recurrentes confusiones de los operadores del sistema de administración de justicia en cuanto a lo que se podría denominar los componentes utilitarios de la prueba; es decir, las distintas manifestaciones para introducir la prueba al proceso, en este caso el penal.

1. El elemento de prueba

Es el dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de crear un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Por ejemplo, el tipo de sangre obtenido en el escenario del crimen, o que la causa de muerte de la víctima fuera el suministro de un poderoso veneno que ingirió horas antes de su deceso.

Dentro de sus características se cita:

1.1 Objetividad

Proviene del mundo externo al proceso, por medio de auto fundado, aun incluso si el juzgador tiene conocimientos en la materia, y sin perjuicio de que se le considere el perito de peritos en definitiva. Esto es, podrá apartarse de la recomendación o determinación pericial.

1.2 Legalidad

Tanto en su obtención como en su incorporación, el elemento de prueba obtenido debe responder a criterios de legalidad. De lo contrario podría aplicarse lo relativo a la Teoría de los frutos del árbol envenenado², y en todo caso la prueba obtenida podría devenir eventualmente en espuria, lo cual impediría su incorporación efectiva al debate para la resolución del caso en cuestión.

1.3 Relevancia y pertinencia

A este respecto, el artículo 183 del C.P.P. señala:

Artículo 183: Admisibilidad de la prueba:

Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad.

Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes.

El Tribunal puede prescindir de la prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

2. El órgano de prueba

Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso, su función consiste en ser intermediario entre la prueba misma y el juez. El dato conviccional que ofrece al proceso penal, puede haber sido conocido accidental o fortuitamente (testigo), o bien, por encargo judicial (perito).

3. El medio de prueba

Consiste en el procedimiento establecido por la ley, tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso; por ejemplo, un reconocimiento en rueda de personas practicado al imputado, o un examen físico de la supuesta víctima que alude haber sido violada. El medio de prueba deberá ser evidentemente desarrollado de manera legal, puesto que tanto la Constitución Política³, al contener una prohibición expresa en su artículo 40 a la utilización de los tratos crueles y degradantes, como la ley común en igual sentido⁴, impiden que los elementos de prueba introducidos en aras de la averiguación de la verdad real, o al menos procesal de los hechos, hayan sido obtenidos en forma ilegal, como el uso de tortura física o psicológica, etc. Al respecto, el artículo 181 del C.P.P. indica:

Artículo 181: Legalidad de la prueba:

Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...

4. El objeto de prueba

El objeto de prueba es aquello susceptible de ser verificado y en él debe o puede recaer la prueba. Por ejemplo, un revólver decomisado al imputado, un cadáver encontrado en un lote baldío, o un cargamento de posible cocaína hallado en un furgón abandonado en un puesto fronterizo. Dentro del proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba legal, salvo prohibición expresa. Así, el artículo 182 del C.P.P. dispone:

Artículo 182: Libertad probatoria: Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la Ley...

II. La pericia

Consiste en el medio probatorio a través del cual se intenta obtener para el proceso un informe o dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. No se podrá evitar su elaboración, aun cuando el juez cuente con el entendimiento especializado requerido en la materia⁵.

1. Procedencia

Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (art. 213 del C.P.P.). Y es en absoluto claro que precisamente el juez no encarga labores periciales a alguien cuya función primordial sea limpiar las oficinas, o recoger por escrito manifestaciones de los testigos, o vender alimentos en un lugar aledaño a la oficina judicial, sino a un sujeto que gracias a sus conocimientos particulares, innatos o profesionalmente adquiridos, puede vertir asesoramiento y luz al proceso penal y, en concreto, a la administración de justicia sobre aspectos determinados por ser sometidos a su consideración.

2. Nombramiento

Corresponde al Ministerio Público, durante la investigación preparatoria, o al tribunal competente, la selección de los peritos: el número de ellos, el tema de la pericia y el plazo para la presentación de su dictamen, según la complejidad, ya sea de oficio o por petición de una parte (véase art. 215 del C.P.P.). Si no cumplen con su tarea, se procederá a su sustitución (art. 217).

Artículo 217: Ejecución del peritaje:

El Director del procedimiento resolverá las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales.

Los peritos practicarán el examen conjuntamente, cuando sea posible. Siempre que sea pertinente, las partes y sus consultores técnicos podrán presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que estimen convenientes, deberán retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación.

Si algún perito no cumple con su función, se procederá a sustituirlo.

3. Nuevos peritos

Cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, ya sea de oficio o por petición de la parte, y en caso que el tribunal o el Ministerio Público lo consideren necesario, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, para ampliar o repetir el peritaje (art. 219).

4. Condiciones especiales

Los peritos deberán poseer título habilitante en la materia sobre la cual rendirán su dictamen, siempre que la ciencia, el arte o la técnica esté reglamentada; de lo contrario, se podrá nombrar a una persona con idoneidad manifiesta (art. 214 del C.P.P.).

5. Incompatibilidades

Rigen las mismas causas de excusa y recusación de los jueces (art. 215 del C.P.P.).

Artículo 215: Nombramiento de peritos:

El Ministerio Público, durante la investigación preparatoria y el tribunal competente seleccionarán a los peritos y determinarán cuántos deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones por plantear, atendiendo a las sugerencias de los intervinientes. Al mismo tiempo, fijarán con precisión los temas de la peritación y deberán acordar con los peritos designados el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes.

Serán causas de excusa y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

En todo lo relativo a los traductores e intérpretes, regirán análogamente las disposiciones de este apartado.

6. Notificación acerca del peritaje

De manera previa a la realización del peritaje, se notificará al Ministerio Público y a las partes, salvo motivos de urgencia o simpleza. Dentro de dicho plazo se podrá proponer nuevos peritos para actuar en lugar del anterior o dictaminar conjuntamente, sugerir otros temas para el peritaje u objetar los admitidos o propuestos por las otras partes (art. 216 del C.P.P.).

7. Modo de ejecución

Los peritajes serán practicados conjuntamente en casos que sean posibles y pertinentes; las partes y sus consultores técnicos los podrán presenciar y solicitar aclaraciones, pero deberán retirarse cuando el(los) perito(s) comience(n) la deliberación (art. 217). El perito debe guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación (art. 223).

8. Características del dictamen pericial

El dictamen pericial fundamentará clara y precisamente las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o sus consultores técnicos y las conclusiones acerca de cada tema en estudio. Se podrá presentar el informe por separado, ante la diversidad de opiniones entre los peritos, por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia respectiva (art. 218 del C.P.P.).

9. Objetos y personas necesarios para el peritaje

Podrá ordenarse la presentación o el secuestro de cosas o documentos, así como la comparecencia de personas para efectuar las operaciones periciales (art. 221) en tanto se hicieran necesarios.

Artículo 221: Peritajes especiales:

Cuando deban realizarse diferentes pruebas periciales, como las psicológicas y las médico legales, a mujeres y a menores agredidos, o a personas agredidas sexualmente, deberá integrarse, en un plazo breve, un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiera la víctima. Antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo de ella y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas.

Salvo que exista un impedimento insuperable, en la misma sesión deberá realizarse el examen físico de la víctima.

10. Equipo interdisciplinario

Cuando deban realizarse varios tipos de peritajes como el psicosocial y forense a menores ofendidos, o víctimas de delitos sexuales, habrá de integrarse un equipo interdisciplinario, que elaborará un protocolo para trabajar con la víctima, y designará a uno de sus miembros para preguntar según se estime conveniente. Salvo impedimento insuperable, se realizará en dicha sesión también el examen físico de la víctima.

III. El testimonio

Constituye la declaración de una persona, dentro de un proceso penal, acerca de lo que conoce por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos.

1. Características

- a)** Persona física. No será aceptable el testimonio de un humanoide o de un animal entrenado, etc.
- b)** Por regla general, el testimonio se rendirá de forma oral, salvo impedimento físico.
- c)** La declaración será obtenida dentro del proceso respectivo y ante autoridad competente.
- d)** Testificará acerca de lo que le conste. No son de relevancia para el proceso penal los denominados un testigo de referencia; es decir, a quienes no les consta por sí mismos, sino a través de terceros, los aspectos sobre los que ha tenido conocimiento.
- e)** Su declaración versará sobre el hecho delictivo, sus agravantes, atenuantes, justificantes, autores, cómplices, partícipes, daño causado, etc.

2. Deber de testificar

El principio general es de que toda persona tiene la obligación de testificar, salvo disposición en contrario. Deberá el testigo además declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, y no ocultarla total o parcialmente, o podría incurrir en el delito de falso testimonio. No estará en obligación de declarar sobre hechos autoincriminantes (art. 204):

Artículo 204: Deber de testificar:

Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; así mismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le pueden deparar responsabilidad penal.

3. Facultad de abstención

El cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, deberán ser informados de la facultad de abstención que les cobija (art. 205 del C.P.P.):

Artículo 205: Facultad de abstención:

Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.

Si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona, podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de él, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le examinará de comparecer en juicio. A continuación, se le interrogará sobre el hecho.

4. Deber de abstención

Cuentan con un deber de abstención los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, sobre hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, así como funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Salvo los ministros religiosos, los demás mencionados con anterioridad deberán testificar si son liberados por el interesado de su deber de guardar silencio (art. 206 del C.P.P.).

5. Forma de la declaración

De previo, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento, prestará juramento y será interrogado sobre sus datos personales (no podrá ocultar su identidad ni será eximido de asistir al juicio), eventual vínculo con las partes, interés directo en el asunto y luego sobre el hecho que se investiga.

6. Recepción en privado del testimonio

El testimonio podrá recibirse de forma privada, y así lo acordará el Tribunal o juez respectivo cuando por ejemplo el testigo sea una mujer o un menor agredido; o cuando por motivos de pudor se quiera eximir a un ofendido de un delito sexual de una posible revictimización aún mayor al obligarle a contar ante una audiencia pública su relato.

Para dichos casos, el Tribunal podrá contar con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas, algo que en el caso de las personas menores de edad es un imperativo legal y no una decisión facultativa del juzgador, conforme lo disponen el Código de la Niñez y la Adolescencia y las Directrices para evitar la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales.

7. Consecuencias penales del falso testimonio

Quien a pesar de haber entendido las previsiones expuestas por la autoridad competente para efectos de la configuración del delito respectivo, incumpliere con su obligación de decir verdad, podrá hacerse acreedor de la persecución penal por un delito de falso testimonio, penado con prisión de uno a cinco años, aplicable tanto al testigo como al perito (también al intérprete o traductor), que afirmare una falsedad, negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición o informe, hechos ante autoridad competente. Cuando el delito se comete en un proceso penal, en perjuicio del acusado, la pena será de dos a ocho años de prisión. Además, las penas se aumentan en un tercio cuando el delito es cometido mediando soborno.

IV. ¿Peritos o no?

A manera de conclusión, luego de haber delineado anteriormente las diferencias fundamentales entre la participación del testigo y/o del perito dentro del proceso penal, se hace necesario externar la posición personal del autor ante la controversia que ha emergido a nivel del Departamento de Trabajo Social y Psicología acerca de si la labor que realizan dichos profesionales puede ser considerada o no como pericial.

Lo anterior, por supuesto sin aclarar que se considera al Departamento de Trabajo Social y Psicología como una especie de oasis dentro del árido laberinto judicial que significa muchas veces el Poder Judicial, y dentro del cual siempre se ha encontrado a profesionales de primera línea y a amigos de siempre que han nutrido la visión del autor, fundamentalmente jurídica con sus aportes valiosos en las áreas de su conocimiento especializado.

A criterio del autor, el asunto ha sido zanjado ya de todas maneras, por lo menos desde la perspectiva administrativa y laboral, por un acuerdo del Consejo de Personal acogido por el Consejo Superior en la sesión del 19/4/01, artículo LXXI, el cual es retomado igualmente en Sesión de Corte Plena 14-01 del 23/4/01, en donde se establece que los trabajadores sociales deben ser tomados para el pago de las denominadas clases anchas como peritos especializados y no como otro tipo de funcionarios comunes y corrientes, e incluso a estas alturas se les paga efectivamente como tales, por lo que sería imposible dudar que materialmente se les ha tenido como peritos a dichos profesionales en Trabajo Social.

Ahora bien, en razón del principio de igualdad, si el argumento del Consejo de Personal, avalado tanto por el Consejo Superior como por Corte Plena ha sido el que a los trabajadores sociales se les debía de pagar un plus, siendo que su labor resulta de carácter pericial. Es evidente que por la misma línea de pensamiento a los psicólogos del mismo departamento que también en la práctica realizan labor pericial, les sea reconocido dicho pago, y además que se les reconozca precisamente el que desempeñan como una labor de peritos, al igual que se hace con los trabajadores sociales.

Por otra parte, es importante dejar planteada otra situación relativa al tema de la consideración de los trabajadores sociales y de los psicólogos adscritos al Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial como peritos. Al realizar función pericial, sus informes y dictámenes deberían de ser susceptibles como pasa en el caso de los demás peritos del Organismo de Investigación Judicial, por ejemplo, de ser impugnados, sea a través de recursos de ampliación y aclaración, de revocatoria y, desde luego también de apelación, lo cual podría solucionarse sin mayor problemática institucional de dos vías: Encargando a la Jefatura del Departamento de Trabajo Social y Psicología de la resolución de las eventuales apelaciones que se interpongan; o modificando la reglamentación que rige la Ley de creación del O.I.J., y asignándole un profesional en trabajo social y en psicología para efectos de conocer en carácter ad hoc, por medio del Consejo Médico Forense dichas impugnaciones en alzada. Todo lo anterior redundaría significativamente en un incremento del resguardo al derecho de defensa y al debido proceso en materia penal.

1 Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José, Prof. Asociado de Derecho Penal Especial y encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR.

2 En este sentido, para una mayor comprensión del tema en cuestión véase: FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Editorial Temis, volumen I, Bogotá, Colombia, 1973, págs.155 y siguientes. BURGOS, Álvaro y otros. Cargas, fases y límites de la actividad probatoria. En Revista de Ciencias Jurídicas, número 77, San José, Costa Rica, enero-abril 1994, págs.19-62.

3 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Constitución Política. Edición bilingüe, CONAMAJ, San José, Costa Rica, artículo 40, página 27, el cual consagra: ...Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes, ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula....

4 Incluso la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sesión IXX-02, del 6 de mayo de 2002 aprobó las denominadas Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en proceso penales, en donde igualmente se plasman una serie de recomendaciones vinculantes para los operadores del sistema de administración de justicia ligados al Poder Judicial, tendentes a evitar, entre otras cosas, la ilegalidad de los medios de prueba por los cuales la misma es introducida al proceso penal.

5 En ese sentido, véase: BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho procesal penal. Editorial Cajica S.A., Puebla, México, 3ª. edición, 1985.

OFRECIMIENTO DE PRUEBA PARA JUICIO: ¿IGUALDAD DE "ARMAS" O DESIGUALDAD PROCESAL?

Lic. J. Federico Campos Calderón*

*“Pero yo no soy culpable –dijo K– Eso es un malentendido.
Y viniendo a ello, ¿cómo puede ser llamado culpable ningún hombre?
Aquí somos todos simplemente hombres, unos al igual que otros.
Es cierto –dijo el sacerdote–
Pero así es como hablan los hombres culpables.”*

Franz KAFKA (El Proceso)

1. Introducción

Con la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal penal, a partir del año 1998, se suscitó un cambio sustancial del anterior modelo costarricense, lo que condujo a una transformación radical en la forma como se llevarían a cabo algunos actos procesales dentro de esta nueva concepción paradigmática¹.

A pesar de que la reforma legal es de reciente data, resulta sano y necesario, que los nuevos institutos procesales sean revisados de forma seria y permanente, y les corresponde a los operadores del sistema cuestionar los resultados de su desarrollo y alcances. Esto con el objetivo de determinar si dicho modelo está funcionando de acuerdo con las expectativas planteadas en el momento de su implementación; o bien, constatar si en su curso pudo o no haberse causado lesión a cualesquiera de los derechos o garantías que conforman el proceso, sobre todo si se trata de aquellas pertenecientes al sujeto procesal que –a parecer del autor– es el más importante dentro del proceso penal, y en torno al cual gira la mayoría de actos procesales: el imputado².

En este sentido, el imputado ha sido tradicionalmente –y debe ser siempre– primordial en el proceso penal, a pesar de que los cambios legales originados con la última reforma le otorguen a la víctima el poder de incidir, notablemente, en el resultado del proceso, con la potestad de tomar decisiones que serán significativas para determinar la finalización del mismo³. En el pasado las garantías del imputado eran mínimas, mientras que en la actualidad cuenta con una mayor amplitud de estas para tutelar sus derechos, ya que ha pasado de ser objeto del proceso (como lo era en la Inquisición) a sujeto procesal con garantías básicas más amplias, que deben ser tuteladas siempre al máximo y frente a cualquier eventual lesión o puesta en peligro derivada del ejercicio del ius puniendi estatal, una situación que aun lamentablemente, es usual durante el curso de la investigación y la fase de juicio, lo cual se pretende demostrar en el desarrollo del presente artículo.

No obstante, como se dijo antes, la última reforma procesal penal pretende trasladar dicho protagonismo a la víctima, otorgándole amplias facultades de actuación que inciden determinadamente en la prosecución o finalización del proceso penal, lo cual, en algunos casos, puede resultar inadecuado, sobre todo si de dicha manera se menoscaba la siempre prioritaria protección que debe existir de los derechos del imputado. Esto suele suceder en aquellos casos donde hay total esmero por concederle a la víctima la posibilidad de alcanzar, a cualquier coste, sus pretensiones restitutorias, las cuales no deben ser la finalidad primaria del proceso penal, sino la averiguación de la verdad real. Claro está, se trata de una verdad que tampoco puede ser alcanzada quebrantando otras garantías; más bien, dicho objeto debe ajustarse también a los límites que la ley establece.

Como hipótesis de inicio se parte del supuesto de que en la ejecución del nuevo proceso penal se ha reiterado en la situación específica que aquí será abordada, con la pretensión concreta de desnudarla, primero, de la forma más claramente posible para demostrar luego que es una circunstancia que responde a resabios, los cuales se arrastran de anteriores legislaciones; por ende, son nocivos y necesariamente deben replantearse dentro de un discurso garantista y modelo acusatorio que se plantea.

2. El ofrecimiento de prueba para juicio y la igualdad procesal

2. a) Planteamiento del problema

Uno de los últimos eslabones para dar por concluida la etapa preparatoria dentro del proceso penal costarricense⁴ lo constituye el momento del ofrecimiento de prueba para el juicio, por lo cual es de suma importancia cuestionarse si la forma como está concebida actualmente dicha formalidad podría generar, en manera eventual, alguna lesión a derechos constitucionales inherentes a la condición procesal de inculpado.

Es objeto específico de este apartado exponer la razón de las circunstancias vigentes, por las cuales se hace el ofrecimiento de prueba para juicio en la etapa preparatoria, y que atentan contra la naturaleza del rol desempeñado por el imputado dentro del proceso penal y los derechos que le asisten. Todo ello, en contraposición a los intereses de la víctima y a la igualdad procesal que en la actualidad se le otorga a esta, de manera que resulta desproporcionado el trato para el acusado, pues se les exige por igual a todas las partes un listado de requisitos específicos que ponen en peligro de transgresión otros derechos procesales y constitucionales pertenecientes solo al endilgado.

La que aquí se expone parte de un caso específico, como el ofrecimiento de prueba para juicio al concluir la etapa preparatoria o de investigación. Se pretende configurar una crítica de los extremos hasta donde se extiende la interpretación de la mencionada igualdad procesal que refiere la vigente normativa procesal, con lo cual más bien se produce el efecto contrario. Es decir, se da origen a una desproporcionada desigualdad en perjuicio del imputado, lo cual pone en riesgo los derechos y garantías pertenecientes al imputado, que se derivan de la naturaleza de su condición.

Concretamente, el artículo 304 del Código Procesal Penal costarricense (en adelante C.P.P.) contempla las formalidades que deben seguirse cuando llega la oportunidad a las partes de ofrecer la prueba⁵ para la etapa de juicio (los documentos y los testigos de cargo y de descargo), en relación con la prueba testifical. En el primer párrafo de dicho artículo se establece la identificación de la prueba, mientras que en el párrafo in fine se exige indicar cuál es el contenido de la pretensión probatoria; estas son formalidades que, en caso de incumplirse, prevén como amenaza una sanción procesal de inadmisibilidad, por lo que, para evitarlo, deben las partes señalar necesariamente los extremos a los cuales la misma se referirá en el futuro.

En lo que interesa, el último párrafo del numeral supracitado dice:

Artículo 304: ... Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad⁶.

Se considera que en la práctica judicial cotidiana la anterior exigencia ha sido motivo de diversas interpretaciones por parte de jueces, fiscales, defensores y, en general, por todos los que toman parte en el proceso. En algunos casos, el entendimiento de los alcances de tal norma se ha manifestado en forma extensiva, y atenta así contra las garantías fundamentales del inculgado, por lo que, para evitarlo, es prudente señalar aquí algunos matices tendentes a la protección de estos derechos. Como se ha indicado antes, se toman como eje central las formalidades exigidas para el momento del ofrecimiento de prueba antes de la realización de la audiencia preliminar o durante esta última, sin irrespetarlas, solo interpretándolas de manera tal que no violenten derechos o garantías inherentes a la condición de imputado.

2. b) Situaciones que conllevan al peligro de transgresión del derecho de abstención y del derecho de defensa en el ofrecimiento de prueba

Resulta inaceptable que antes y durante la audiencia preliminar, tomando como base el principio de igualdad procesal, se prescriba al defensor del imputado que indique los pormenores de la declaración del testigo presentada en ese momento para la etapa de juicio. Esta compulsión podría lesionar dos garantías esenciales del proceso penal, mismas que, a la vez, son parte integrante esencial del llamado principio del debido proceso, se trata del derecho de abstención y del derecho de defensa⁷.

En el instante del ofrecimiento de la prueba, ante el supuesto de que el acusado esté gozando voluntariamente del derecho constitucional de abstenerse de declarar, se correría el riesgo de que, en forma previa e indirecta, se pueda conocer indebidamente el contenido de una eventual declaración del inculcado, la cual podría estar estrechamente relacionada con el testimonio. Ello obviamente sucederá cuando el testigo se refiera a las mismas circunstancias de lo previsto por el encartado, lo cual no sería difícil derivar, de modo que tal derecho debe resguardarse con absoluto recelo y respeto mientras el imputado no decida declarar, ya sea esa decisión su absoluto deseo, o parte de una estrategia del derecho de defensa.

Por lo anterior, ante la imposibilidad de conocer tal declaración potencial o de obligarlo a exteriorizarla, de manera preventiva, debe protegerse siempre el derecho de abstención que lo ampara, porque bien puede verse amancillado mediante el conocimiento previo del contenido de la declaración del testigo⁸. Todo esto, por encima del derecho que las demás partes puedan alegar acerca de conocer los pormenores del testimonio ofrecido por la defensa.

Debe tenerse presente que cualquier ciudadano sospechoso de cometer un delito es, desde los inicios del proceso, considerado constitucionalmente inocente y, por ende, ha de ser tratado como tal. Es un sujeto procesal a quien además le asiste el derecho de defensa, lo cual implica, como parte del ejercicio de su estrategia defensiva, que exista la posibilidad de manejar a su conveniencia cualquier información que le beneficie, en forma secreta o no, como por ejemplo el contenido de la declaración del testigo de descargo. Esto último además, como manifestación del citado derecho de abstención, del cual puede gozar hasta el final del proceso, sin violar con dicha posición ninguna norma ética o legal. Del mismo modo se estaría atentando o, incluso, violentando el derecho de defensa del imputado, al obligársele a mostrar de antemano una parte o la totalidad de la estrategia defensiva, y que para su conveniencia, bien podría determinarse que sea mejor utilizar dicha herramienta defensiva en un futuro, con el objeto de salir bien librado del proceso⁹.

Por otra parte, exigir especificidad de la versión del testigo en la fase del ofrecimiento de prueba puede atentar contra la espontaneidad que se requiere de la prueba testimonial, pues con tal que la misma se ajuste a los pormenores del ofrecimiento se podría someter de previo al testigo a un encuadramiento de su versión de los hechos, lo cual más bien le resta confianza a la misma. Incluso, todo ello se puede prestar para que terceros con insidia construyan declaraciones que se ajusten a tal ofrecimiento y el testigo sepa con anterioridad sobre qué detalles debe referirse en juicio.

En consecuencia, con la finalidad de evaluar la aceptación o rechazo del testigo que ofrece el imputado, y a la misma vez evitar el riesgo de ultrajar los derechos señalados, no se le debería exigir al acusado brindar los detalles específicos de la versión de sus testigos; cuando más, puede aceptarse que sí se brinde dicha información, pero solo en términos generales o a lo sumo sucintamente; es decir, únicamente con referencia lacónica de las razones que conllevan a la proposición de tal prueba. Lo anterior, con el fin de permitirle al juez que corresponda poder valorar su congruencia¹⁰, utilidad, pertinencia y

relevancia dentro del proceso y, por tanto, su admisibilidad o rechazo, según sean tales propuestas acordes o no con el objeto procesal¹¹.

En términos generales, con el señalamiento del contenido de la declaración de los testigos, además de tutelarse los derechos señalados del encartado se evita, como lo señala el maestro italiano E. Florián, que se divague o merodee acerca de la exacta declaración del testigo, ya que resulta imposible para las partes que lo proponen saber con precisión todo el contenido de la declaración, solo en forma aproximativa¹². Para finalizar, de esta manera igualmente se evitaría cualquier peligro eventual de que el juez de la fase de juicio se contamine en forma anticipada con lo que pueda conocer sobre de los extremos que se supone declararán los testigos en el transcurso del juicio oral y público.

2. c) La posición de la Sala Constitucional

La anterior inquietud fue motivo de consulta judicial por parte del Juzgado Penal de San José, luego de que se alegara el peligro de lesión de tales derechos durante el desarrollo de una audiencia preliminar. Al respecto, el voto no. 6677-01¹³ del Tribunal Constitucional costarricense fue negativo, e indicó que el artículo 304 no es violatorio del derecho de abstención reconocido en el artículo 36 de la Constitución Política. Claro está, en dicha resolución solo se alude al espíritu de la norma; sin embargo, lo que ha señalado dicho recurso, y que aquí se alega como peligroso, para tales derechos y sus garantías, no es la existencia misma de la normativa sobre el ofrecimiento de las probanzas, sino la forma como en la práctica judicial muchas veces se interpreta el contenido de dicho artículo, y se establecen exigencias que potencialmente vulneran los derechos mencionados.

No obstante, dicho fallo –con cierta confusión– señala aspectos de relevancia que deben ser tomados en consideración por los operadores del derecho para la interpretación de los alcances del numeral 304 del C.P.P. Para resolver la consulta se hace alusión a otro voto precedente y relativo al artículo 351 de la normativa procesal anterior; resulta ello en principio un error técnico, porque aquel proceso tenía otra naturaleza (predominantemente inquisitoria; no acusatoria como la del actual). Además, el texto de la norma aludida era claro en el sentido de que no se amenazaba en forma expresa con sanción alguna en caso de no detallarse el contenido de la declaración del testigo.

En aquella oportunidad la Sala Constitucional indicó que el mencionado numeral del Código anterior ...sólo exige que se indique los hechos sobre los cuales versará la declaración, no exige aporte de interrogatorio previo, ni que sea exhaustivo en cuanto a las circunstancias propias de la acción sobre la que tiene conocimiento el testigo (el subrayado es suplido), (voto 2881-92 de las 8:39 h del 11 de setiembre de 1992). Entonces, de dicha resolución debe entenderse que, en el caso del proceso penal actual, la interpretación ha de ser similar; es decir, que tampoco pueden exigirse detalles acerca de los hechos que el testigo narrará en juicio, sino solo aspectos generales, para valorar la congruencia del ofrecimiento con el objeto de debate y, por ende, su admisibilidad, sin que tal circunstancia y valoración –según la Sala– tenga nexo alguno con el derecho de abstención, lo cual, a criterio del autor, sí la tiene y hasta lo pone en peligro.

Por otra parte, se indica equívocamente más adelante en dicha resolución (6677-01), que la decisión de la prueba presentada obedece a las exigencias del derecho de defensa en sentido estricto; al respecto se dice: Por lo demás, la estrategia de defensa corresponde al defensor y al imputado. Son ellos quienes deciden qué prueba ofrecen en la audiencia preliminar y qué pueden reservar para ofrecerla posteriormente (el subrayado es suplido). Lo anterior es –respetuosamente– erróneo, ya que en la legislación procesal vigente existen expresas limitaciones a la prueba para mejor resolver¹⁴, por lo que el ofrecimiento de prueba posterior y su admisibilidad no están supeditados a una estrategia de la defensa (lo cual sería deseable), sino a la valoración y admisibilidad hecha por el juez correspondiente durante la audiencia preliminar luego de ofrecerse toda la prueba que interesa, recibándose posteriormente solo en forma absolutamente excepcional.

2. d) ¿Igualdad de “armas” o desigualdad procesal?

El requisito establecido legalmente en el numeral 304 del C.P.P., el cual debe ser cumplido en forma idéntica por todas las partes, tiene su génesis ideológica en un principio contenido en la misma normativa procesal penal, que se denomina de igualdad procesal¹⁵, o también principio de igualdad de armas¹⁶.

Lo anterior tiene sus implicaciones procesales; si bien es cierto, tal principio tiene como fin que durante el ofrecimiento de la prueba, tanto la parte acusadora como la defensa, muestren con lealtad entre sí todas las armas probatorias con que cuentan a esas alturas del proceso. Esto debe tener un claro límite cuando su ejercicio signifique un peligro que atenta contra la integridad de otros principios de rango constitucional –por ende prioritarios– y que son de pertenencia exclusiva al papel que desempeña el imputado en el desarrollo del proceso, de ahí que han de ser tutelados al máximo por parte del juez de garantías; tales principios son, precisamente: el derecho de abstención y el derecho de defensa¹⁷.

Resulta embustera la afirmación referida a que el mencionado principio de igualdad procesal se ha incluido en el proceso penal con la finalidad de equiparar los medios de ataque y de defensa que están en poder de la víctima y del imputado, respectivamente, ya que este último, por la naturaleza de la posición que despliega dentro del proceso y las eventuales consecuencias que debe afrontar por ello, se encuentra siempre en una posición diferente y de desventaja frente al Estado, el cual a través del Ministerio Público se encarga de accionar los derechos a favor del ofendido¹⁸.

Se estima que la errónea interpretación del mencionado principio de igualdad procesal más bien acrecienta la desigualdad antes señalada, y que por la naturaleza de su rol trata de una discrepancia con la cual debe lidiar el imputado desde los inicios del proceso. Como bien lo señala el autor español J. Montero Aroca, deben admitirse algunas matizaciones del principio de

igualdad procesal en la etapa inicial¹⁹, ya que de contrario se estarían lesionando los principios y garantías indicados, inherentes a la condición de imputado.

Resulta absurdo pretender igualar partes que en su esencia son desiguales, ya que más bien con ello se aumenta la desigualdad preexistente, por ello resulta indispensable dar ciertas ventajas a la parte desvalida tendientes a equiparar dicha diferencia²⁰. Al tener que mostrar el imputado sus armas de la misma manera que lo hace la parte acusadora, en vez de equipararlo lo pone en una posición de desventaja o de desigualdad mayor, ya que no debe olvidarse que desde el inicio del proceso el imputado no posee –por ejemplo– los mismos recursos investigativos para defenderse (institucionales y presupuestarios), como sí los tiene quien cuenta a su haber con la potestad, en representación de los intereses del ofendido, de llevar adelante el ejercicio del monopolio de la acción penal.

La carga de la prueba la tiene quien inculpa pues, en esencia, se está frente a medios probatorios de génesis distinta. Esta diferencia deberá reflejarse también cuando se ofrece dicha prueba, por lo que las exigencias para una y otra parte han de ser igualmente diferentes al llegar el momento de su ofrecimiento para el juicio. Solo así se podrá lograr un verdadero equilibrio procesal y la protección de los derechos fundamentales aludidos²¹.

No se trata de otorgar ningún privilegio al imputado en perjuicio de la parte ofendida; pero debe actuarse así porque solo de esa manera se estaría consiguiendo exitosamente el equilibrio procesal pretendido y el resguardo de sus garantías, lo que no se consigue proporcionándole los mismos privilegios a la parte ofendida y al Ministerio Público en todas las etapas del proceso²², tal y como es la tendencia práctica en la actualidad; sin embargo, es obvio y comprensible –y aquí no se discute– que en una etapa posterior, como la fase de juicio, las partes tendrán la oportunidad de enfrentarse y discutir los elementos probatorios en igualdad de posibilidades, confrontando sus diversas versiones fácticas desde planos idénticos y con las pruebas que las respalden. Pero teniendo siempre en consideración que, de ninguna manera, cualquier proceder conlleve implícito a un riesgo o sacrificio para el conglomerado de derechos esenciales que pertenecen solo al encartado por la particularidad que reviste su posición procesal²³.

El proceso penal está diseñado principalmente para la averiguación de la verdad real²⁴ y, por consecuencia, para determinar la responsabilidad penal o la inocencia del imputado. No se trata jamás de procedimientos establecidos esencialmente para que el encausado demuestre su inocencia, ya que incluso este puede asumir una posición totalmente pasiva o silenciosa durante todo el proceso (derecho de abstención) y resultar así beneficiado. Por el contrario, quien ejerce la acción penal en representación del ofendido está en la obligación de demostrar lo que pretende, por lo cual resulta necesaria la transparencia y publicidad de los medios que utiliza con ese fin, para que quien potencialmente se vea perjudicado con ello tenga plena oportunidad de defensa ante los mismos; un derecho que tiene exclusivamente quien está en esa posición y que no puede ponerse en riesgo mediante el otorgamiento e incorporación de otros derechos a partes contrarias que no los requieren.

Por tal razón se ha venido afirmando que los roles de ambos son distintos, al igual que la diversidad de consecuencias derivadas de dicha posición, que pueden recaer en una u otra parte. En tal sentido, pretender igualarlos en todos los momentos procesales puede generar controversia, porque de esa manera se crea una desigualdad en perjuicio del encausado; tal y como se ha indicado sucede en la actualidad con las formalidades existentes durante la etapa del ofrecimiento de la prueba para el juicio.

No por casualidad en el proyecto de ley del Código Procesal Penal (versión publicada en diciembre de 1995), la exigencia relativa al detalle del contenido de las declaraciones de los testigos estaba referida únicamente al Ministerio Público y al querellante; sin embargo, tal obligación fue suprimida posteriormente sin un exhaustivo análisis jurídico²⁵. En lo que interesa, tal artículo rezaba:

Artículo 357. Ofrecimiento a prueba.- ...Todos los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad. Los requisitos establecidos en esta norma son aplicables al Ministerio Público y al querellante adhesivo (el resaltado es suplido).

Se considera que el sentido inicial de esta norma, tal y como estaba redactada, no era otro que establecer diferencias a favor del endilgado tendientes a equiparar la desventaja procesal aludida, la que hoy se ha acrecentado debido a la supresión señalada, y cuyo origen se debió –como se indicó– a una incorrecta ponderación de la existencia y alcance preciso de tal norma por parte de quienes participaron en la discusión del proyecto de ley mencionado.

3. Conclusión

Se estima haber expuesto con diáfana claridad la consideración de que el método de ofrecimiento de prueba puede atentar contra derechos constitucionales y sus garantías si no es correctamente concebido, aspecto que para la Sala Constitucional costarricense no se relaciona con el derecho de abstención; sin embargo, al margen de si dicha circunstancia tiene o no relación con el derecho a no autoincriminarse, o con el derecho de defensa, sí está claro en el contenido de dicha resolución que, en el momento del ofrecimiento de la prueba, no deben exigirse pormenores relativos a los hechos sobre los que versará la declaración del testigo cuando sea su turno durante la audiencia oral y pública.

Dicho ofrecimiento de prueba testimonial y el detalle general que de su contenido se haga, tiene como único fin la valoración de su congruencia, utilidad, pertinencia y relevancia con el objeto del proceso que se trate. Por esta causa, no interesa conocer los detalles de la versión, aspectos que, de interpretarse así, podrían convertir esta etapa en una similar a la instrucción del

proceso de total dominio del futuro testigo y cuya declaración y contenido resulta imposible que sea de conocimiento previo y detallado del defensor, salvo los aspectos meramente generales, únicos que podrán mencionarse cuando se ofrezca la prueba.

4. Bibliografía

ANTILLÓN, Wálter. Teoría del proceso jurisdiccional. Investigaciones Jurídicas S.A., 1a ed., San José, Costa Rica, 2001.

BOVINO, Alberto. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Sistemas Penales y Derechos Humanos, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997.

CASADO, José María. El imputado en el proceso penal salvadoreño. En: Revista Justicia de Paz. Corte Suprema de Justicia, PNUD y Cooperación Española, no. 10, Año IV-Vol. III, El Salvador, 2001.

E. A. DONNA y M. C. MAIZA. Código Procesal Penal y disposiciones complementarias. Comentado, anotado y concordado. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales. Tomo II, Editorial Temis, versión castellana de la 3a ed., 1961, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

GATGENS, Erick. El renacimiento del proceso penal. Notas en torno a su privatización. En: Revista Escuela Judicial. Poder Judicial, no. 1, Costa Rica, mayo 2001.

GIMENO SENDRA, J. Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Editorial Civitas, Madrid, España, 1981.

HIRSCH, Hans. De los delitos y las víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Principios y garantías en el proceso penal. En: Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. En: Código Procesal Penal comentado. (Comentario al artículo 317), Corte Suprema de Justicia – Cooperación Española – PNUD, El Salvador, 2001.

MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, Editores del Puerto s.r.l., 2a ed., Buenos Aires, Argentina, 1996.

MARCO COS, José Manuel. El juicio plenario. En: Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Agencia Española de Cooperación Internacional y Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.

MORA MORA, Luis Paulino. Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Asociación de Ciencias Penales y Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1996.

MORA MORA, Luis Paulino. Garantías constitucionales en relación con el imputado. En: Un Nuevo Sistema Procesal Penal en América Latina, editado por Horst Schönbohm y Norbert Lösing, Fundación Konrad Adenauer-Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, Argentina, 1998.

MORENO CATENA, Víctor. Presente y futuro del proceso penal. En: Derecho Procesal Penal Salvadoreño, Corte Suprema de Justicia-Agencia Española de Cooperación Internacional, 1a ed., San Salvador, El Salvador, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ROJAS SALAS, Manuel. La prueba para mejor resolver en el juicio oral. En: Revista Defensa Pública. Editorial Fundación UNA – Asociación Costarricense de la Defensa Pública, no. 1, San José, Costa Rica, octubre, 2001.

SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1978.

1 Al respecto, la siguiente referencia histórica: El código que sustituyó al de 1910, el de 1975, muestra una tendencia al sistema mixto, estructurado con base a una instrucción de corte inquisitiva y una etapa de juicio marcadamente acusatoria (...). El procedimiento con el que se pretende sustituir el vigente, que producirá sus efectos como ley de la República a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho, se nutre de ideas propias del sistema que se ha dado en llamar acusatorio, pues además de suprimir la figura del juez de instrucción, encarga la investigación inicial al órgano requirente, el Ministerio Público, y constituye a la acusación como una garantía importante. MORA MORA, Luis Paulino. Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Asociación de Ciencias Penales y Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1996, p. 17.

2 En relación con la importancia del imputado como eje central del proceso penal, es de relevancia lo siguiente: ... el imputado se convierte en el protagonista del proceso, en verdadera parte procesal, con amplias facultades en el ejercicio de su inviolable derecho de defensa, cuya expresión máxima se manifiesta en la garantía constitucional del derecho a la presunción de inocencia y, como consecuencia del mismo, en el principio in dubio pro reo. Asimismo, se establece un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del mismo a lo largo de todo el proceso, ...; CASADO, José María. El imputado en el proceso penal salvadoreño. En: Revista Justicia de Paz. Corte Suprema de Justicia, PNUD y Cooperación Española, no. 10, Año IV-Vol. III, El Salvador, 2001, p. 50. De igual manera, acerca del rol del imputado en el proceso: Una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrinas de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tenía como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las inquisiciones generales. El tratamiento del imputado presenta en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal un cambio radical, trasladándose a las leyes procesales el respeto y la salvaguarda de los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos oficiales han de dispensar al imputado. Pero también el ordenamiento jurídico consagra algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso, MORENO CATENA, Víctor. Presente y futuro del proceso penal. En: Derecho Procesal Penal Salvadoreño, Corte Suprema de Justicia-Agencia Española de Cooperación Internacional, 1a ed., San Salvador, El Salvador, 2000, pp. 3-4.

3 La participación de la víctima en el procedimiento penal y, en sentido amplio, la relación entre la víctima y el sistema de justicia penal, es un tema que ha suscitado un destacable interés en los últimos años. Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como la preocupación central de la política criminal, así BOVINO, Alberto. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Sistemas Penales y Derechos Humanos, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, p. 199. Al respecto, Hans HIRSCH considera lo siguiente: Durante la euforia de la resocialización, en los años sesenta y comienzos de los setenta, la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora se dirige la mirada al ofendido de un modo no menos comprometido. Se anuncia el redescubrimiento de la víctima del delito. Este se ha convertido en el nuevo tema de moda, La reparación del daño en el marco del derecho penal material. En: De los delitos y las víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 55. En similar sentido véase de GATGENS, Erick. El renacimiento del proceso penal. Notas en torno a su privatización. En: Revista Escuela Judicial. Poder Judicial, no. 1, mayo, Costa Rica, 2001, p. 58.

4 En términos generales, el proceso penal costarricense está constituido por tres etapas básicas: la etapa preparatoria o de investigación, etapa intermedia y etapa de juicio.

5 Sobre el concepto de prueba, resulta de suma utilidad consultar de SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1978, quien al respecto afirma como de interés lo siguiente: ¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos (p.12). Asimismo, en términos generales, es preciso también el siguiente concepto de prueba: Desde el punto de vista jurídico, probar un hecho significa crear objetivamente, dentro de un procedimiento o un proceso judicial, las condiciones intelectuales y materiales para que el juez llegue razonablemente a formar su convicción acerca de la existencia y características de aquel hecho, corroborando así el juicio afirmativo de las partes sobre el mismo, y desechando el juicio negativo (PUGLIATTI, op. cit., pág. 113; VERDE, op. cit., pág. 588); ANTILLÓN, Wálter. Teoría del proceso jurisdiccional. Investigaciones Jurídicas S.A., 1a ed., San José, Costa Rica, 2001, p. 357.

6 En otras latitudes, en sentido muy similar, el artículo 317 del Código Procesal Penal de El Salvador y el artículo 363 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, Argentina.

7 Véase Juan José LÓPEZ ORTEGA, quien indica que: Juicio previo, presunción de inocencia y, como después veremos, inviolabilidad de la defensa en juicio son las tres garantías esenciales del proceso penal, sin las cuales no es posible hablar de la existencia de un auténtico debido proceso. A partir de ellas se construye el sistema de derechos del ciudadano frente al poder penal del estado: frente al error y la arbitrariedad. Esta función limitadora de la potestad punitiva estatal se expresa, claramente, en el doble fin al que atiende el proceso penal: no sólo procurar el castigo de los culpables, sino también la tutela de los inocentes. En: Principios y garantías en el proceso penal. En: Derecho Procesal Penal Salvadoreño, Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000, p.81.

8 Salvo en el supuesto del anticipo jurisdiccional de prueba (art. 293 del C.P.P.), que se lleva a cabo por especiales circunstancias que lo motivan, respetando derechos y garantías de las partes.

9 En este sentido resultan de interés las apreciaciones contenidas en el voto 2000-522 del 7 de julio del año 2000, promulgado por el Tribunal de Casación Penal, que en lo que interesa dice: Como bien lo expone la defensa, en el ofrecimiento de la prueba se hizo referencia a los puntos más relevantes sobre la declaración, pero en el juicio se iba a conocer los detalles y pormenores sobre lo acontecido, según la posición del imputado. Al omitirse la recepción del testimonio se está afectando el derecho de defensa del imputado.

10 El principio de congruencia supone la necesidad de que exista una determinada relación entre la prueba propuesta y lo que debe ser debatido y decidido. Para ello, debe tenerse en cuenta el objeto del proceso, delimitado por las alegaciones de las partes. Sólo la prueba apta para demostrar los hechos que se pretenden probar es admisible y esta idoneidad entre la prueba y su resultado previsible debe justificarse en el escrito de proposición de prueba, LÓPEZ ORTEGA, Juan José. En: Código Procesal Penal Comentado. (Comentario al artículo 317), Corte Suprema de Justicia –Cooperación Española– PNUD, El Salvador, 2001, p. 333.

11 Sobre la finalidad relativa a la indicación de los hechos que contendrá la declaración del testigo, son importantes los comentarios de los autores argentinos E. A. DONNA y M. C. MAIZA, quienes en relación con el ofrecimiento de testigos nuevos en el Código Procesal Penal de la Nación de (Argentina), consideran al respecto que: El Código diferencia a los testigos entre los que ya han declarado en el juicio –sobre los que bastará en el ofrecimiento con indicar su nombre y domicilio– de los testigos nuevos, en cuyo caso deberá expresarse sobre qué hechos serán examinados, bajo pena de inadmisibilidad, requisito que obedece evidentemente a la necesidad de analizar la pertinencia de sus declaraciones en relación con el

12 En este mismo orden de ideas, de gran importancia y actualidad es la reflexión que hace el maestro Eugenio FLORIÁN, en su obra clásica *De las pruebas penales*, acerca de la especificación del objeto de prueba en el proceso italiano de esa época; en este sentido y en relación con el contenido de la prueba testimonial ofrecida en juicio, indica lo siguiente: ...de un lado, el registro y la especificación sirven para el desarrollo de la controversia entre las partes, al poner en conocimiento de ellas un nuevo material de prueba; de otro lado, sirven para hacer posible la necesaria coordinación del nuevo objeto de prueba con el objeto general de la prueba, propia del proceso, esto es, el control que está obligado a ejercer el juez en lo que concierne a la pertinencia; por último, la especificación le suministra al juez la pista para adelantar con provecho el interrogatorio del testigo. Sin embargo, como veremos, esta enunciación no indica de manera alguna ni tiene el fin de indicar rigidamente el límite del objeto de la deposición del testigo en el juicio, sino que tiene más que todo un valor aproximativo. En cuanto al grado de la especificación, parece que la ley exige mucho ("específicamente", etc.), puesto que el Código de 1865 parecía exigir menos ("se especificarán sumariamente los hechos ...", art. 384); pero si se tienen en cuenta los fines de la enunciación y se considera que en la audiencia los límites de la enunciación previa no funcionan, es lícito estimar como suficiente el dar la esencia esquemática, el tenor fundamental del hecho o de las circunstancias que han de probarse. A esto debe agregarse que en realidad no siempre la parte está en condiciones de referir por anticipado, con exactitud y en forma completa, lo que dirá el testigo (el subrayado es suplido), en: Tomo II, Editorial Temis, versión castellana de la 3a ed., 1961, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pp. 229-230.

13 Sala Constitucional, resolución de las 15:04 h del 11 de julio de 2001.

14 Al respecto, véase ROJAS SALAS, Manuel. *La prueba para mejor resolver en el juicio oral*. En: Revista Defensa Pública. Editorial Fundación UNA – Asociación Costarricense de la Defensa Pública, no. 1, San José, Costa Rica, octubre, 2001, p. 84 y ss.

15 Artículo 6. Objetividad: ... Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

16 Relacionado con la definición que le otorga la doctrina a este principio, en el medio resulta de interés la siguiente: El principio de igualdad en el proceso significa que se conceden a las partes los mismos derechos y posibilidades, de modo tal que no tenga cabida la existencia de privilegios (...). La realización del principio de igualdad en el juicio plenario supone que tanto la acusación como la defensa disponen, considerando cada posición jurídica, de idénticas posibilidades para alegar hechos y proponer pruebas, para atacar y defenderse. Se habla, en este último sentido, del principio de igualdad de armas. MARCO COS, José Manuel. *El juicio plenario*. En: *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Agencia Española de Cooperación Internacional y Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000, pp. 860-861.

17 Contenidos en los artículos 36 y 39 de la Constitución Política de Costa Rica; e igualmente, en el artículo 8, incisos g) y d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

18 En este sentido el argentino Julio B.J. MAIER, cuando indica que Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y por ello –por su pesada tarea: deber de prevenir y averiguar los hechos punibles–, disponen de medios que, salvo excepciones históricas, meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son, jurídicamente, imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución concreta e individual, en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Se trata así de un ideal –quizá utópico pero plausible– el intentar acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado –aun de manera parcial– de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador: en ello reside la pretensión de equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellas que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso penal. (*Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I, Editores del Puerto s.r.l., 2a ed., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 578).

19 En relación con la igualdad procesal, señala acertadamente el autor español Juan MONTERO AROCA: Naturalmente esta igualdad tiene especial sentido en la segunda fase o de juicio oral, en la que tiene que ser evidentemente plena, pero admite modulaciones o excepciones en la primera fase o de procedimiento preliminar, por razón de la propia actividad investigadora que en él se realiza (el subrayado es suplido), Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, p.146. En similar sentido se expresa el tratadista J. Vicente GIMENO SENDRA, cuando indica lo siguiente: ... Ahora bien, el principio de igualdad de armas en el proceso no significa que en todo momento haya de existir una correlación o identidad absoluta entre las facultades de las partes. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Editorial Civitas, Madrid, España, 1981, p.183.

20 Como bien lo apunta el jurista costarricense L. P. MORA, Al exigirse igualdad entre iguales, se prohíbe la discriminación y en tanto el trato preferente para unos, o desventajoso para otros, amparando diferencias de trato cuando la desigualdad procesal tienda a minimizar la desigualdad material preexistente (el subrayado es suplido); MORA MORA, Luis Paulino. *Garantías constitucionales en relación con el imputado*, en: *Un Nuevo Sistema Procesal Penal en América Latina*, editado por Horst Schönbohm y Norbert Lösing, Fundación Konrad Adenauer-Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 23.

21 Por ejemplo, en el proceso penal español, se establecen diferencias a favor del imputado –frente al Ministerio Público– en salvaguarda de sus garantías; en este sentido señala el autor MUÑOZ CONDE lo siguiente: Es un hecho evidente que las posiciones del acusador y del acusado son diferentes en el proceso penal. Aquél no tiene, por ejemplo, derecho a ser informado de la posición del acusado, y éste sí lo tiene a ser informado de la del acusador. Pero es sobre todo en materia de recursos donde mejor se ve este desequilibrio que siempre se resuelve en beneficio del acusado. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000, p.62.

22 Los problemas de la igualdad suelen provenir de que se desconoce que el Ministerio Público en el proceso no es más que una parte, por lo que no puede atribuírsele, ni legal ni prácticamente, una situación de preponderancia respecto de las demás partes y, desde luego, con sus peticiones no puede vincular al órgano judicial o, por lo menos, no puede hacerlo más que las demás partes. Con todo, debe tenerse en cuenta que la quiebra del principio de igualdad se produce cuando atendemos a la práctica. La ley puede regular el proceso concediendo exactamente los mismos derechos y cargas a todas las partes, pero ello no va a significar una igualdad real. Las condiciones sociales, económicas y culturales de los diferentes acusados repercuten de modo muy relevante en la posición real de cada uno de ellos en el proceso, y las leyes se manifiestan impotentes para colocar a todos ellos en condiciones de paridad. En este sentido convertir al Ministerio Público en el instructor de la primera fase contribuiría aún más a consagrar esa desigualdad (el subrayado es suplido). MONTERO AROCA, op. cit., pp. 146-147.

23 Al respecto Julio B.J. MAIER indica: "Concluida la instrucción, en cambio, aparece en toda su magnitud el ideal de otorgar posibilidades parejas al acusado respecto de su acusador. El juicio o procedimiento principal es, idealmente, el momento o período procesal en el cual el acusador y el acusado se enfrentan, a la manera del proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto. Tanto es así que las facultades que son otorgadas a uno y otro son paralelas o, si se quiere, las otorgadas a uno resultan ser reflejo de las concedidas al otro (...) En su conformación ideal este procedimiento construye la verdad procesal por enfrentamiento de los diversos intereses y puntos de vista acerca del suceso histórico que constituye su objeto, mediante un debate en el cual se produce ese enfrentamiento, cuya síntesis está representada por la decisión (sentencia) de un tribunal tan imparcial como sea posible" (el subrayado es suplido). Ídem, p. 579.

24 Artículo 180 del C.P.P.

25 Tal supresión obedeció a las propuestas que surgieron en uno de los grupos de estudio del proyecto de ley, donde intervinieron diferentes sectores de interés e involucrados con la materia penal; según consta en el expediente legislativo no. 12.526 (3/6).

I. Aspectos generales

Todas las personas físicas desde el momento de nacer, aun trescientos días antes de su nacimiento, son potenciales destinatarias de todas las normas que contempla un sistema jurídico determinado. Esto se conoce como capacidad jurídica y es inherente a las personas durante su existencia; así se aprecia en los artículos 31 y 36 del Código Civil.

Ya al llegar a la mayoría de edad, que en el sistema costarricense es a los dieciocho años, la persona adquiere la capacidad de actuar; es decir, la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma. La habilidad de actuar descansa sobre dos supuestos de hecho: la capacidad cognoscitiva y la capacidad volitiva.

Estas capacidades cognoscitivas y volitivas pueden verse afectadas en el curso de la vida de un ser humano, ya sea por razones mentales o físicas y, por ende, se afecta la capacidad de actuar; para estos casos el ordenamiento jurídico prevé la institución de la curatela.

Esta institución es la última que aparece regulada en el Código de Familia y no es propiamente de derecho de familia, sino que se ubica dentro del campo del Derecho Civil, puesto que está ligada a la capacidad de actuar de los sujetos de derecho. Sin embargo cuando se promulgó el Código de Familia se adoptó la curatela y así aparece regulado en la actualidad, aunque no existe una razón especial para que figure en este cuerpo de leyes; de ahí que sean los jueces de familia los competentes para conocer los procesos de interdicción y de curatela.

Como lo señala el artículo 230 del Código de Familia, estarán sujetos a curatela los mayores de edad que presenten una discapacidad intelectual, mental, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tengan intervalos de lucidez.

La curatela está prevista para la protección de la persona física, mayor de edad, que tenga una discapacidad física o mental, y para la tutela de sus intereses patrimoniales y personales mientras dure la incapacidad.

Ante esta situación se requiere declarar a la persona en estado de interdicción. Esta solicitud puede ser hecha por el cónyuge o los parientes que tendrán derecho a la sucesión intestada o bien por la Procuraduría General de la República. (Artículo 231 del Código de Familia y 847 inciso 2) del Código Procesal Civil). El hecho de que la Procuraduría General de la República pueda pedir la curatela, refleja el interés social de que no existan personas incapaces sin un representante legal.

Acorde con los artículos 230 y 240 del Código de Familia, la discapacidad que padece el sujeto podría ser permanente o transitoria. Es una curatela muy amplia la que prevé la ley: siempre que sea necesario atender la administración de alguno o algunos de los negocios de una persona, que por cualquier motivo se halle accidentalmente imposibilitada de hacer valer sus derechos por sí misma. Lo anterior quiere decir que en estos casos se le puede nombrar curador a una persona que no tenga afectadas sus capacidades cognoscitivas o volitivas. Distinto es el caso del curador permanente, porque en tal caso sí se obedece a una razón de incapacidad.

Para ello el Código Procesal Civil tiene regulado en los artículos 847 a 853 lo relativo al proceso de insania, con los requisitos que debe contener la solicitud de interdicción y el trámite que se ha de seguir, hasta llegar a declarar o no el estado de incapacidad, caso en el cual se designará al curador que corresponda conforme con el Código de Familia, y cesará la administración provisional.

Como requisitos para la solicitud de interdicción, además de indicar el nombre y las calidades del solicitante y de la persona cuya interdicción se pide, y de señalar el parentesco existente, siempre que la solicitud no la haga la Procuraduría General de la República, se deben indicar los hechos que motivan la solicitud y señalar los bienes del insano, si los hubiere, y se debe presentar un dictamen médico en el que se diagnostique la falta de capacidad cognoscitiva o volitiva. Recibido el escrito, el juez ordenará al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial que examine al presunto insano y emita un dictamen, el cual deberá contener los extremos que señala el artículo 848 del Código Procesal Civil: básicamente el carácter propio de la enfermedad, los cambios que puedan sobrevenir durante el curso de la enfermedad, su duración, la posible terminación o si por el contrario es incurable; también las consecuencias de la enfermedad en el comportamiento social y en la administración de los bienes del enfermo; además del tratamiento idóneo.

El dictamen médico es vital para llegar a declarar el estado de incapacidad de una persona y así lo han aceptado los tribunales desde vieja data al afirmar: En lo referente al estudio, análisis y determinación de enfermedades mentales, los médicos son los llamados a decir la última palabra, por más que los jueces puedan entender también de la materia médico legal y apreciar los casos... (Casación de 14:30 horas del 19 de mayo de 1942).

La prueba debe ser concluyente para llegar a determinar la discapacidad o disminución de las facultades mentales de una persona, y para ello se ha aceptado también la prueba testimonial, pues se ha dicho que: ...la demencia tiene manifestaciones

características capaces de revelar a cualquier persona la existencia del impedimento (Casación de las 15 horas del 18 de mayo de 1949).

El juez incluso puede entrevistar al presunto insano, ya sea en su propia oficina o en el lugar donde se encuentre, para así formarse su propia opinión acerca del estado de la persona cuya interdicción se pide. De la entrevista se levantará un acta, según está previsto en el artículo 849 del Código Procesal Civil.

De la resolución de apertura del proceso se notifica a la Procuraduría General de la República, cuando esta no fuere la promotora. Una vez seguido todo el procedimiento y contando con los dictámenes médicos respectivos, el juez resolverá si declara o no la incapacidad.

El término insania hace alusión a una persona mentalmente disminuida y significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española: Locura, privación del juicio. En el Diccionario jurídico del autor español Juan D. Ramírez Gronda, se define a los insanos de la siguiente manera:

O dementes, son, según nuestra ley, los individuos de uno u otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial. La declaración de insania, debe ser hecha por juez competente a solicitud de parte interesada y previo examen médico que califique la demencia. La cesación del estado de insania tiene lugar, previo examen médico y por resolución judicial.

Ante este estado de incapacidad se requiere, como ya se indicó, de acuerdo con el artículo 232 del Código de Familia, de la declaratoria judicial del estado de interdicción, una vez que se hayan probado los hechos que motivaron la solicitud, para así proveer al insano de quien lo represente, que en el sistema costarricense se denomina curador, y proteja sus intereses mientras dure su incapacidad. Entiéndase la interdicción como: El estado de la persona a quien se declara total o parcialmente incapaz para ejercer actos de la vida civil (también así lo define el autor Ramírez Gronda).

Esta figura jurídica se encuentra regulada tanto en el Código de Familia como en el Código Procesal Civil, en el capítulo que se refiere a actividad judicial no contenciosa. En principio, dentro de tales procesos, no existe contención, pero si se llegare a oponer alguien con derecho para hacerlo, las partes deberán discutir sus pretensiones en proceso abreviado (artículo 821 en relación con el 420, inciso 7) del Código Procesal Civil).

Aunque el Código Procesal Civil, al regular el proceso de insania en el artículo 847, parece dar a entender que una solicitud de interdicción solo se podrá hacer cuando a una persona se le diagnostique una falta de capacidad cognoscitiva o volitiva. El Código de Familia en el artículo 230 dispone que estarán sujetos a curatela los mayores de edad que presenten una discapacidad intelectual, mental, sensorial o física; siempre y cuando, en cualquiera de estos casos, la discapacidad les impida atender sus propios intereses.

La interdicción debe ser declarada judicialmente, para hacer derivar de ella todos los efectos que este estado conlleva, en vista de que la persona se encuentra física o mentalmente disminuida, y no está por lo tanto en condiciones de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma.

II. Efectos de la declaratoria judicial de interdicción

Entre los efectos que conlleva esta declaratoria, según el artículo 1 del Código Electoral, no podrán ser electores los declarados judicialmente en estado de interdicción, y para ello deberá estar inscrito el impedimento en el Registro Civil, pues la declaratoria de incapacidad, una vez hecha, se deberá comunicar a todos los registros públicos para su respectiva anotación, lo mismo que publicarse en el periódico oficial La Gaceta. El requisito de la publicidad es esencial para efecto de la nulidad de los actos.

Como condición indispensable para la validez de las obligaciones es imprescindible la capacidad por parte de quien se obliga; así lo establece el artículo 627 del Código Civil. La capacidad para obligarse se presume siempre, mientras no se prueben los hechos y circunstancias por las cuales niegue la ley esa capacidad; se dispone de esta manera en el artículo 628 del mismo cuerpo de leyes.

Para las obligaciones que nacen de contrato se requiere el consentimiento libre y claramente manifestado (artículos 1007 y 1008 del Código Civil), con conocimiento y voluntad, de manera que cuando faltan estas condiciones, ello puede dar lugar a la nulidad absoluta o relativa de un acto o contrato.

Si un sujeto incapaz mental no está declarado en estado de interdicción, los actos o contratos por él celebrados son relativamente nulos; pero si está declarado en estado de interdicción resultan absolutamente nulos. De manera que es muy importante la declaratoria de interdicción, pues a partir de la inscripción en los registros respectivos, los actos del interdicto son absolutamente nulos.

Sobre el particular, en la sentencia n°. 50 de las 9:30 horas del 31 de mayo de 1982 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se señaló que:

Por medio de la declaratoria de interdicción se reconoce que una persona mayor carece de capacidad para regirse por sí misma, y se le somete al régimen de curatela, de modo que la interdicción constituye una prueba de la incapacidad, pero sin que ello signifique que la incapacidad sólo puede tenerse por cierta cuando ha sido declarada por los Tribunales en un juicio de interdicción, pues también es posible demostrarla en el propio juicio que se plantee anular el correspondiente acto o contrato: lo que ocurre es que la nulidad es absoluta cuando existe declaratoria de interdicción y relativa en el caso contrario, de todo esto se desprende que no hace falta sentencia de interdicción para declarar la nulidad relativa de un acto o contrato, lo cual a su vez demuestra que de no hacerse ese pronunciamiento, no se infringe la regla del Código de Familia que dispone que la interdicción debe ser declarada en juicio y probados los hechos que la motivaron.

En el mismo sentido, en una resolución más antigua se indicó que:

Los actos o contratos del incapaz no declarado por sentencia inscrita en el Registro o que no se halle en un establecimiento público de locos, serán relativamente nulos y podrán rescindirse a solicitud del mismo incapaz cuando deje de serlo, o de la persona que legalmente lo represente (Casación 77 de 1954).

Así se ve que en los tribunales se presentan demandas que pretenden declarar la nulidad de algunos actos alegando que la persona se encontraba en estado de incapacidad mental cuando se celebró el acto. La jurisprudencia ha sido bastante clara y reiterada, en el tanto que para anular los actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante, se requiere de una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento del otorgamiento. Así se expresó en sentencia n°. 146 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2002 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

III. Administración de bienes. El curador

Generalmente, si no hay un patrimonio que administrar, a la persona no se le nombra curador, pues no se promueve la declaratoria de interdicción. En este caso, civilmente sería responsable la persona que lo tenga bajo su custodia, aunque no sea legalmente, puesto que el artículo 1045 del Código Civil dispone:

Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

El juzgado, mientras se dicta la resolución definitiva, puede nombrar un administrador interino de los bienes del incapaz, que los recibirá por inventario y cesará en sus funciones cuando se declare que no existe incapacidad o, cuando declarada esta, se le nombre curador al inhábil que administre sus bienes (artículos 840 del Código Procesal Civil y 233 del Código de Familia).

La función del curador no es solo administrar los bienes del inhábil, sino que es su obligación cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad mental o física (artículo 235 del Código de Familia). Se ha dicho que:

Al efecto la persona en quien recaiga el cargo no solo tendrá la responsabilidad de velar por los intereses patrimoniales del representado, sino también de su recuperación... (Resolución n°. 329 de 10 horas del 12 de mayo de 1005 [sic] del Tribunal Superior de Familia y Tutelar de Menores).

En el Código de Familia se contempla la posibilidad de que haya curadores legítimos y en tal situación están, según el artículo 236 del citado Código, el marido respecto de su mujer y esta de su marido, cuando no estén separados de hecho o de derecho. A falta de cónyuge, los hijos mayores de edad son curadores de su padre o de su madre, prefiriéndose que viva en compañía del incapaz y en igualdad de circunstancias, al más apto. El padre, y a falta de este la madre, son curadores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad capaces de desempeñar la curatela.

También se señala en el artículo 236 del Código de Familia que quien demanda la interdicción, será pospuesto a los que con igual derecho pudieran pretender la curatela. El Código Procesal Civil en el artículo 869 dispone que una vez declarada la interdicción, y para efecto del nombramiento de curador cuando el actor no fuere el cónyuge del inhábil, el juez convocará por medio de un edicto que se publicará una vez en el Boletín Judicial, a las personas a quienes corresponda la curatela, justamente conforme con el artículo 236 del Código de Familia. Lo anterior con el fin de que se presenten a encargarse de ella dentro del plazo de quince días contados desde la publicación.

Ahora, si hubiere pariente obligado a la curatela, se le llamará para que en el plazo de tres días se presente a su aceptación. Si no constare la existencia de ningún pariente obligado a la curatela, o si los que existieren tuvieren impedimento o excusa para servirla, transcurrido el período de quince días contados desde la publicación, el juez procederá a nombrar curador de su elección al inhábil.

La curatela no está regulada en forma completa en el Código de Familia ni en el Código Procesal Civil, caso que sí ocurre para la tutela; de ahí que el artículo 241 del Código de Familia señale que:

Lo dispuesto para la tutela se observará también respecto a la curatela en cuanto fuere aplicable..., y el artículo 870 del Código Procesal Civil en el párrafo primero dicta:

Las disposiciones contenidas en la sección anterior, referentes a la aceptación, al discernimiento de la tutela y a la remoción del tutor, serán aplicables a los casos de curatela, cuando proceda.

Con respecto a la fianza que deben rendir los curadores para garantizar la administración, habrá de remitirse a las normas que regulan la tutela en el Código de Familia, en el capítulo III del título V que abarcan del artículo 199 al 229, y a aquellas que regulan la tutela en el Código Procesal Civil, las cuales comprenden del artículo 854 al 866, en lo que sea aplicable. Los curadores están obligados a rendir una fianza que garantice la administración, siempre que la curatela no recaiga en el cónyuge, en el padre o en la madre, quienes no están obligados a dar fianza ni a rendir de la administración más cuenta que la final (artículos 237 del Código de Familia y 859 del Código Procesal Civil).

Los curadores también se verán en la obligación de rendir un informe anual de cuentas, con nota de los gastos hechos y sumas percibidas durante el año anterior, acompañado de todos los documentos que justifiquen los gastos efectuados, así como rendir una cuenta final de administración cuando termina la curatela.

El curador deberá también proceder a realizar un inventario de los bienes del interdicto dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo y, si por algún motivo se sustituyera al curador, quien lo sucediera deberá recibir los bienes de acuerdo con el inventario anterior y anotar cualquier diferencia que exista. Hasta que el curador reciba los bienes por inventario no podrá tomar parte alguna en la administración de dichos bienes.

Resumiendo todas estas obligaciones del curador se ha dicho:

Siendo un cargo que tiene que ver con administración de bienes, es menester tanto la garantía correspondiente, el inventario de bienes y los informes que establecen los numerales 186, 188, 192, 195, 202 y 206 ibídem, normas que resultan aplicables al tenor de lo dispuesto por el artículo 228 del mismo cuerpo de leyes (Resolución n°. 329 de las 10 horas del 12 de mayo de 1995 del Tribunal Superior de Familia y Tutelar de Menores) (los artículos citados en la actualidad corresponden a los numerales del Código de Familia 199, 201, 205, 208, 215 y 219, respectivamente).

Los cónyuges, ascendientes y descendientes están obligados a conservar la curatela por más de cinco años. Todo otro curador tiene derecho a ser renovado de la curatela al cumplirse dicho término (artículo 238 del Código de Familia).

La curatela finaliza cuando cesa la incapacidad, pero debe preceder declaratoria judicial que levante la interdicción, y se observarán las mismas formalidades que para establecerla (artículos 853 del Código Procesal Civil y 239 del Código de Familia).

IV. Normas aplicables a la interdicción y la curatela

Para la aplicación de las normas que rigen lo referente a la interdicción y la curatela en Costa Rica, dentro del contexto de las personas con discapacidad, se debe tener en cuenta que la Constitución Política, en el artículo 33 dispone que:

Toda persona es igual ante la ley e no [sic] podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Ese principio de igualdad está consagrado también en leyes especiales, como la Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

En este sentido, es importante destacar la percepción que se debe tener de este derecho y que ya la Sala Constitucional en el Voto n°.733-94 lo ha interpretado en el entendido de que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones son desiguales. Esto está acorde con las nuevas corrientes que hablan de la igualdad real o material, la cual plantea que lo importante son las condiciones particulares de cada grupo o categoría de personas conformadoras de la sociedad y que han de ser consideradas a la hora de establecer las medidas y políticas que propugnan por nivelar las diferencias siempre presentes, a fin de lograr la integración de todos los miembros del grupo social.

Asimismo, a nivel internacional se cuenta con un marco jurídico muy vasto, instrumentos que tienden a proteger los derechos de las personas con discapacidad, y se basan en los principios de igualdad y no discriminación. Entre ellos, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante la cual los estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

A la vez es de destacar la Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana, y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y las Normas Uniformes para la igualdad de Oportunidades de las personas con Discapacidad, aprobadas en la 85 Sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993 de la Organización de Naciones Unidas.

En cuanto a estas regulaciones uniformes se ha de resaltar lo que se considera fundamental; con el fin de lograr la igualdad de participación se requiere de una toma de conciencia por parte de las personas con discapacidad acerca de sus derechos, sus necesidades y sus posibilidades, para lo cual los estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer que la sociedad tome mayor conciencia, que se distribuya información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para las personas con discapacidad, sus familias y el público en general. Además, apoyar campañas informativas para difundir el mensaje de que las personas con discapacidad son ciudadanos con los mismos derechos y las mismas obligaciones que los demás, y alentar a los medios de comunicación para que presenten una imagen positiva de las personas con discapacidad, y

el cuidado de los estados porque los programas de educación pública reflejen en todos sus aspectos el principio de plena participación e igualdad. Todo lo anterior con la finalidad de encontrar una solución adecuada a la problemática que se presenta en relación con las personas que sufren de algún tipo de discapacidad, ya sea que se haya declarado judicialmente o no, básicamente en cuanto al entorno en que se desenvuelven.

LOS PRINCIPIOS ESPECIALES DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Lic. Diego F. Benavides Santos

...Mi obra científica se asienta sobre tres ideas capitales, que contemplan la realidad¹, la instrumentalidad² y la unidad³ del Derecho...

FRANCESCO CARNELUTTI

Todo sistema jurídico debe ser diseñado a partir de ciertas directrices que le den coherencia y plenitud. A veces esas directrices se manejan inconscientemente y, a veces, son expresas. El derecho procesal de familia como tal, a efecto de lograr su perfección, ha de intuir cuáles son los ingredientes necesarios para llevar a cabo adecuadamente su propósito, cual es la solución y decisión de problemas o conflictos suscitados en el seno de la familia.

Existen principios procesales comunes en las diferentes materias y jurisdicciones, debido a que el derecho procesal es una concreción del derecho constitucional⁴. Otros principios derivan del modelo de proceso que se escoja; no obstante, no se puede soslayar que unos factores son más favorables que otros para un problema o materia determinada.

Principios como el de defensa deberán estar contenidos en todos los sistemas procesales⁵. Naturalmente, el proceso familiar no puede ser la excepción, y se pone especial énfasis en lo relativo al acceso a la justicia. Por otra parte, decidir por la oralidad o la escritura⁶, o bien, por el dispositivo o inquisitivo, dependerá de la perspectiva que se tenga de lo que resulte más conveniente según el tipo de problema por resolver, e incluso, de los recursos que se puedan invertir. Para el proceso familiar se considera muy importante optar por la oralidad, con todos sus corolarios; y en cuanto al dispositivo o inquisitivo, el quid del asunto pareciera centrarse en la posibilidad de un ente que vele por los intereses sociales, públicos, por las partes sin poder, o por los intereses sin parte, y ese ente debe tener una presencia relevante en cada caso. Sin embargo, todos estos planteamientos son comunes a todas las materias procesales.

Ahora, entonces, es interesante plantearse si existen líneas especiales⁷ que den personalidad a un proceso de familia⁸ y den coherencia a un sistema moderno de resolución judicial de conflictos y problemas familiares. Luego de la reflexión que se ha tratado de propiciar en Costa Rica con artículos publicados, o con exposiciones, tales como: El Recurso de Casación y el Sistema de Derecho Procesal de Familia⁹, Los Procesos Familiares¹⁰, La Tercera Instancia en los Juicios de Familia¹¹, Actualización normativa en Derecho de Familia y de Menores¹², La Convención sobre Derechos del Niño¹³, Modernización del Proceso Civil. ¿Cambio de paradigma?¹⁴, Los Gananciales en la Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte¹⁵, Presente y Futuro de los Juicios de Familia¹⁶, Juicios de Familia regulados en un Código Procesal General?...Sí, pero¹⁷, y Acercamiento a un Sistema de Derecho Procesal de Familia dentro del esquema del Código Procesal General¹⁸; y en especial después del proceso de redacción de algunos esquemas de normas procesales de familia¹⁹ con la doctora Ana María Picado Brenes y la licenciada María Ester Brenes Villalobos, juezas de familia de Costa Rica, se concluyó que las líneas especiales para el proceso de familia²⁰, que han de servir²¹ para informar, aplicar²², interpretar²³ o integrar el ordenamiento procesal familiar, deben ser al menos las siguientes:

*Principio de preferencia de la desjudicialización: parte de la premisa de que la judicialización del conflicto lo radicaliza y polariza. De esta manera se entenderá como preferible la existencia de espacios no judiciales para el tratamiento del problema, como los administrativos o los profesionales; por ejemplo el caso del Patronato Nacional de la Infancia (procesos de protección de niñez y adolescencia), del Registro Civil (proceso administrativo de paternidad responsable), o de salidas del país de personas menores de edad (Migración y Extranjería). No obstante, dado que en la cultura actual se acude comúnmente a los tribunales, debe idearse una puerta giratoria, como trámite no contencioso de conciliación y tratamiento profesional, para lo cual los diferentes juzgados han de tener un directorio de servicios elaborado por entes como el Patronato Nacional de la Infancia, el Sistema de Niñez y Adolescencia, el Instituto Nacional de las Mujeres, etc.

*Principio de preferencia de la descontentación²⁴: ya en la vía judicial se propone que el trámite contencioso se realice como la última opción, cuando no sea la única o la óptima. Incluso en el contencioso se apunta a un debate moderado y constructivo que tienda a actuaciones responsables, y no a buscar vencedores ni vencidos²⁵. De esta manera, se establecen deberes muy concretos a las partes y los abogados, y se abriga la posibilidad de que el juez remita a conciliaciones previas o intervenciones profesionales previas.

* Principio del abordaje integral: el abordaje disgregado del conflicto se perfila como uno de los grandes talones de Aquiles del actual sistema judicial de familia²⁶. Es posible plantear un sinnúmero de juicios para hacerle la vida imposible al otro, y para guerrear²⁷. Se propone un juez único y con competencia ampliada²⁸ para todo el conflicto, tanto para la decisión jurisdiccional como para la conciliación. Asimismo, no debe dejarse de lado que, a veces, el esquema estrictamente legal no permite enfocar adecuadamente el verdadero conflicto, por lo que deben darse amplias potestades al juez para señalarlo y resolverlo.

*Principio de solución efectiva: este principio ha sido propuesto acertadamente en Costa Rica por el proceso penal²⁹; y dónde más importante que dentro del núcleo básico de la sociedad. ¿Para qué un litigio si el problema no se resuelve efectivamente?

*Principio de la búsqueda de la equidad y equilibrio familiar: al principio de unidad familiar, que propuso el código sustantivo de Costa Rica de los años setenta, debe dársele una lectura procesal acorde con el tiempo actual, y para el futuro. Es evidente

que la unión familiar no puede mantenerse por la fuerza, ni a base de obligaciones legales; del mismo modo, la manifestación de violencia dentro del núcleo deja en entredicho la funcionalidad del mismo. Por ende, la estrechez de los lazos debe lograrse no con una atadura artificial como fundamento, sino partiendo de la misma legitimación de cada uno de los miembros, que cumplirán sus obligaciones con equidad y respetándose a su espacio vital, tanto en la unión como en la desunión.

*Principio del abordaje interdisciplinario³⁰: la literatura moderna respecto del ius familiae señala que el abordaje legal es insuficiente, y que en el derecho de familia no solo es importante saber de leyes, se deberá saber también cómo enfrentar el conflicto familiar, para lo cual ha de contarse con el auxilio de equipos interdisciplinarios. En este tema debe definirse el papel de estos equipos, cuya labor trasciende, en algunas leyes, el papel de mero perito.

*Principio de la protección integral: la familia, como grupo primario de socialización, cumple una función estratégica en la sociedad; pero su tutela no se puede lograr a base de obligaciones legales. La doctrina de la protección integral, contenida en la literatura de niñez y adolescencia, ha de extenderse a los temas de familia, de ese modo se hará efectivo el mandato constitucional³¹.

*Principio de la protección y participación especial: existen personas a las cuales la legislación familiar y la de sectores especiales da un tratamiento singular, tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y discapacitados. Ese tratamiento especial debe reflejarse en las aplicaciones procesales. En cuanto a las personas menores de edad, el tema de su opinión³² y su capacidad para ser parte, ha de ser adecuadamente dimensionado conforme a la Convención sobre derechos del niño³³.

*Principio de tutela de la realidad: en esta materia comúnmente, luego de cierto tiempo se observa que las sentencias firmes se alejan de la realidad, sea porque nunca se ejecutaron o porque las mismas partes las adecuaron espontáneamente a nuevas circunstancias. Si esas adecuaciones merecen ser legitimadas, así se considerará y hará. La ejecución de sentencias muy viejas debe pasar por el tamiz del principio de realidad³⁴.

*Principio de responsabilidad procesal³⁵: en el escenario del conflicto familiar han de desalentarse actitudes egoístas e irresponsables, y así se encuadrará el litigio cuando sea obligatorio. Dentro de esta perspectiva, si se da abuso o fraude, deben existir las herramientas para revertir la situación y castigarla, caso del fraude con sociedades.

*Principio de preclusión³⁶ relativa y flexible³⁷: la normativa procesal y de fondo tiene muchos ejemplos de este principio, que consiste en la posibilidad de revisar y modificar lo resuelto, aunque se trate de sentencias firmes³⁸. Naturalmente, el principio como tal tiene sus excepciones.

*Principio de especialización: se enfatiza la especialidad a todos los actores, a los espacios físicos y, en general, al diseño de los servicios. En fin, debe reflejarse en los medios y el resultado, que el servicio público³⁹ de administración de justicia familiar está especialmente diseñado y dispuesto para sus propósitos.

*Principio de privacidad: la doctrina y los instrumentos internacionales señalan la privacidad de las actuaciones como lo adecuado para la materia. De esta manera, las audiencias y las actuaciones serán confidenciales. Igualmente, deben serlo las publicaciones de jurisprudencia, con omisión de nombres y datos que permitan identificar a los involucrados.

*Principio de inestimabilidad: aun dentro de las pretensiones patrimoniales de familia, el tema de una cuantía o una trascendencia económica está lejos de ser un pivote en la materia. La división de competencia en la materia no considera el tema de la estimación; tampoco es la regla que una estimación sea el límite de las pretensiones pecuniarias de carácter familiar de las partes, puesto que generalmente esas pretensiones están relacionadas con el valor de un bien⁴⁰.

Con esta sencilla exposición, se espera haber logrado recapitular sobre la filosofía del proceso familiar como una herramienta para innovaciones legales o para las aplicaciones de la normativa procesal familiar, ya que este tema acerca de los principios especiales es fundamental.

El diseño de innovaciones legales en este campo indica que cada norma se sustentará en alguno de estos principios, o en la combinación de ellos. Deben encontrarse en la regulación como el alcohol se encuentra en el vino. De todas maneras, estos principios especiales han de servir para la aplicación o interpretación sistemática de las normas procesales del derecho familiar.

De esta forma, el intérprete u operador del derecho, más que fijarse en el metal que un día fuere volcado en el crisol para conformar la estatua, seguirá la inspiración del artista para su labor de filosofía y política de la ley.

Con estos principios se propugna por la instrumentalidad y la unidad para conseguir, en la dimensión de la realidad, un mejor sistema de resolución de conflictos o problemas familiares.

¹ Esta frase de motivación se encuentra en el prólogo del libro Sistema de derecho procesal civil. En cuanto a la realidad, el autor comenta: Es indispensable por ello borrar de la mente de los jóvenes la idea de que el Derecho sea algo encerrado en las fórmulas misteriosas de los Códigos y que ni se ve ni se toca.

² En el prólogo, también enfatiza el carácter instrumental del derecho: El Derecho no es un fin sino un medio, y hasta me atrevo a decir que ni siquiera la justicia es un fin...

3 Y sobre la unidad del derecho, Carnelutti explica: Cierto que existen grandes diferencias entre el contrato y la sentencia, entre el juez y el árbitro, entre proceso civil y proceso penal, entre la fase procesal de conocimiento y la de ejecución, entre la expropiación singular y la quiebra; pero también el corazón y el cerebro son dos órganos, y ello no impide que sean dos partes de esa maravillosa unidad que es el cuerpo humano. Quien no tenga en cuenta la unidad resultante de la coordinación de los diversos medios para el fin único, no podrá penetrar en el secreto de la vida ni el Derecho...

4 Ver sobre el particular: Couture, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil, tomo I. La Constitución y el proceso civil, Depalma, 1989, p. 1 y ss.: Este estudio se propone mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución...

5 Inmejorable desarrollo se encuentra en el voto de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

6 Consúltese el clásico: Chiovenda, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989, tomo II, p. 143 y ss., o bien: Cappeletti, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil, EJE, Buenos Aires, 1972; y más recientemente y de Costa Rica: XVII Jornadas iberoamericanas de derecho procesal, relatorías y ponencias, San José, octubre 2000, tomo I, tema II; López González, Jorge Alberto. Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil, San José, 2001; y Arguedas, Olman. Teoría general del proceso, Juritexto, San José, pp. 143 y ss.

7 Se reflexiona con Carnelutti lo siguiente sobre los principios: ...no son algo que exista fuera del Derecho escrito, sino dentro del mismo, ya que se extraen de las normas constituidas. Están dentro del Derecho escrito, como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu o la esencia de la ley. Por ello son principios del derecho positivo y no del derecho natural o de Derecho histórico. La historia o la filosofía no son aquello de que se extraen, sino, eventualmente, aquello con que se extraen los principios generales, de las normas constituidas, es decir, medios para la interpretación de éstas. Semejan a los reactivos adoptados para poder extraer mejor la esencia... (Carnelutti, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, Uthea, Buenos Aires, 1944, tomo I, p. 132).

8 Una perspectiva sobre principios que se deben presentar en el proceso de familia, puede consultarse en el texto de González Solera, Marcela, La tercera instancia rogada en los procesos familiares, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, octubre de 2001, pp. 158 y 159. En su tesis, la licenciada González propone como principios básicos del proceso de familia la oralidad e intermediación, y como principios muy importantes los siguientes: concentración, celeridad procesal, gratuidad y preclusión suficientemente flexibilizada. También pueden verse las conclusiones del VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, realizado en San Salvador; sobre los principios que deben prevalecer en los procesos de familia, se indica:

...4. Principios que deben predominar en el proceso ante los tribunales de familia.

a. El llamado procedimiento familiar exige el cumplimiento efectivo del principio de intermediación y de la intervención dinámica y comprometida del juez.

b. El procedimiento debe desarrollarse a través de audiencias orales, generalmente privadas.

c. El procedimiento familiar repudia el exceso de rigor ritual manifiesto; debe tenderse a una mayor flexibilización de las formas, sin violar el derecho de defensa en juicio.

d. El principio de economía procesal exige la mayor concentración posible de los actos, tendiendo de este modo a la pronta solución de los litigios.

e. El principio de preclusión requiere ser suficientemente flexibilizado. Consecuentemente, las normas sobre admisión de hechos nuevos y de nueva prueba deben interpretarse en forma amplia, en búsqueda de la verdad real y respetando el principio de contradicción.

f. Algunos procesos familiares requieren que se escuche a ciertos sujetos, aunque no tengan carácter de parte en sentido estricto. Es conveniente que las leyes aseguren el derecho de defensa de los implicados, en especial los menores.

g. El Ministerio Público intervendrá en los procesos familiares en los casos en que se necesite defender el interés público con el fin de vigilar el cumplimiento de la ley, la buena administración de justicia y la real protección de los menores y demás incapaces.

h. El Estado debe arbitrar los medios para que las carencias económicas no sean un impedimento al real acceso a la justicia...

9 Revista Ivstítia número 114-115, San José, junio-julio 1996.

10 Revista Ivstítia número 126-127, San José, junio-julio 1997.

11 Revista Ivstítia número 133-134, San José.

12 Revista Ivstítia número 145-146, San José, enero-febrero de 1999.

13 Revista Ivstítia número 161, San José, mayo de 2000.

14 Publicado por CONAMAJ- Corte en 1999, edición titulada Modernización del proceso civil.

15 Revista Ivstítia, número 164-165, San José, agosto-setiembre de 2000.

16 Revista Ivstítia, número 177-178, octubre de 2001.

17 Presentado en un curso libre en la Universidad de Costa Rica. Texto inédito.

18 Tema presentado en el Salón de Expresidentes de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Texto inédito.

19 Propuesta de la Asociación de Juezas y Jueces de Familia de Costa Rica, reformulación de la parte especial de jurisdicción familiar en el Proyecto de Código procesal general y de otros temas conexos, abril 2002, inédito.

20 Aun dentro de una idea de generalización de los procesos –movimiento que ha tomado fuerza en Costa Rica– es importante encontrar esas líneas que acentúen la especialización. Al respecto, uno de los ponentes de ese movimiento ha considerado que: ...Por todas esas razones debe promoverse un sistema encargado de tutelar particularidades de cada una de las jurisdicciones especializadas. Esto significa, en el plano procesal, una cierta técnica jurídica bastante refinada. Porque la construcción del corazón del sistema debe ser obra de una mentalidad ordenadora y con

visión filosófica del sistema. Pero la construcción de cada una de las especialidades debe ser obra también de una especial mentalidad derivada del conocimiento en cada rama procesal específica... (Zeledón Zeledón, Ricardo, Salvemos la justicia, Guayacán, San José, 1998, p. 183).

21 Pla Rodríguez, citando a De Castro, explica las funciones que deben cumplir los principios de derecho: Según De Castro, los principios de derecho cumplen una triple misión: a) informadora: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico. b) normativa: actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de ley. Son medios de integrar el derecho. c) interpretadora: operan como criterio orientador del juez o del intérprete... (Pla Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 11).

22 Ver cómo el artículo 2 del Código de Familia de Costa Rica incluye el supuesto de los principios para aplicar el derecho de fondo.

23 Couture, magistralmente expone su punto de vista sobre la interpretación de normas procesales, cuando recurre a la ficción de un aula imaginaria en la cual los alumnos expresan sus inquietudes y puntos de vista: ...El aula imaginaria tendrá que concluir en algún momento. Por lo menos, para que ella tenga cierta significación constructiva, será menester que las ideas vertidas reciban una cierta coordinación antes de extraer de ellas su verdadero significado. Es prudente, pues, antes de pasar adelante, reunir en algunas proposiciones fundamentales, el material que sirve de punto de partida en este terreno. En primer término, corresponde dar por admitido que interpretar la ley no es interpretar el derecho. La ley es al derecho como la parte al todo; y lo que rige la conducta humana es el todo y no la parte. En segundo término, cabe reconocer que la exégesis, es decir la determinación de las palabras y conceptos de la ley, no puede agotar la tarea interpretativa. Con una metáfora feliz, se ha dicho que no se conoce la estatua examinando el metal que un día fuera volcado en el crisol. En tercer término, cabe reconocer que la enseñanza de Savigny mantiene en esta materia su actualidad. Sus cuatro métodos ya referidos, no agotan por sí solos la obra interpretativa; pero reunidos la cumplen en buena parte. Si algo habría que agregar a esa unión de gramática, lógica, historia y sistema, es la idea de actualidad en la vigencia del derecho. El fenómeno de interpretación no tiende a desentrañar el pensar del legislador, sino la medida de eficacia actual de la norma. El derecho proroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro. La norma nace un día, para una sociedad determinada y para un tiempo histórico determinado, pero extiende su ámbito temporal de validez a todo tiempo posterior, hasta el día de derogación. El tiempo de la ley, y su sentido, no solo son tiempo y el sentido de su sanción, sino también el tiempo y el sentido de su vigencia. Y por último. Es exacto que en cada actitud interpretativa existe un presupuesto, o, como se ha dicho, un sustrato filosófico. Interpretar es, aún inconscientemente, tomar partido en una concepción del derecho, que es como decir del mundo y de la vida. Interpretar es dar vida, hacer viviente, una norma. Esta es una simple proposición hipotética de una conducta futura. Como tal, es un objeto ideal, invisible (ya que el texto escrito es la representación de la norma, pero no es la norma misma), y susceptible de ser captado por el razonamiento y por la intuición. Pero el razonamiento y la intuición pertenecen a un hombre determinado y, por tal causa, están cargados de subjetividad. Todo intérprete es, aunque no lo quiera, un filósofo y un político de la ley... (Couture, Eduardo. Interpretación de las leyes procesales, en: Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo III, Depalma, Buenos Aires.

24 La nota de presentación del entonces Proyecto de ley procesal de familia de El Salvador (ya es ley), en su momento consideró que: ...La reforma del sistema de justicia de familia, plantea la necesidad de crear una nueva cultura para el abogado y los operadores de la ley; lo que dará como fruto un cambio en la familia y en la sociedad. Debemos vestirnos de una nueva mentalidad para solucionar los problemas; tratar de buscar soluciones por vías de arreglos pacíficos, en donde no existan vendedores ni vencidos; debemos desterrar de nuestra cultura jurídica todas las ideas belicistas, de lucha, de confrontación; para asumir un rol de pacificadores, conciliadores; y creer que el buen abogado no es el que gana los pleitos, sino el que no tiene necesidad de ir a los procesos, porque promueve la transacción y los arreglos; no propone ni fomenta la renuncia de los derechos, sino que acerca a los miembros de la familia, para que ellos reconozcan los derechos de cada uno y encuentren solución a sus conflictos. Debe hacerse ver a las partes que otra de las razones por las cuales debe de evitarse procesos de familia, es por los costos del juicio, no solo desde el punto de vista económico, sino también por el desgaste de energías síquicas, mentales espirituales, morales y de salud que perjudica a los miembros de una familia... (Proyecto de ley procesal de familia, publicación del Ministerio de Justicia, San Salvador, febrero de 1994, pp. xiii y xiv).

25 Kemelmajer ha señalado que: No afirmo que toda cuestión familiar deba ser resuelta como un caso de jurisdicción voluntaria, pero verifico que en la mayoría de los supuestos, no se trata de resolver el litigio dando la razón a una parte y declarando culpable al otro; el objetivo del juicio no es fijar quién es el ganador o perdedor de la contienda; por el contrario, la labor judicial debe intentar eliminar el conflicto por una actividad preventiva y dinámica del interés protegido por la ley, ayudando a la familia a encontrar un nuevo orden en la estructura familiar... (Kemelmajer de Carlucci, Aida. El proceso familiar y sus características, en: Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, El Salvador, p. 422).

26 Véase sobre este tópico un tenaz análisis en: Brenes Villalobos, María Ester; Campos Calvo, Yerma. Algunas reflexiones sobre el papel de la administración de justicia frente al conflicto familiar, proyecto de investigación, Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, febrero de 2002. También es importante tener a la mano la recomendación del VII Congreso Mundial de Derecho de Familia respecto de la competencia: ...6. Competencia: a. Los sistemas procesales deben evitar una distribución compleja de competencia, que en los hechos produzca dificultades en la distribución de las causas. Debe propiciarse una competencia amplia de los juzgados de familia...

27 El problema pareciera que no solo se presenta en la realidad costarricense. Zannoni comenta al respecto que: Los protagonistas del conflicto son emplazados en carácter de partes de una determinada controversia, que el marco del proceso judicial establece los límites de la litis, exigiendo del juez pronunciamiento de acuerdo a derecho. ¿Responde este planteo al logos de lo razonable, a la naturaleza de las cosas? El drama comenzó antes, cuando ambos esposos recurrieron al abogado. Cada cual tratará de llegar antes y de sorprender al otro, utilizará los mecanismos del proceso tanto para petitioner, como para sustraerse de las cargas que él impone. Mortificará, devolviendo golpe por golpe, y en escala simétrica, tratará, con la complicidad del aparato judicial, de dejar inerte y abrumado al contrario. El juego de características perversas, integrará a los mayores y a los niños, las emociones, los afectos y los odios. La meta final, destruirse, de cualquier modo, con la razón legal si ésta se da, o sin ella, o aún en contra de ella... [sic] (Zannoni, Eduardo. Contienda y divorcio, en: Revista de Derecho de Familia, no. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 9).

28 Aida Kemelmajer, en su trabajo ya citado, expuso: ...El principio de economía procesal se verá favorecido si estos tribunales de familia tienen una competencia amplia, que abarque en principio, toda cuestión personal o económica, relacionada con la familia. Podría comprender, entre otras, las siguientes materias: divorcio, nulidad de matrimonio, disolución de sociedad conyugal, filiación, impugnación de paternidad, contestación de estado, suspensión y pérdida de patria potestad; alimentos, tenencia, visitas, adopción; tutela, emancipación, curatela, declaración de incapacidad o inhabilitación; venia judicial supletoria para contraer matrimonio, juicio de disenso, oposiciones para celebrar matrimonio, inscripción de nacimientos, autorización para disponer, gravar y adquirir bienes de incapaces, cambio de nombre, internación de enfermos mentales, inhabilitaciones, insanas, fijación de domicilio conyugal, acciones de daños y perjuicios derivadas de las relaciones familiares, regulación de la situación jurídica del mobiliario y de la vivienda familiar, cuestiones derivadas de uniones de hecho, etc. Fundo esta posición en la propia experiencia europea; en general, sus comentaristas afirman que los serios problemas de la justicia se ven agravados por la 'atomización' de las competencias... (Kemelmajer de Carlucci, Aida. El proceso familiar y sus características, en: Memoria del VII Congreso mundial sobre derecho de familia, El Salvador, p. 431-432).

29 Ver artículo 7 del Código procesal penal de Costa Rica: Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

30 Consultar: Von Koller Fournier, Valeska. Interdisciplinarietà en el proceso de familia: consecuencias del divorcio en el menor y la tutela de su interés superior dentro del proceso de divorcio, tesis para optar al título de licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, octubre de 1998.

31 Artículo 51 de la Constitución Política.

32 Consúltese sobre este tópico: Kemelmajer de Carlucci, Aida. El derecho constitucional del menor a ser oído, en: Derecho privado en la reforma constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 157.

33 Sobre este tema puede acudir a la exposición de motivos del Código de la niñez y la adolescencia, publicada en La Gaceta no. 41 del jueves 27 de febrero de 1997.

34 El principio es inducido a partir de las reflexiones de la doctora Ana María Picado Brenes.

35 Se podría entender, válidamente, que se trata del correlativo procesal de la directriz de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia, que consagró el numeral 2 de la Ley de pensiones alimentarias.

36 En otra perspectiva, en el VII Congreso mundial de derecho de familia, se hace una conclusión que eventualmente podría ser integrada a esta idea: ...e. El principio de preclusión requiere ser suficientemente flexibilizado. Consecuentemente, las normas sobre admisión de hechos nuevos y de nueva prueba deben interpretarse en forma amplia, en búsqueda de la verdad real y respetando el principio de contradicción...

37 Kemelmajer concluye en una de sus ponencias: Algunas sentencias recaídas en los procesos familiares (alimentos, régimen de visitas, etc.) no tienen la estabilidad propia de la cosa juzgada material tradicional. Sus efectos subsisten, en tanto y en cuanto, la situación que la motivó no haya cambiado... (Kemelmajer de Carlucci, Aida. El proceso familiar y sus características, en: Memoria del VII Congreso mundial de derecho de familia, El Salvador, p. 449).

38 Ver por ejemplo en la normativa de Costa Rica, los artículos 152, 163, 174 del Código de familia, 162 del Código procesal civil, 8 y 58 de la Ley de pensiones alimentarias.

39 Sobre el enfoque de la administración de justicia como servicio público de calidad, atiéndase: Mora Mora, Lus Paulino. Historia del Poder Judicial en la segunda mitad del siglo XX y sus retos futuros. EUNED, 2001, pp. 79 a 84.

40 Sobre un desarrollo con perspectiva de un principio de extrapatrimonialidad en el proceso de familia, acúdase a: Bertoldi de Foucarde, María V.; Ferreyra de la Rúa, Angelina. Régimen procesal del fuero de familia. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 10: La competencia de los tribunales de familia debe ser esencialmente extrapatrimonial. Sin embargo, excepcionalmente, podrá tenerla en lo patrimonial cuando este aspecto no pueda escindirse de la relación familiar... Ya hemos anticipado la necesidad de distinguir, a los fines judiciales, el tratamiento entre lo personal y lo económico. Este principio rector obedece a la función primordial de estos tribunales que deben concentrar toda su atención exclusivamente en el conflicto familiar... Estas autoras llaman a esta situación, conjuntamente con la exclusividad y la especialización, caracteres. En cuanto a principios, le llaman así a los siguientes: intermediación, conciliación, impulso procesal de oficio, economía procesal, verdad jurídica objetiva, reserva, adquisición y preclusión.

ACERCA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA DESDE EL ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO AL ESTUDIO COMPARATIVO AFRIACANO-COSTARRICENSE

Lic. Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal*

1. Breve introducción

... la forma como se ha abordado la igualdad de los sexos ante la ley, no cuestiona el hecho de que los derechos humanos fueron contruidos a partir de las necesidades de los hombres y que ése sólo hecho ya es discriminatorio para las mujeres. [...].

ALDA FACIO

...to understand and to combat woman's oppression it is no longer sufficient to demand woman's political and economic emancipation alone; it is also necessary to question those psychosexual relations in the domestic and private spheres within which women's lives unfold, and through which gender identity is reproduced. To explicate woman's oppression it is necessary to uncover the power of those symbols, myths and fantasies that entrap both sexes in the unquestioned world of gender roles.

SEYLA BENHABIB

En el transcurso de los últimos años se han aprobado en la mayoría de los estados africanos, así como en Costa Rica, diversas leyes y tratados internacionales, en particular aquellos que versan sobre los derechos humanos de las mujeres¹. En ellos se tratan temas tales como la violencia, el acoso sexual, la discriminación dentro de la política, discriminación en el lugar de trabajo, etc. La aprobación de estas leyes ha representado un gran avance en la condición legal de las mujeres y sus derechos humanos; sin embargo, la situación actual dista mucho de ser la mejor en relación con el pleno respeto y el cumplimiento de aquellos por varias razones. En primer lugar, muchas de estas leyes son de género masculino (male gendered) y reproductoras de los roles de género a su vez (gendering)²; en segundo lugar, en muchos casos estas leyes son respuestas parciales a problemas muy complejos, lo que de una u otra forma afecta los fines –cuando menos los explícitos– de las leyes; y, en tercer lugar, vivimos en la mayor parte, tanto en África como en Costa Rica, en sociedades patriarcales y falocéntricas³. Por esta razón cualquier análisis sobre la discriminación de género y la violencia contra las mujeres que se limite a una perspectiva positivista resulta, en sí mismo, muy limitado en su alcance y su capacidad crítica. Sin embargo, la intención del artículo se limita a poner de manifiesto la importancia de las leyes y analizar algunos de los problemas relacionados con la discriminación y la violencia de género en los sistemas jurídicos desde una metodología feminista, tal y como es expuesta por Alda Facio⁴. Lo único que se pretende es contribuir, de una forma muy modesta, al diálogo colectivo en el cual las mujeres, como otras concretas⁵ con todas sus diferencias, contradicciones, pluralidades y complejidades tienen la palabra.

El objetivo central de este trabajo es efectuar un análisis general, de tipo comparativo, de algunos de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos de las mujeres, desde el momento en que muchos de estos instrumentos son compartidos por la mayoría de los países africanos y Costa Rica, subrayando las diferencias y similitudes con respecto al tema de la violencia doméstica. No obstante, se tiene la impresión de que, más allá de las evidentes divergencias, existen otros elementos en común. De esta forma se proponen las precondiciones que permitirían ingresar a un diálogo entre diferentes culturas y formas de entender el pensamiento feminista en el sur (también en el norte) que servirá de puente para superar las diferentes y particulares asimetrías y formas de violencia experimentadas por las mujeres alrededor del planeta, y crear así una compleja y plural red feminista que permita alcanzar la emancipación de las mujeres por medio de un fecundo e inacabado diálogo intercultural y de género⁶. Al final, la liberación de las mujeres es también la de los hombres, de la naturaleza y de todos aquellos y aquellas que sufren en la cotidianidad el peso de una sociedad global desgarrada por todo tipo de asimetrías.

2. Algunas notas sobre los conceptos de sistema legal, familia y violencia doméstica

La forma tradicional positivista de aproximarse al estudio de la condición legal de las mujeres es el análisis formal de los textos legales, tanto en el ámbito nacional como internacional, donde se llega en muchos casos a la ingenua conclusión (lo que se denomina como el punto de vista idealista) de que las mujeres tienen iguales derechos que los hombres porque no existen normas discriminatorias en el sistema legal, al menos de una manera formal y explícita⁷.

Tanto en los países africanos como en Costa Rica existen normas jurídicas que garantizan iguales derechos (cuando menos de una manera formal) para las mujeres y los hombres. Pero cuando se analizan estos sistemas jurídicos desde una perspectiva generalizada, tomando en consideración sus dimensiones normativas, estructurales y culturales, los resultados son muy diferentes. De acuerdo con la metodología feminista desarrollada por Alda Facio⁸, cualquier análisis de género del sistema jurídico que pretenda ir más allá de la norma escrita, debe tomar en cuenta sus tres elementos básicos (normativo, estructural y cultural), a fin de identificar los sexismos presentes en cada una de esas dimensiones. De acuerdo con esta distinción se encuentra que la discriminación y la violencia basadas en motivos de género no solo se expresan a través de normas (no solamente de tipo legal o consuetudinario, de tipo: moral, religioso, económico, cultural, etc.) de una manera

explícita, sino de forma implícita a través del silencio y la invisibilización, por ejemplo. La dimensión normativa engloba las normas escritas y no escritas; la dimensión estructural, por su parte, se refiere a los procedimientos e instituciones encargadas de aplicar las normas; por último, la dimensión cultural comprende las costumbres y el sentido común de la sociedad sobre la ley⁹, lo que puede definirse como la cultura legal externa que, de acuerdo con el profesor Toharia, puede definirse como:

...el conjunto de actitudes y opiniones respecto del mundo de lo jurídico prevalecientes en una sociedad dada en un momento determinado, tanto entre el público, en general (y esta sería la “cultura legal externa”, en terminología de Friedman) como entre los propios operadores jurídicos (“cultura legal interna”). Es decir, sencillamente, con la opinión pública respecto del Derecho¹⁰.

2.1. Definición de familia

La familia, como cualquier otra institución social, tiene una dimensión histórica y, como tal, cambia a través del tiempo y del espacio. Por esa razón no resulta fácil alcanzar una definición unitaria y homogénea. Sin embargo, para los fines analíticos de este trabajo se empleará una definición amplia de familia que tome en consideración las múltiples, complejas y diferentes formas que presentan –en plural– las familias¹¹, dejando espacio para la pluralidad y la diferencia acerca de lo que constituye una familia¹². En lugar de una definición objetiva, que tiene la desventaja de la osificación del concepto, se prefiere una aproximación más subjetiva. De acuerdo con la última, la familia puede ser definida como el espacio donde se desarrollan las relaciones íntimas, en el cual los individuos involucrados se sienten parte de ella. En palabras de Radhika Coomaraswamy:

“...la familia no debe ser definida de manera muy formal, como la construcción nuclear conformada por un esposo, esposa e hijos. La familia es el lugar donde los individuos aprenden a interesarse, a confiar, y a alimentarse unos a otros[...]¹³.”

2.2. Definición de violencia doméstica

La familia ha sido vista tradicionalmente como la esfera privada en la cual la paz, la tranquilidad y la armonía prevalecen. Esto no es más que un mito que encubre la violencia que tiene lugar dentro de la familia, en sus múltiples y brutales manifestaciones, a través de las culturas y de los países en todo el mundo. Las formas en las que la violencia tiene lugar son, en algunos casos, más o menos de la misma clase, pero en otros varía de acuerdo con el país, la cultura, etc. A pesar de estas diferencias, todas comparten algo en común: ...las víctimas son mujeres, y ellas son víctimas sencillamente porque son mujeres¹⁴.

Por estas razones, el borrador del tratado panafricano contra la violencia (Draft Pan African Treaty Against Women) adoptó un concepto amplio y abierto sobre la violencia, basada en motivos de género, que abarca todas las formas de violación de los derechos humanos de las mujeres:

Cualquier acto, omisión o conducta por medio de la cual se inflige sufrimiento físico, sexual o mental, directa o indirectamente, a través de engaño, seducción, amenaza, coerción o cualquier otro medio, a cualquier mujer, con el propósito o efecto de intimidarla, castigarla o humillarla o mantenerla en roles de género estereotipados o para denigrarla en su dignidad humana, autodeterminación sexual, física, mental e integridad moral, o socavar su seguridad como persona, su autorespeto o su personalidad, o disminuir sus capacidades físicas o mentales¹⁵. En contraste con la definición anterior de violencia, la definición oficial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su declaración para la eliminación de la violencia contra las mujeres, optó por un alcance más limitado. De acuerdo con esta, la violencia contra las mujeres significa:

[Artículo 1] ...todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. [Artículo 2] Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada. (Cf. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. A/RES/48/104).

A pesar de lo anterior se concluye que:

...los distintos contextos sociales, culturales y políticos en los que tiene lugar la violencia doméstica da lugar a diferentes formas de violencia doméstica, sigue prevaleciendo continuamente, traspasando las fronteras naciones y las identidades culturales. A pesar de tal universalidad, –observa Coomaraswamy– sin embargo, una conspiración de silencio continúa encubriendo la extensión de la violencia¹⁶. Desde este punto de vista se puede sostener que la violencia contra las mujeres tiene tanto una dimensión global como local [sic].

Además, la distinción liberal occidental entre un espacio público y uno privado ha contribuido a encubrir y fomentar la violencia de género contra las mujeres en el dominio de lo privado. En su reporte, Coomaraswamy afirma que:

27. A su nivel más complejo, la violencia doméstica existe como un poderoso instrumento de opresión. La violencia contra las mujeres en general, y la violencia doméstica en particular, sirve como un componente esencial en sociedades que oprimen a las mujeres, desde que la violencia contra las mujeres no sólo deriva de pero también sostiene los estereotipos tradicionales de género y es usada para controlar a las mujeres en el espacio tradicionalmente dominado por las mujeres, el hogar¹⁷[sic].

De una manera similar al rol que desempeñan en las sociedades occidentales la distinción entre lo público y lo privado, en muchos países africanos se hace diferencia entre el derecho oficial y el derecho consuetudinario, en la cual el último corresponde básicamente al derecho de familia. No se indica que ambas distinciones sean equivalentes. Se refiere a que en ambos casos esas distinciones desempeñan un rol similar a la hora de legitimar la violencia que se ejerce contra las mujeres.

Al respecto, Chanock sostiene que:

...A causa de las dificultades de utilizar el derecho consuetudinario en otros campos del derecho, el derecho de familia ha soportado el peso de una invocación a la costumbre que ha servido para oscurecer las realidades de los conflictos de género y generacionales en el África moderno [sic]¹⁸.

En otras palabras, el derecho consuetudinario en África también es un derecho que tiene género y que reproduce los roles de género a su vez¹⁹, y legitima así de muchas formas la violencia que tiene lugar dentro de la familia bajo el paraguas de la así denominada costumbre ancestral, que en muchos casos no es previa al período colonial, antes bien, un resultado de aquel:

...en África bajo el dominio colonial los grupos gobernantes fueron capaces de establecer su moralidad [...]. Fue sancionado como 'costumbre' y, por la mayoría, felizmente aceptada tanto como descriptiva y prescriptiva por los grandes señores blancos (white overlords). En este proceso gran parte de la sensibilidad a las variaciones en el comportamiento consuetudinario fue desconocido. Y en este proceso las mujeres fueron las grandes perdedoras. [...]. El ímpetu inicial para la reforma de las leyes sobre matrimonio africanas en el nombre de la emancipación femenina [concluye Chanock] fue reemplazada por el apoyo del estado colonial a la preservación, y en algunos casos la extensión, del poder masculino [...]²⁰[sic].

En relación con el concepto de discriminación, en general, y de violencia, en particular, se adopta como punto de partida el concepto desarrollado por las Naciones Unidas en la Convención contra todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW por sus siglas en inglés), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y ratificado por casi la totalidad de los países africanos y Costa Rica²¹. La Convención define la discriminación y la violencia en términos muy amplios, y abarca un gran espectro de situaciones y normas que, aunque puedan no ser discriminatorias de una manera explícita, lo son de hecho por sus resultados materiales y la exclusión de la violencia contra las mujeres que aquellas producen. En su artículo 1 la Convención define la discriminación contra las mujeres en los siguientes términos:

...la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

3. Derechos humanos de las mujeres

La protección de los derechos humanos de las mujeres²² en el ámbito internacional empieza con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 1, 2 y 7. El derecho internacional de los derechos humanos contiene los así denominados principios universales, profundamente criticados desde puntos de vista feministas por su género y su carácter de reproductores de roles de género²³; principios que no han sido explícitamente reconocidos por la mayoría de los Estados africanos a nivel de las constituciones y leyes nacionales²⁴, con la excepción de Sudáfrica que aprobó una ley particular centrada en el tema de la violencia intrafamiliar titulada: Prevention of Family Violence Act (Ley de Prevención de la Violencia Familiar) de 1993. A pesar de ello, existe un reconocimiento explícito de este principio en la Carta Africana de Derechos de los Pueblos (African Charter on Human and People's Rights) en los artículos 2 a 4, y particularmente en el artículo 18, que textualmente dice (véase también el proyecto de Protocolo a la carta africana):

Artículo 18. [...] 3. El Estado debe asegurar la eliminación de cada discriminación contra las mujeres y asegurar también la protección de los derechos de la mujer y del niño como se estipulan en las declaraciones y convenciones internacionales. [...] [sic].

Aun cuando este reconocimiento es necesario, no es nunca suficiente:

La Carta Africana obliga a los estados miembros de la Organización de la Unidad Africana (OAU por sus siglas en inglés) y a los estados partes a reconocer los estándares consagrados en él, y adoptar las medidas legales o de otro tipo para dar efecto a los estándares de la Carta. Pocos, si algunos países africanos han llenado esta obligación. Aunque los estados africanos son entusiastas a la hora de ratificar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ellos usualmente no aprueban leyes que incorporen las obligaciones sobre derechos humanos en los sistemas legales domésticos. [...] ²⁵.

No obstante, si se analiza el marco legal existente en gran cantidad de países africanos, se descubre que muchos otros aspectos relacionados con los derechos de las mujeres han sido ignorados. En este sentido, la legalidad vigente en cuantiosos casos no se aplica eficazmente en la cotidianidad, al encubrir bajo la apariencia formal del cumplimiento de los estándares

internacionales una realidad material que dista mucho de ser satisfactoria. En otros casos, la legalidad vigente no consagra explícitamente otros tipos de derechos como, por ejemplo, el derecho a vivir sin violencia, el derecho a la autonomía reproductiva, el derecho a satisfacer las necesidades básicas, etc. Conscientes de esta situación en el plano internacional, las Naciones Unidas han comenzado el proceso de crear muchos tratados internacionales, orientados a la protección de los derechos de las mujeres.

3.1. Pacto internacional de derechos civiles y políticos

Aprobado en 1952 por las Naciones Unidas, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos garantiza el derecho de las mujeres a votar en las elecciones en igualdad de condiciones con sus contrapartes masculinas, sin ninguna clase de discriminación. Este instrumento internacional no solo regula un derecho pasivo al voto, también garantiza un derecho activo para las mujeres a ser elegidas en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación. A pesar de este derecho persisten muchas barreras culturales, económicas y sociales impuestas a las mujeres a causa de su género. Aunque no se dispone en este momento de información empírica, se puede formular, a manera de hipótesis, que en las sociedades africanas el porcentaje de mujeres elegidas es altamente reducido en comparación con el de hombres. Una razón posible para ello puede verse en el mito dominante que considera que la política es sucia y, como tal, un asunto de hombres. Esta resulta una clara representación de la cultura política patriarcal en muchas sociedades.

Otra factible explicación descansa en la distinción hecha por la sociedad moderna entre la esfera de lo público y lo privado, donde corresponde a la primera el campo de la política, usualmente regido por hombres; y la segunda a la casa u hogar como el ámbito de la intimidad, considerado dentro de una sociedad patriarcal y misógina como el lugar natural para las mujeres²⁶. Por estas razones, las mujeres que ingresan al campo de la política enfrentan generalmente múltiples obstáculos, y en algunas ocasiones la abierta hostilidad de los hombres, a pesar de lo cual siguen luchando y organizándose dentro de un espacio caracterizado por la toma de conciencia de su condición de género, su significado histórico y las múltiples y complejas asimetrías que sufren en todos los ámbitos constitutivos de lo real-social²⁷.

3.2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)

En 1979 la Organización de Naciones Unidas aprobó esta convención y declaró en el preámbulo su preocupación sobre el estado actual de los derechos de las mujeres, a pesar de todas las declaraciones, decisiones, etc., que se habían dictado para apoyar estos derechos. En este tratado las Naciones Unidas afirman que cualquier clase de discriminación contra las mujeres viola el principio de igualdad y el respeto por la dignidad humana, y limita así su participación efectiva en la vida social, económica, política y cultural de sus países. Este instrumento internacional reconoce los derechos de las mujeres en nueve áreas, así como las obligaciones correlativas de los Estados para apoyarlas. Por todas esas razones, este instrumento puede ser considerado como uno de los más importantes en el campo de los derechos humanos de las mujeres. Pero ha de ponerse de manifiesto el hecho de que no regula mecanismos y procedimientos adecuados para su implementación, lo que no deja de representar un gran obstáculo o, cuando menos, unos muy débiles (véase el Protocolo opcional a la CEDAW). Por lo anterior, este tratado también puede ser considerado como débil al nivel de los instrumentos internacionales de derechos humanos²⁸. En palabras de Charlesworth:

La Convención de las Mujeres, sin embargo, establece procedimientos de implementación mucho más débiles que aquéllos de otros instrumentos sobre derechos humanos de aparente aplicación universal tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Tratado de Derechos Civiles y Políticos [...]²⁹.

Además, este tratado guarda silencio sobre el tema de la violencia contra las mujeres, al menos de una manera abierta y explícita. Sin embargo, el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres ha aprobado medidas en este campo, como la recomendación general número 12³⁰.

4. Violencia doméstica en África y Costa Rica (algunas notas comparativas)

Con el propósito de comprender cómo opera el sistema jurídico de corte patriarcal y misógino en muchos Estados africanos, así como en Costa Rica, se hará énfasis en el tema de la violencia doméstica. Este es uno de los graves problemas sociales contra el que las organizaciones de mujeres han luchado durante muchos años. Antes de que estas organizaciones iniciaran sus actividades, existía un silencio casi completo asociado con la invisibilidad de las mujeres agredidas tanto en la sociedad costarricense como en las sociedades africanas. La perspectiva tradicional desde la cual se abordaba este problema partía de la clásica distinción liberal entre una esfera pública y una esfera privada, donde la segunda correspondía al espacio de la intimidad, cuyo equivalente –mutatis mutandis– en las sociedades africanas se encuentra en la distinción entre derecho oficial (official law) y derecho consuetudinario (customary law). En las palabras de Seyla Benhabib:

...Mientras el hombre burgués celebra su transición de una moralidad convencional a una posconvencional, de las reglas de justicia socialmente aceptadas a su creación a la luz de los principios de un contrato social, el espacio doméstico permanece en el nivel convencional. La

esfera de la justicia [...] es considerada como el dominio donde hombres independientes, cabezas de familia negocian entre sí, mientras la esfera de lo doméstico-intimo es colocada más allá del palio de la justicia y restringida a las necesidades reproductivas y afectivas del paterfamilias burgués. [...]³¹ [sic].

Precisamente porque este tipo de violencia de carácter multidimensional (económica, física, psicológica, sexual, ideológica, religiosa, etc.) tiene lugar en el ámbito privado en oposición al espacio público, se le ha denominado como violencia doméstica. Desde un punto de vista particular, se considera inadecuada esta definición por muchas razones. En primer lugar la división artificial entre lo público y lo privado; y, en segundo lugar, el no reconocimiento de la dimensión política —en sentido amplio— de la violencia que representa una forma (entre muchas otras) de control sobre el cuerpo sensible y necesitado de las mujeres. De manera similar Foucault escribe acerca de ...cómo las relaciones de poder puede penetrar materialmente la propia densidad de los cuerpos sin ni siquiera tener que sustituirlo por la represión de los sujetos³²[sic].

Desde que muchos grupos feministas han tomado conciencia de esta dimensión política, la lucha contra la violencia desde sus diferentes manifestaciones ha comenzado. Aunque no se concuerda con la denominación de este tipo de violencia como doméstica, por las razones apuntadas líneas atrás, se usará esta denominación por ser la empleada en los discursos teóricos y jurídicos.

En Costa Rica la violencia doméstica era sancionada antes de la aprobación de la Ley contra la violencia doméstica por el Código Penal como una contravención, y no como un delito. Solo cuando los resultados materiales de este tipo de violencia encuadran dentro de un tipo penal (v. gr. homicidio, lesiones —ya sea gravísimas, graves o leves—, violación, entre otros), esta forma de violencia era sancionada como un delito. En la práctica, anteriormente la prueba de la violencia doméstica resultaba difícil, por cuanto en muchos casos las autoridades policiales, al igual que las autoridades judiciales, no confiaban plenamente en la palabra de la mujer, y ponían de manifiesto una evidente falta de sensibilidad por estos temas (falta de sensibilidad que, por otra parte, se mantiene de una u otra forma hacia la población infantil, la cual resulta mucho menos visible que otros sectores sociales políticamente organizados, como acontece hoy día con las mujeres). En muchos casos el resultado final era la impunidad del agresor³³.

En Costa Rica, la Escuela Judicial ha tratado de cambiar las actitudes de los jueces y juezas, así como de las funcionarias y funcionarios públicos hacia esta forma de violencia a través de la celebración de cursos y talleres centrados en los problemas de género y la violencia. Actualmente se echa de menos un estudio sociojurídico que permita evaluar globalmente el resultado de este proceso, el cual queda como un punto pendiente de la agenda para próximas investigaciones.

En lo que respecta a la economía política de género, resulta interesante subrayar que aun y cuando el Código Penal de Costa Rica considera la vida como el bien jurídico más importante, las sanciones a los delitos contra la propiedad son mucho más severas si se comparan con las agresiones contra las mujeres. Por ejemplo, el Código Penal de Costa Rica³⁴ sanciona con una pena de prisión que puede ir desde los seis meses hasta los nueve años el delito de robo simple (art. 212 del C.P.); y el delito de robo agravado es reprimido con prisión que puede ir desde los cinco hasta los quince años (art. 213 del C.P.). Sin embargo, la situación es completamente diferente en los casos de agresión contra las mujeres. Cuando la agresión física (sin mencionar los otros tipos de agresiones) contra la mujer cause una incapacidad para el trabajo que no supera los diez días hábiles, se sanciona como contravención —y no delito—, pudiendo imponerse una pena que consiste únicamente en el pago de días multa (art. 378 del C.P.).

Aun persiste en la sociedad costarricense y en las sociedades africanas, en general, lo mismo que entre muchos funcionarios y funcionarias tanto judiciales como administrativos, en particular, el viejo mito patriarcal de que lo que sucede en la esfera de la intimidad es materia que solo compete a las personas involucradas, y a nadie más. En otras palabras, lo que el mito dice es que la casa de un hombre es su castillo, en el cual él es el amo supremo. Esto es lo que Agnes Heller ha denominado como la casa de las emociones³⁵. Por esa razón vale la pena poner de manifiesto que esta forma particular de violencia y dominación usualmente tiene lugar al nivel microsociedad de la familia, que representa la correa de transmisión del sistema patriarcal de dominación existente a nivel macrosociedad. Esta premisa no resulta válida solo para Costa Rica, también lo es para muchas sociedades africanas. Dentro del contexto de la familia los roles de género tradicionales, construidos por el sistema patriarcal de dominación son reproducidos e interiorizados, y se les da una imagen de naturalidad a roles sociales históricamente construidos. Ha de recordarse nuevamente la construcción histórica del derecho consuetudinario en las sociedades africanas durante el período colonial, así como la posición privilegiada que los ancianos, las autoridades coloniales y los misioneros desempeñaron en este proceso. Desde este punto de vista, deviene claro que la familia tiene una dimensión política (como poder) en la sociedad patriarcal. Dentro de este contexto no es simple coincidencia que el artículo 51 de la Constitución Política de Costa Rica considere a la familia: como elemento natural y fundamento de la sociedad, [...]. (El énfasis no corresponde al texto original). En este caso, la ideología del naturalismo no solo encubre la construcción³⁶ sociohistórica de la familia, también encubre su dimensión política como correa de transmisión de un sistema particular de dominación: el patriarcado, como ya se mencionó anteriormente. Con base en esos argumentos e ideologías, muchos funcionarios y funcionarias dudan en intervenir a causa de su respeto hacia el ámbito de la intimidad, legitimando al final esta forma de violencia. Existe otro mito abiertamente misógino en las sociedades africanas así como en la sociedad costarricense. De acuerdo con este mito (que se podría calificar dentro de este contexto histórico-cultural como el complejo de Eva) las culpables de la violencia son las mujeres y no los hombres, lo que absuelve de cualquier responsabilidad a la sociedad patriarcal.

Según Watt, Osam y Win, el estudio de la violencia contra las mujeres en las sociedades africanas se encuentra en sus etapas iniciales³⁷; pero la investigación realizada a la fecha por las autoras en Botsuana, Sudáfrica, Suazilandia, Zambia y Zimbabue³⁸, puede considerarse como un buen indicador de la seriedad del problema de la violencia doméstica en el continente africano en su totalidad. Vale la pena señalar que, a pesar de las obvias diferencias y complejidades existentes entre la sociedad costarricense y las sociedades africanas, así como también entre las sociedades africanas, cuando se trata del tema de la violencia doméstica las similitudes son mucho mayores que las diferencias. Esto confirma lo que ya se había señalado al inicio de nuestro artículo, que la violencia contra las mujeres es un fenómeno global con particularidades locales. En los países africanos la familia también es considerada como la esfera privada par excellence, el lugar donde el derecho

consuetudinario tiene una genuina manifestación. Una consecuencia práctica de esta concepción es la condición de fragilidad (powerlessness) en que se deja a las mujeres:

[...] Esto es reflejado en las frases despectivas, tales como –es un asunto familiar– que son comúnmente usadas [...] para negar su responsabilidad en ayudar a las mujeres que experimentan la violencia. Este marco de violencia doméstica como un evento privado lo coloca por fuera de lo público o del dominio del Estado; dejando a las mujeres dentro de relaciones violentas aisladas de la ayuda³⁹.

Desde esta perspectiva, el llamado a las costumbres y cultura que se emplea para justificar la violencia contra las mujeres no es más que una excusa, y demuestra en el mismo movimiento que ...el principal factor que subyace la violencia hacia las mujeres [es] el poder y el control⁴⁰.

Dentro de este contexto, los Estados africanos deberían desempeñar un papel muy importante. Según la Búsqueda de Estrategias para el Avance de las Mujeres de Nairobi (Nairobi Forward-Looking Strategies for the Advancement of Women), los Estados deberían:

[párrafo 288] ...intensificar los esfuerzos para establecer o fortalecer formas de asistencia hacia las víctimas de tal violencia a través de la provisión de albergue, apoyo legal y otros servicios. En adición a la asistencia inmediata a las víctimas de violencia contra las mujeres en la familia y la sociedad, los Gobiernos deberían comprometerse a incrementar la concientización pública acerca de la violencia contra las mujeres como un problema social, establecer políticas y medidas legislativas para indagar en sus causas y prevenir y eliminar semejante violencia, en particular a través de la supresión de las imágenes y representaciones degradantes de las mujeres en la sociedad, y finalmente fomentando el desarrollo de medidas educacionales y re-educacionales para los agresores⁴¹[sic].

En conclusión, se puede afirmar que muchas sociedades patriarcales africanas, al igual que la costarricense, son sistemas de género que, como acertadamente señala Seyla Benhabib, han contribuido a la opresión y explotación de las mujeres. [...]⁴².

5. A manera de conclusión general

Se reconoce que las organizaciones feministas, a pesar de sus diferencias a la hora de definir estrategias para revertir la situación que padecen las mujeres en el contexto de las sociedades patriarcales, han colaborado en gran medida a cambiar las sociedades africanas así como la costarricense. Pero no es una lucha de uno, dos o muchos días, meses o años; es una lucha de larga distancia y, tal vez, de muchas generaciones. Esta lucha para quebrar el silencio histórico y la invisibilidad a la que las mujeres (entre otros-otras) se han visto sometidas en el sistema de dominación patriarcal ya ha empezado.

Como dijo Yadira Calvo:

Una orden explícita de guardar silencio ha difamado por siglos el habla de las mujeres, designándola como cháchara vacía, porque silencio es condescender y el sistema patriarcal no quiere disidentes⁴³.

¿De qué forma se puede encontrar la cuadratura del círculo? Esta es una cuestión sobre la construcción de una imposibilidad, cuando menos en el marco de las sociedades patriarcales donde la geometría androcéntrica no puede imaginar y mucho menos tolerar un círculo cuadrado. Quizá la respuesta debe encontrarse en una nueva, diferente y comprensiva geometría feminista cuyo contenido solo puede vislumbrarse a través de una nueva imaginación y sensibilidad. Después de todo, existe algo claro. En el proceso inacabado de construcción de las sociedades humanas, y después de siglos de silencio las mujeres, con todas sus diferencias y complejidades, han reivindicado sus derechos para expresar su palabra.

6. Referencias bibliográficas

Abeysekera, Sunila. (1995). "Women's Human Rights Questions of Equality and Difference". Institute of Social Sciences Working Paper Series no. 186.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. "State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Armstrong, Alice. [et al.]. (1993). Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law. International Journal of Law and the Family, no. 7.

Beltrán Pedreira, Elena. (1994). Público y Privado. Revista Doxa, número 15-16, Madrid.

Benhabib, Seyla. (1987). "The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Moral Theory"; en: "Women and Moral Theory". Edited by Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers. Savage: Rowman & Littlefield.

Benhabib, Seyla. (1992). "Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics". Routledge: New York.

Beyani, Chaloka. (1994). "Toward a More Effective Guarantee of Women's Rights in the African Rights Systems"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Calvo, Yadira. (1990). "A la mujer por la palabra". Heredia: Editorial EUNA.

Caravaca, Adilia y Guzmán, Laura. (1995). "Violencia de género, derechos humanos y democratización: la perspectiva de las mujeres". San José, Costa Rica: PNUD.

CEFEMINA. (1991). "Memoria del Encuentro Centroamericano y el Caribe sobre Violencia contra la Mujer". San José, Costa Rica: CEFEMINA.

Chanock, Martin. (1989). Neither Customary nor Legal: African Customary Law in an Era of Family Law Reform. The American Journal of International Law. Vol. 85, s.f.
Charlesworth, Hilary; Chinkin, Christine and Wright, Shelley. Feminist Approaches to International Law Reform. En: International Journal of Law and the Family, número 3.

COMISIÓN COSTARRICENSE DE DERECHOS HUMANOS [CODEHUCA]. (1993). "Diagnóstico regional sobre la situación de los derechos de la mujer en Centroamérica: Memoria de un proceso de diagnóstico". San José, Costa Rica: CODEHUCA.

Committee on the Elimination of Violence against Women. Eleventh Session, General recommendation. Official Records of the General Assembly, Forty-seventh session, Supplement no. 38 (A/47/38), chapter I).

Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Coomaraswamy, Radhika. (1994). "To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Coomaraswamy, Radhika. (1996). "Report of the Special Rapporteur on violence against Women, its causes and consequences". Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85. E/CN.4/1996/53, February 6, 1996.
<http://unhchr.ch/Huridocda/.../c41d8f479a2e9757802566d6004c72ab?OpenDocument> (31/03/00).

Copelon, Rhonda. (1994). "Intimate terror: understanding domestic violence as torture"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Cotterrel, Richard. "The Concept of Legal Culture", en: NELKEN (David) Ed. Special Issue on "Legal Culture. Diversity and Globalisation". (1995). Social and Legal Studies, número 4 (4).

Draft Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women. DOC/0S/34c(XXIII) Annex.

Facio, Alda. (1991). "El principio de igualdad ante la ley"; en: El otro derecho, número 8, junio.

Facio, Alda. (1992). "Cuando el género suena cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal". San José, Costa Rica: ILANUD.

Fariñas Dulce, María José. (2000). "Globalización, ciudadanía y derechos humanos". Cuaderno Bartolomé de Las Casas número 16. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson.

Foucault, Michel. (1979). "Microfísica del poder". 2da. Edición, Madrid: Ediciones de la Piqueta.

Friedman, Lawrence M. (1975). "The Legal System. A Social Science Perspective". New York: Russell Sage.

Friedman, Lawrence M. (1995). "The Concept of Legal Culture", en: NELKEN (David) Ed. Special Issue on "Legal Culture. Diversity and Globalisation". Social and Legal Studies número 4 (4).

García, Ana I. y Winter, Andre. (1991). "Los derechos humanos y la discriminación: la perspectiva de las mujeres". San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH].

García, Ana I. y Gomáriz, Enrique. (1992). "Mujeres centroamericanas". Tomos I y II. San José, Costa Rica: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales [FLACSO].

Guzmán, Laura. (1994). Relaciones de género y estructuras familiares: reflexiones a propósito del Año Internacional de la Familia; en: Revista Costarricense de Trabajo Social, número 4, diciembre. San José, Costa Rica: Colegio de Trabajadores Sociales.

Heise, L. (1994). "Violence Against Women: The Hidden Health Burden". World Bank Discussion Papers 225.

Heller, Agnes. (1979). "A Theory of Feeling". Holland: VASN Gorcum.

Human Rights Watch. (2000). Women's Human Rights.

<http://www.hrw.org/wr2k/Wrd.htm>. (31/03/00).

Husbands, Robert. (1993). Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual; en: Revista Internacional del Trabajo, vol. 112, número 1.

ISIS Internacional. (1990). "Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe: Información y políticas". Santiago de Chile, Proyecto RLA/88 W01 (Informe final).

Lerner, Gerda. (1986). "The Origins of Patriarchy". New York: Oxford University Press.

Loli, Silvia. (1996). Evaluación de la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en América Latina; en: El otro derecho, Vol. 7, no. 3.

Moreno, Elsa. (1995). "Mujer y política en Costa Rica". San José: FLACSO.

Naciones Unidas (1994). "Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo". El Cairo, Egipto, 5 al 13 de setiembre. A / C o n f . 1 7 1 / 1 3 , 1 8 de octubre.

Naciones Unidas (1995). "Situación de la mujer en el mundo, 1995. Tendencias y Estadísticas". México: Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo. Cuadro 10, pp. 148-149.

OAU. (1981). African [Banjul] Charter on Human and People's Rights. Adopted June 27, 1981. Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 i.l.m. 58 (1982), entrada en vigor en octubre 21, 1986.

Oloka-Onyango, J. and Tamale, Sylvia. (1995). "The Personal is Political, or Why Women's Rights and Indeed Human Rights: An African Perspective on International Feminism". Human Rights Quarterly, 17.

Pateman, Carole. (1988). "The Sexual Contract". Great Britain: Polity Press in association with Basil Blackwell.

Saint-Germain, Michelle A. and Morgan, Martha I. (1991). Equality: Costa Rican Women Demand "The Real Thing"; en: Women & Politics, Vol. 11, no. 3.

Schuler, M. (1992). "Violence Against Women: An International Perspective"; en: "Freedom from Violence: Women's Strategies from Around the World". New York: UNIFEM.

Smart, Carol. (1992). The Woman of Legal Discourse; en: Social & Legal Studies (SAGE, London, Newbury Park and New Delhi), vol. 1, 1.

Teubner, Günther. (1989). "How the Law thinks: Toward a constructivist epistemology of Law". En: Law & Society Review, volume 23, number 5.

Thomas, Dorothy Q. and Beasley, Michele. (1993). Domestic violence as a human rights issue; en: Human Rights Quarterly, 36.

Toharia, José Juan. (1999). "La cultura legal: cómo se mide". En: FEEST (Johannes). Ed. "Globalization and Legal Cultures". Oñati: Oñati Summer Course 1997, Publication of The International Institute for the Sociology of Law.

Trancred, Peta. (1999). Outsiders/Insiders: Women and Professional Norms. Canadian Journal of Law and Society, vol. 14, no. 1.

UN. General Assembly. (1993). Declaration on the Elimination of Violence against Women. A/RES/48/104, 85th plenary meeting, 20 December 1993. [gopher://gopher.undp.org/00/undocs/gad/RES/48/104](http://www.unhcr.org/refugees/undocs/gad/RES/48/104). (31/03/00).

UN. (1993). World Conference on Human Rights. Vienna, 14-25 June 1993. Vienna Declaration and Programme of Action. A/CONF.157/23.

UN. (1995). Beijing Declaration and Plattform for Action 1996-2001. Fourth World Conference on Women, Beijing, September 15, 1995. [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument). (31/03/00).
(Versión en castellano: Naciones Unidas. (1995). "Plataforma de Acción Mundial 1996-2001". Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing, 15 de setiembre de 1995).

UN. (1999). Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), December 10, 1999. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/optional.htm>. (23/01/00).

Watts, Charlotte; Osam, Susana and Win, Everjoice. (Comp. and ed.). (1995). "The private is Public. A Study of violence against women in Southern Africa". Women in Law and Development in Africa (WiLDAF): Zimbabwe.

* Doctorando en derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en sociología jurídica por el International Institute for the Sociology of Law. Cualquier comentario puede ser enviado a la siguiente cuenta de correo electrónico: gajm70@yahoo.com.

1 Loli, Silvia. (1996). Evaluación de la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en América Latina; en: El otro derecho, vol. 7, no. 3.

2 Smart, Carol. (1992). The Woman of Legal Discourse; en: Social & Legal Studies (SAGE, London, Newbury Park and New Delhi), vol. 1, 1.

3 Lerner, Gerda. (1986). "The Origins of Patriarchy". New York: Oxford University Press.

4 Facio, Alda. (1992). "Cuando el género suena cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal". San José, Costa Rica: ILANUD.

5 Benhabib, Seyla. (1987). "The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Moral Theory"; en: "Women and Moral Theory". Edited by Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers. Savage: Rowman & Littlefield.

6 An-Na'im, Abdullahi Ahmed. "State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 174.

7 Cfr. Facio, Alda. (1991). "El principio de igualdad ante la ley"; en: El otro derecho, número 8, junio.

8 Facio, Alda. (1992). "Cuando el género suena cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal", op. cit.

9 Se trata de lo que desde la sociología jurídica se define como la "cultura legal", la que tiene una dimensión tanto interna como externa. En nuestro caso, nos referimos a la cultura legal externa. Sobre el concepto de "cultura jurídica" véase: FRIEDMAN, (Lawrence M.). "The Legal System. A Social Science Perspective". Russell Sage, New York, 1975. Del mismo autor "The Concept of Legal Culture", en: NELKEN (David) Ed. Special Issue on "Legal Culture. Diversity and Globalisation". Social and Legal Studies, número 4 (4), 1995. Para una crítica del concepto de "cultura legal", véase: COTTERREL, (Richard). "The Concept of Legal Culture", en: NELKEN (David) Ed., op. cit., pp. 13-32.

10 TOHARIA, (José Juan). "La cultura legal: cómo se mide". En: FEEST (Johannes). Ed. "Globalization and Legal Cultures". Oñati Summer Course 1997, Publication of The International Institute for the Sociology of Law, Oñati, 1999, p. 21. (El énfasis es mío).

11 Armstrong, Alice. [et al.]. (1993). Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law. International Journal of Law and the Family, no. 7, pp. 318-319.

12 Abeysekera, Sunila. (1995). "Women's Human Rights Questions of Equality and Difference". Institute of Social Sciences Working Paper Series no. 186.

13 Coomaraswamy, Radhika. (1994). "To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). (1994). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 56. Traducción libre.

14 Watts, Charlotte; Osam, Susana and Win, Everjoice. (Comp. and ed.). (1995). "The private is Public. A Study of violence against women in Southern Africa". Women in Law and Development in Africa (WiLDAF): Zimbabwe, p. 5.

15 Heise, L. (1994). "Violence Against Women: The Hidden Health Burden". World Bank Discussion Papers 225; citada por: Watts, Charlotte; Osam, Susana and Win, Everjoice. (Comp. and ed.). (1995). Op. cit. (Traducción libre del autor).

16 Coomaraswamy, Radhika. (1996). "Report of the Special Rapporteur on violence against Women, its causes and consequences". Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85. E/CN.4/1996/53, February 6, 1996. <http://www.unhchr.ch/huridocda/.../c41d8f479a2e9757802566d6004c72ab?OpenDocument> (31/03/00). Traducción del autor.

17 Ibidem. Traducción del autor.

18 Chanock, Martin. (1989). Neither Customary nor Legal: African Customary Law in an Era of Family Law Reform. The American Journal of International Law. Vol. 85, s.f., p. 72. Traducción libre.

19 Smart, Carol, op. cit.

20 Chanock, Martin. (1989), op. cit., pp. 80-77. Traducción libre.

21 Véase la Tabla de Ratificaciones al 31 de diciembre de 1996. ST/HR/4/Rev 15.

22 Loli, Silvia. (1996). Evaluación de la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en América Latina; en: *El otro derecho*, Vol. 7, no. 3.

23 Benhabib, Seyla. (1987). "The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Moral Theory"; en: "Women and Moral Theory". Edited by Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers. Savage: Rowman & Littlefield. De la misma autora véase también: (1992). "Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics". Routledge: New York. Sobre el tema, también puede verse: Charlesworth, Hilary; Chinkin, Christine and Wright, Shelley. *Feminist Approaches to International Law Reform*. En: *International Journal of Law and the Family*, no. 3; y An-Na'im, Abdullahi Ahmed. Op. cit., p. 171 in fine.

24 Watts, Charlotte; [et al.]. op. cit., p. 30.

25 Beyani, Chaloka. (1994). "Toward a More Effective Guarantee of Women's Rights in the African Human Rights Systems"; en: Cook, Rebecca J. (Ed.). "Human Rights of Women. National and International Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 299-300.

26 Para una profunda crítica a la distinción entre lo "público" y lo "privado", como una distinción moderna que se ha instrumentalizado a favor de la opresión de las mujeres, véase: Pateman, Carole. (1988). "The Sexual Contract". Great Britain: Polity Press in association with Basil Blackwell.

27 Beyani, Chaloka. (1994). Op. cit., p. 300.

28 Cfr. García, Ana I. y Winter, Andre. (1991). "Los derechos humanos y la discriminación: la perspectiva de las mujeres". San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH].

29 Charlesworth, Hilary; Chinkin, Christine and Wright, Shelley. *Feminist Approaches to International Law Reform*. En: *International Journal of Law and the Family*, no. 3, p. 632.

30 Cfr. Guzmán, Laura. (1994). Relaciones de género y estructuras familiares: reflexiones a propósito del Año Internacional de la Familia; en: *Revista Costarricense de Trabajo Social*, número 4, diciembre. San José, Costa Rica: Colegio de Trabajadores Sociales. Véanse también las recomendaciones sobre el tema aprobadas en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993; y en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo de 1994.

31 Benhabib, Seyla. (1987). "The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Moral Theory"; en: "Women and Moral Theory". Edited by Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers. Savage: Rowman & Littlefield, p. 83. (La traducción es mía). En igual sentido consúltese también: Beltrán Pedreira, Elena. (1994). Público y Privado. *Revista Doxa*, número 15-16, Madrid; y Pateman, Carole. (1988). "The las mujeres". San José, Costa Rica: PNUD; CEFEMINA. (1991). "Memoria del Encuentro Centroamericano y el Caribe sobre Violencia contra la Mujer". San José, Costa Rica: CEFEMINA y COMISIÓN COSTARRICENSE DE DERECHOS HUMANOS [CODEHUCA]. (1993). "Diagnóstico regional sobre la situación de los derechos de la mujer en Centroamérica: Memoria de un proceso de diagnóstico". San José, Costa Rica: CODEHUCA.

32 Foucault, Michel. (1979). «Microfísica del poder». 2da. Edición, Madrid: Ediciones de la Piqueta, p. 156.

33 Cfr. Caravaca, Adilia y Guzmán, Laura. (1995). «Violencia de género, derechos humanos y democratización: la perspectiva de las mujeres». San José, Costa Rica: PNUD; CEFEMINA. (1991). «Memoria del Encuentro Centroamericano y el Caribe sobre Violencia contra la Mujer». San José, Costa Rica: CEFEMINA y COMISIÓN COSTARRICENSE DE DERECHOS HUMANOS [CODEHUCA]. (1993). «Diagnóstico regional sobre la situación de los derechos de la mujer en Centroamérica: Memoria de un proceso de diagnóstico». San José, Costa Rica: CODEHUCA.

34 Aprobado mediante Ley número 4573 del treinta de abril de 1970, que entró a regir un año después de su publicación en el diario oficial *La Gaceta*.

35 Heller, Agnes. (1979). "A Theory of Feeling". Holland: Vash Gorcum, p. 184.

36 Para una visión crítica desde el constructivismo sobre la forma en que los discursos jurídicos "construyen" los sujetos, véase: Teubner, Günther. (1989). *How the Law thinks: Toward a constructivist epistemology of Law*. En: *Law & Society Review*, volume 23, number 5.

37 Watts, Charlotte; [et al.]. Op. cit., p. 16.

38 Para la información empírica, véase Watts..., op. cit.

39 Watts, Charlotte; [et al.]. Op. cit., p. 12. Traducción del autor. Véase también Schuler, M. (1992). "Violence Against Women: An International Perspective"; en: "Freedom from Violence: Womens Strategies from Around the World". New York: UNIFEM.

40 *Ibidem*, p. 25. En el mismo sentido Oloka-Onyango, J. and Tamale, Sylvia. (1995). "The Personal is Political, or Why Women's Rights and Indeed Human Rights: An African Perspective on International Feminism". *Human Rights Quarterly*, 17.

41 Citado por Watts, Charlotte; [et al.]. Op. cit., p. 33. Traducción libre del autor.

42 Benhabib, Seyla. (1987). "The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Moral Theory"; en: "Women and Moral Theory". Edited by Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers. Savage: Rowman & Littlefield, p. 80.

LOS DERECHOS SOBRE LAS COSAS Y LAS COSAS MISMAS: UN ESTUDIO SOBRE LA LENGUA LATINA Y LA NATURALEZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

Máster Henry Campos Vargas¹

En el presente artículo, pretendemos ofrecer una interpretación distinta a la predominante en la romanística contemporánea, al vínculo existente entre el derecho de propiedad y el objeto sobre el cual recae este derecho.

Sobre este tema, la sentencia No. 576-98, dictada a las 16:00 h del 25 de noviembre de 1998 por el Tribunal Penal de Juicio del segundo circuito judicial de San José, hizo suyas las palabras del ilustre romanista Juan Iglesias Redondo en la redacción de uno de sus considerandos, situación que ha dado lugar a las presentes letras.

Agradecemos a nuestro colega, el Dr. Juan Marcos Rivero, por su atenta colaboración al facilitarnos la referencia de dicha sentencia, lo cual nos permitió copiarla a través de los canales pertinentes.

A continuación, citamos las palabras de Iglesias Redondo, las cuales fueron tomadas de su obra Derecho Romano, historia e instituciones:

Como se ve, Gayo no enumera entre los derechos –res incorporales– la propiedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propiedad queda absorbida en las res corporales. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto propio de res, que se refiere siempre a la cosa material, al corpus. No se trata, en realidad, de una distinción técnica entre las res, sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la propiedad se unimisma con la cosa. Res se entiende aquí en el sentido de elemento patrimonial. El patrimonio está constituido por cosas –se nombran las cosas en lugar del derecho de propiedad– y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de una herencia, etc. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad, que se confunde con la cosa sobre que recae, que es, en todo caso, res incorporales².

El pensamiento de este autor representa claramente la interpretación romanista prevaleciente sobre el derecho de propiedad: el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre la cual recae. Son varias las razones por las que consideramos errónea esta afirmación, de cuyo desarrollo se ocupará este artículo³.

Deseamos aclarar primeramente que no haremos ningún comentario sobre la sentencia mencionada al inicio, lo cual ameritaría perfectamente un estudio por separado. Antes de entrar en materia, conviene apuntar algunos rasgos sobre el jurista romano citado por Iglesias, Gayo.

Siguiendo la tradición aristotélica, este autor del siglo segundo de nuestra era, tiende a desarrollar una exposición analítica de los conceptos de los cuales se ocupa, lo que complementa generalmente con ricas ejemplificaciones sobre el tópico correspondiente. Esto se aprecia a lo largo de su obra, las Instituta o Instituciones de Gayo, de las cuales se conserva casi su totalidad. El mismo título dado a esta obra –Instituta– refleja su vocación didáctica, pues se encuentra ante un título consagrado en jurisprudencia romana para indicar los tratados en que se explicaban de un modo fácil y metódico los principios y elementos del derecho⁴.

Tenemos noticia de la producción de varias obras bajo esta misma denominación y orientación, por ejemplo: las de Florentino, Calístrato, Paulo, Ulpiano y Marciano. También encontramos, aunque ya no en suelo itálico, las de Justiniano, estas declaran su preeminente carácter didáctico⁵, a la vez que reconocen expresamente la influencia y legado gayanos en su composición⁶.

Dijimos que en las Instituta de Gayo se maneja una técnica analítica, conjugada con una nutrida ejemplificación. Sin embargo, la exposición de este autor no siempre es acertada –citamos como ilustración la inclusión de la *indebiti solutio* entre las *obligatio re*⁷– ni parece haber sido exhaustiva; Gayo no clasificó el *commodatum* en su división de las obligaciones, a pesar de mencionarlo en otras partes de su obra⁸.

Al derecho de propiedad, nuestro jurista no lo clasifica entre las res incorporales, aunque tampoco entre las corporales.

Lo anterior pone de relieve que los listados gayanos no son completos ni exhaustivos, tal y como adelantamos. Sin embargo, y en cuanto a este concepto, tampoco en las Instituciones o en el Digesto de Justiniano se clasificó de manera expresa el derecho de propiedad como res corporal o res incorporal, omisión que ha tenido que tratar de ser salvada por la interpretación romanista y es la que nos ha traído a este punto.

1. La doctrina rei

Existe consenso en torno al criterio patrimonial, referido por Iglesias Redondo en la cita, del tratamiento gayano en el tema de las cosas. Modo *videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*⁹. –En seguida, consideremos el tema de las cosas, estas o están en nuestro patrimonio o se encuentran fuera de él– (las traducciones son propias).

Con estas palabras, Gayo inicia su comentario segundo sobre las cosas definiendo el marco de referencia –patrimonial– de las clasificaciones que expone de las res. En el comentario anterior, el había tratado el derecho de las personas, el cual es uno de los componentes de su concepción tripartita del derecho: derecho de las personas, derecho de las cosas y derecho de las acciones¹⁰.

Luego de exponer unas cuantas clasificaciones, nuestro jurista pasa a considerar la naturaleza corporal o incorporeal de las cosas. Es en esta clasificación, como ya hemos señalado, donde la doctrina romanista general interpreta no sólo que el derecho de propiedad es una res corporal, sino que se identifica con la cosa misma: este pensamiento lo he denominado como doctrina rei. En su máxima expresión, la doctrina rei afirma: La propiedad no es un ius in re sino la misma res¹¹.

Tal visión contrasta con el tratamiento moderno sobre el derecho de propiedad, el cual, como derecho que es, se distingue claramente de las cosas sobre las que recae y, en cuanto tal, es una cosa incorporeal –esto en las legislaciones, como la nuestra, que admiten esta clasificación–.

De los autores consultados, quien procura fundamentar de forma más completa la tesis de la doctrina rei es Álvaro D'ors. Empero, como se ha advertido supra, ningún texto romano expresa literalmente esta idea, aunque tampoco la contraria. Este romanista, en su obra, Derecho privado romano, cita tres expresiones latinas en las cuales, de acuerdo con su criterio, se funden el objeto y el derecho de propiedad; estas son: rei vindicatio, dare rem y obligari re¹².

En la primera de ellas, escribe este autor, no se vindica la propiedad, sino la res (rei vindicatio)¹³, que lo lleva a concluir que en la cosa misma se encuentra este derecho. En las dos restantes expresiones, expresa D'Ors, se ven significadas las ideas de hacer propietario (dare rem) y quedar obligado por la propiedad recibida (obligari re)¹⁴.

Conviene pasar revista a cada uno de estos fundamentos, respecto de los cuales nuestro propósito general consistirá en demostrar cómo esos conceptos latinos no sustentan válidamente las conclusiones que sostiene la doctrina.

1.1. La rei vindicatio y la defensa de la propiedad

El artículo 320 de nuestro Código Civil establece:

La acción reivindicatoria puede dirigirse contra todo el que posea como dueño y subsiste mientras otro no haya adquirido la propiedad de la cosa por prescripción positiva.

Así como en la anterior, otras normas del derecho costarricense reconocen la acción reivindicatoria como una de las principales defensas del derecho de propiedad¹⁵. Esta acción, tanto en su etimología como en su estructura, tiene origen en el derecho romano. No obstante, no llegaríamos a sostener en ningún momento que el derecho costarricense participa de la doctrina rei –en cuanto confusión del derecho de propiedad con la cosa misma–.

Rei vindicatio significa literalmente vindicación de la cosa¹⁶. Por su medio, el propietario busca recuperar el objeto de su dominio, la res, que le ha sido sustraída de su esfera, de su poder jurídico, no su derecho de propiedad (por razones de espacio nos limitaremos a considerar la sustracción como paradigma de la pérdida de la res). Este derecho, su titularidad, se mantiene incólume a lo largo de un conflicto –excepción hecha de una prescripción positiva, por ejemplo, que en todo caso no perjudica nuestra argumentación–, pues el futuro demandado-sustractor no alcanzará a tomar en el plano ideal el derecho de propiedad, el cual permanece en cabeza del legítimo dueño. Aunque el sustractor pudo haber pretendido ejercer un supuesto derecho de propiedad, este, ideal y jurídicamente, permanece unido a su legítimo titular.

Como puede apreciarse, el derecho de propiedad, en cuanto derecho, constructo del intelecto, siempre permanece en la persona del titular-despojador-de-la-cosa. Es esto por lo cual afirmamos que, mediante esta acción, no se recupera el derecho de propiedad, sino la cosa. Este derecho constituye más bien uno de los presupuestos, de los requisitos que debe cumplir el actor para ver prosperar su acción reivindicatoria¹⁷. Los romanos tuvieron muy claro lo que se ha dicho, y Gayo lo confirma en las siguientes palabras:

post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit, et si eam ream legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse¹⁸.

–Después de adida la herencia, al instante se hace la cosa del legatario por el derecho quiritario, si el legatario la reclamara a un heredero o a cualquier otro que la posea, deberá reivindicarla, esto es, sostener que la cosa es suya por el derecho quiritario–.

Como apreciará el lector, el derecho de propiedad del legatario y la materialidad de la res, aparecen perfectamente separados en el pasaje: el heredero se convierte en propietario pese a no tener poder inmediato sobre la res e, inclusive, podría tener que exigir la cosa con posterioridad. La antigua fórmula romana para la acción reivindicatoria refuerza esta apreciación: mediante el verbo restituatur se sintetizaba la pretensión restitutoria sobre la res por parte del actor.

Tanto la acción reivindicatoria romana como la moderna, parten del reconocimiento de un interés básico deducido por el actor: retomar la cosa bajo su poder. El derecho de propiedad de este sujeto procesal se concebía, y se concibe, separado de la cosa que pretende, no alcanzando a confundirse con ella en ningún momento. No nos cabe la menor duda que los romanos

habrían descubierto que si la rei vindicatio busca recuperar la cosa-propiedad –tal y como interpretó la doctrina rei–, sería imposible para el actor demostrar en juicio su titularidad al no tener bajo su poder la res-propiedad. De ahí que pretender identificar de manera indisoluble la res con el derecho de propiedad sobre la base de la rei vindicatio romana debe tenerse como una conclusión equivocada.

Consideraremos ahora otra de las expresiones latinas.

1.2. Dare rem como forma de transmisión de la propiedad

Literalmente, dare rem significa dar, entregar la cosa. Esta traducción se ve confirmada tanto por su uso común como por su empleo en diversos contextos jurídicos. Aunque la doctrina rei prefiere traducirlo como hacer propietario, hemos encontrado al revisar las Instituta de Gayo, lugares que no permiten emplear una interpretación semejante; cuyo valor no podemos ocultar ni minimizar: constituyen verdaderos contraejemplos que la rebaten (en el apartado tercero nos referiremos nuevamente a este tema).

Un primer caso se encuentra en el tema de la locatio et conductio –arrendamiento–, donde se expresa:

... atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi¹⁹ –... pero si le hubiese dado mi oro (al orfebre) y pago por la obra acabada, ha sido contraído un arrendamiento–.

En la cita, se emplea una conjugación del verbo do, dare, bajo la forma dedero, en ella no es posible una traducción vinculada a la transmisión del derecho de propiedad, –hacer propietario, tal y como pretendió ver la doctrina rei– porque el contrato subyacente –locatio et conductio– no lo permite. La entrega de la cosa –aurum (oro)– sin transmisión del derecho de propiedad sobre ella, manifiesta una clara disociación entre la res y este derecho.

Un caso análogo se encuentra en el contrato de commodatum (comodato o préstamo de uso). Como sabemos, el commodatum no transmite el derecho de propiedad, este permanece en cabeza de su titular, del comodante, quien para recuperar la res entregada puede ejercer la acción denominada de devolución. Al ejercer esta acción eam ipsam dari nobis oportere intendimus²⁰ –pretendemos que corresponde dársenos la misma (cosa)–.

Nuevamente, el verbo –dari– se ha separado de la transmisión de la propiedad, cuyo derecho tampoco se encuentra en el complemento eam ipsam –ella misma–, una traducción distinta es incompatible con la figura contractual del commodatum de donde fue extraída la cita.

El uso del verbo do, dare, en los contratos citados, permite colegir que la traducción ofrecida por la doctrina rei es sumamente cuestionable. Es todo caso, los ejemplos muestran claramente la escisión de la res, su materialidad, y del derecho de propiedad, cosa muy contraria al pensamiento doctrinario.

Consideramos ahora la última de las expresiones.

1.3. Obligari re dentro de los tipos contractuales romanos

Para comprender el sentido de obligari re, necesitamos partir del marco en el cual los juristas romanos lo trabajaron: las obligaciones y los contratos. En esta sección, citaremos una obra posterior a Gayo, las Instituciones de Justiniano, donde se encuentran pasajes muy significativos sobre nuestra materia.

La expresión obligari re se presenta como una variante directa de la forma re contrahitur obligatio²¹; es decir, contraerse una obligación por la cosa, concretamente, bajo una modalidad contractual. Justiniano señala al respecto: Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione (la negrilla no pertenece al original)²² –Así, aquel a quien se da alguna cosa para disfrutarla, esto es darla en comodato, se obliga por la cosa y por la acción de comodato–.

Seguidamente se indica: Sed is ab eo qui mutuuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur²³. –Pero este difiere mucho de quien recibe por mutuo, pues la cosa no se da para que se haga de él, por lo cual debe restituir la misma cosa–.

El contrato de commodatum, a pesar de no transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa prestada (lo que lo diferencia del mutuuum, cosa que ocurre tanto en derecho romano como en el derecho moderno), tolera perfectamente el empleo de re obligatur (obligarse por la cosa) sin confundir el derecho de propiedad con la cosa misma. El derecho continúa perteneciendo al comodante, mientras que el comodatario tiene la res-sin-derecho-de-propiedad.

Esta idea se complementa con un uso de la forma dare rem radicalmente distinto al sugerido por la doctrina rei: en el primer párrafo se da la res en comodato sin transmitir la propiedad; en el segundo, al contrastarlo del mutuuum, expresamente se indica que non ita res datur ut eius fiat (no se da la cosa para que se haga del otro), ideas que excluyen la inteligencia propuesta por esta doctrina.

Un tratamiento idéntico se encuentra en el contrato de depositum, –depósito– del cual se escribe: Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur et actione depositi; quia et ipse de es re quam accepit restituenda tenetur (la negrilla es

nuestra)²⁴.—Además, aquél ante quien se ha depositado alguna cosa se obliga por la cosa y por la acción de depósito; porque debe restituir la misma cosa que recibió—.

En esta oportunidad, nuevamente reobligatur no contempla la transmisión del derecho de propiedad, tal y como hemos venido recalcando.

2. Usos del lenguaje y la doctrina rei

A pesar de lo que hemos escrito líneas arriba, tanto el latín como las lenguas modernas pueden permitir la confusión del derecho de propiedad con la cosa sin afectar la validez o inteligibilidad de un discurso. En este caso, tal identificación es solo momentánea y aparente, y responde generalmente a un fin pragmático de los hablantes.

Esta observación no se circunscribe solamente al derecho de propiedad, pues se extiende a otros derechos, verbi gracia, la posesión. Dicho fenómeno ya había sido apreciado por Ihering al estudiar, de manera indirecta, los usos del lenguaje en materia de posesión y propiedad, así como los bienes a los que se refieren. Dicho autor acusaba:

Uno de los signos por los cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad. En el lenguaje común se emplean con gran frecuencia esas expresiones como equivalentes. Se habla de grandes posesiones territoriales, de posesiones, de fundos, etc., cuando se trata de la propiedad, y esta confusión se encuentra también entre los romanos (la negrilla es nuestra)²⁵.

Para Ihering, un error como este es propio de la falta de formación técnica en la materia: un jurista no podría, en principio, incurrir en él. Empero, por razones ajenas a la formación técnica, es perfectamente admisible que un profesional confunda la cosa con el derecho sin menoscabar la inteligencia de su discurso. Esto obedece a un principio de economía del lenguaje, el cual pretende evitar la redundancia en la comunicación. En virtud de este principio, una expresión como compré un lote en determinada urbanización, no precisa distinguir entre el lote y la adquisición del derecho de propiedad sobre el mismo, distinción que, respetuosamente, sería ociosa en muchos casos.

Es una realidad que en algún momento de su tratamiento Gayo, así como otros juristas y los romanos en general, pudieron considerar materializado el derecho (de propiedad) en su objeto. Sin embargo, esto no nos permite afirmar, como hemos acreditado, que no eran capaces de separarlos.

Todos esos usos, tal y como son interpretados, pueden comprender simultáneamente la cosa y el derecho de propiedad respectivo. En la lengua latina, representan claros ejemplos de una característica muy peculiar de ella: su carácter sintético²⁶.

Ciertamente, no perjudica al empleo cotidiano de la lengua ese condensar en una sola forma el derecho de propiedad y su objeto. Este proceso no sólo se presentó en el latín sino en nuestra propia lengua; así el castellano nos permite hablar de doné mi automóvil, regalo este libro, vendo esa casa, sin necesidad de establecer una distinción expresa entre el objeto y la transmisión del derecho de propiedad. A pesar de este fenómeno, nadie pensaría que participamos actualmente de la doctrina rei en el derecho costarricense.

Lo mismo puede afirmarse de otras latitudes. Por ejemplo, Manuel Adrogué, al examinar las características del derecho de propiedad expresa:

La plenitud de este derecho lo ha llevado a la cosificación, no sólo en el lenguaje corriente, sino inclusive en el jurídico²⁷.

Continúa este autor:

Y no debe extrañarnos, pues esta transposición —en lugar de indicar que el dominio de la cosa le pertenece, se señala que la cosa es de él— constituye la evidencia de lo que estamos comentando, porque todo el interés que pueda ofrecer queda comprendido en la dimensión de la propiedad. Este fenómeno —cosificación de la propiedad— es una constante desde la Roma primitiva hasta nuestros días²⁸.

Nuestros ejemplos ponen de relieve la relación que existe entre la diversidad de verbos empleados y la función gramatical de la cosa como objeto sobre el cual recae la acción. Por esto, resulta admisible cuestionarse a este nivel si será más bien el verbo el que determina la transmisión del derecho de propiedad; en este sentido, ¿no serán los verbos latinos do, lego, etcétera, los que contextualizan la presencia del derecho de propiedad?

Consideremos la palabra aislada res. ¿Puede esta palabra significar, por sí misma, el derecho de propiedad y la cosa misma? De ninguna manera; sostener lo contrario condenaría los conceptos cartesianos de res cogitans y res extensa al absurdo. Igualmente, una noción como la de res publica (cosa pública) carecería de sentido, valga mencionar al respecto que dicha idea admitió la elipsis del núcleo nominal —res—, con lo cual resultaba que el adjetivo —publica— se constituía en el eje de toda la significación.

Si el concepto de res involucra —tal como lo sostiene la doctrina rei— al derecho de propiedad, lo es solamente en determinados contextos. Creemos que no es solo el verbo, o solo el sustantivo —en estos casos— los que dan lugar a la significación.

Factores como el ambiente cultural, el tipo de objeto, el contexto, etcétera, convergen en todo el proceso. La escisión sintáctica de los vocablos o el cambio de alguno de estos factores, podría implicar la correlativa ruptura semántica²⁹.

Al aislar el término *res*, no puede conservarse el significado global mantenido por la doctrina *rei*, mismo que, de presentarse, responde a fenómenos lingüísticos comunes y vigentes.

No consideramos que los romanos pudieran llegar a identificar a tal punto la *res* con el derecho de propiedad que no logran distinguirlos posteriormente. De confundirlos, lo harían de una forma semejante a la actual, pero, quede claro, eran capaces de separarlos en cualquier momento.

3. Gayo y la doctrina *rei*

Antes de concluir el presente artículo, abordaremos un último problema: existe un pasaje de Gayo donde se ofrece una definición de *dare* que puede asociarse estrechamente con la doctrina *rei*. Reservamos dicho tópico para este momento, con el objeto de familiarizar previamente al lector con los instrumentos que nos parecieron útiles al respecto.

La cita de Gayo se ubica en el *commentarius quartus* –comentario cuarto– de sus *Instituciones*, el cual se destina al estudio de las acciones. El fragmento es el siguiente:

*Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest (la mayúscula se encuentra en el original)*³⁰.

– Distinguidas las acciones de esta forma, resulta claro que no podemos reclamar a otro una cosa nuestra así: *SI CONSTA QUE AQUEL DEBA DAR*, pues no se nos puede dar aquello que ya es nuestro, por cuanto resulta claro que “darnos algo” significa que en estas circunstancias se nos da para que se haga nuestro, y una cosa que ya es nuestra no puede llegar a serlo en un grado mayor–.

El panorama parece tornarse confuso: nos encontramos ante un empleo equívoco, en la prosa jurídica romana, de la expresión *dare rem*, esta, en algunas situaciones, no transmite el derecho de propiedad, como comprobamos en la *locatio et conductio* y el *commodatum*, mientras que en otras sí.

A través del reconocimiento de la función contextual, es posible alcanzar un punto de coherencia en este discurso jurídico. Valorar el contexto permite que, en el ámbito de las acciones, sea posible entender la palabra *dare* bajo el significado ofrecido por Gayo; mientras que en otros campos podrá mantenerse el sentido de dar la cosa. En ninguno de estos casos, como pretendemos mostrar, el derecho de propiedad llega a identificarse con la *res*.

Sabemos muy bien que por esta vía no traicionamos el pensamiento de este jurista, sustentamos esto justamente en el numeral inmediato anterior al transcrito, donde se lee:

*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere [sic]*³¹. –Una acción es real cuando pretendemos que una cosa corporal es nuestra, o que nos corresponde algún derecho (sobre ella)–.

Es decir, existen acciones *in rem*, como la *rei vindicatio*, en las cuales es posible pretender una cosa como propia. Estas acciones revelan la titularidad de un derecho de propiedad separada de la *res* misma, con la que no llega a confundirse. ¿Cuál puede ser entonces el origen de la confusión? Parece que la división de las acciones romanas: tanto las *actio in rem* como las *actio in personam* pueden vincularse con el derecho de propiedad. En las primeras, la propiedad se posee desde un inicio, en las segundas, se puede pretender alcanzar este derecho sobre la cosa a través del cumplimiento de una obligación –*dare*–.

Estas *actio in personam* romanas se encuentran estrechamente vinculadas al tema de las obligaciones. Ciertamente, Gayo explica en el numeral 2 de este comentario que:

In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE (la mayúscula corresponde a la fuente). –La acción es personal cuando demandamos que alguien nos está obligado por contrato o por delito, esto es, cuando pretendemos que debe *DAR*, *HACER* o *PRESTAR*–.

Este fragmento ha influido considerablemente en el derecho moderno. Tengamos presente que de allí se han extraído algunas de las modalidades más significativas de las obligaciones (*dar*, *hacer*), tema rescatado en nuestro Código Civil, artículo 629. Además muestra que *dare* no aparece vinculado directamente con su complemento, la *res*, que no llega a identificarse con el derecho de propiedad, pues es el verbo, en coordinación con su contexto, el que conduce a la idea de la transmisión de tal derecho.

Así en la fórmula *si paret eum dare oportere*, se aprecia cómo el verbo *dare* y no la *res* –la cual se ha omitido– constituye el eje de la pretensión. En el ámbito obligacional, el *dare* aparecerá asociado, de manera indisoluble, al cumplimiento de un deber, producto, por ejemplo, de la celebración de un contrato, un negocio jurídico en terminología moderna. Parafraseando a Gayo:

doy la res para que se haga tuya, pero se hace tuya porque eso habíamos convenido, porque habíamos celebrado, por ejemplo, una emptio et venditio (una compraventa), he aquí la función del contexto.

Este, o cualquier otro contexto, no fue valorado en ningún momento por la doctrina rei, lo cual la llevó a las conclusiones que ya conocemos. Por eso, ni esta última y delicada cita, ni ninguna otra de las anteriormente copiadas, sustenta de manera real y firme la tesis de la doctrina rei.

4. El derecho de propiedad en Roma

Por último, cabe advertir que los romanos no desarrollaron un tratamiento único del derecho de propiedad³². Por ejemplo, Gayo expresa en su *commentarius secundus*:

Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere³³.

—Conviene señalar que los extranjeros solo tienen un tipo de propiedad, pues o se es o no se es propietario. Del mismo modo, antes los romanos lo regulaban, pues o se era dueño por derecho quiritario o no se era. Sin embargo, posteriormente se dividió la propiedad de forma que alguien podía ser dueño por derecho quiritario y otro ser propietario bonitario—.

El pasaje anterior implica la existencia de dos tipos de propiedad: la quiritaria y la bonitaria. Estas podían estar superpuestas si no se habían respetado las formalidades para la transmisión del derecho de propiedad quiritario, en particular, la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

Si un bien debía transmitirse por estos medios, por ejemplo un esclavo, y no se hacía de otra forma, el transmitente continuaba con la titularidad quiritaria, y el adquirente recibía una propiedad bonitaria. Esta última le permitía *usucapir* la propiedad quiritaria del bien al término de un plazo.

Esta distinción permite detectar que la propiedad quiritaria podía manifestarse como un mero derecho sin la *res*, cuya posesión la tiene el adquirente. La anterior circunstancia desmiente en sus propias bases el fundamento de la doctrina rei, que identifica el derecho con la cosa. Es posible así tener un derecho sin la cosa, al igual que una cosa para adquirir un derecho.

5. A manera de conclusión

Creemos haber demostrado de manera satisfactoria cómo el derecho romano fue capaz de distinguir entre el derecho de propiedad y la *res* sobre la cual recae. No dudamos que la cita de Gayo en el comentario cuarto a sus *Instituciones* representa un caso de empleo técnico en materia de obligaciones y acciones del derecho romano, empleo que no solo pone de relieve la importancia del contexto, sino que concentra la transmisión del dominio en el verbo *dare*, en lugar de la *res*.

Existen otras instituciones del derecho romano, como la *bonorum possessio* y la *usucapio*, que refuerzan la distinción entre *res* y derecho de propiedad, pero su análisis quedará para un estudio posterior. Asimismo, varios aforismos latinos, los cuales no hemos entrado a analizar acá, ponen de relieve la distinción de los planos axiológico y fáctico en la mentalidad romana, problema ontológico subyacente a la doctrina rei, su desarrollo lo reservamos para un estudio futuro.

Por último, parece claro que la *res* no llega a circunscribirse, ni mucho menos, al simple *corpus* —materialidad—, término que irónicamente sirvió en el derecho romano para referirse a fenómenos tan disímiles como esa materialidad y la personalidad jurídica de los entes morales, pero sobre esto hablaremos en otra ocasión.

Bibliografía

ADROGUE, Manuel I. El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones: Multipropiedad, cementerios privados, clubes de campo, centro de compra, parques industriales. Reimpresión, Abeledo-Perrot Editorial, 1995.

ARIAS RAMOS, J. Derecho romano. Tomo I. 18a. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1994.

ARIAS RAMOS, J. Derecho romano. Tomo II. 18a. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1994.

ARMIJO SANCHO, Gilberth A. La Facultad de derecho en la Universidad de Santo Tomás. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, 1984.

BASCUÑAN VALDEZ, Aníbal. Evaluación de los estudios jurídicos en la Universidad de Costa Rica. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1964.

BLANCH NOUGUES, José María. La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano. Dykinson, Madrid, 1997.

BISCARDI, Arnaldo. Tema de derecho romano. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1987.

CARAMES FERRO, José M. Curso de derecho romano. 10a. edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976.

COUTURE, Eduardo. Diccionario jurídico. Ediciones Depalma, Argentina, 1963.

D'ORS, Álvaro. Derecho privado romano. 3a. edición revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1977.

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A. Estudios de derecho romano en honor de Álvaro D'Ors. Tomo I. Pamplona, 1987.

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A. Estudios de derecho romano en honor de Álvaro D'Ors. Tomo II. Pamplona, 1987.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. Nuevo currículum, aprobado por la Vicerrectoría de docencia en 1983. Texto poligrafiado, 1983.

FREGE, Gottlob. Escritos lógico-semánticos. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1974.

FRONDIZI, Risieri. La universidad en un mundo de tensiones-Misión de las universidades en América Latina. Editorial Paidós, Buenos Aires.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Diccionario de jurisprudencia romana. Reimpresión de la 3a. edición, Madrid, Dykinson, 1993.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho privado romano, acciones, casos, instituciones. 6a. edición, Dykinson, Madrid, 1995.

GARCÍA MURILLO, Guillermo Víctor. La propiedad según el derecho romano. La propiedad. Ensayos. 1a. edición, Editorial Juricentro, S. A., 1983, p. 77-114.

GAYO, Gayo. Instituciones, edición bilingüe. Reimpresión de la 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990.

GOLDSTEIN, Daniel. Biotecnología, universidad y política. 1a edición, Siglo veintiuno editores, S.A., Madrid, 1989.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. Diccionario de derecho romano. 3a. edición, Reus, S. A., Madrid, 1982.

IGLESIAS, Juan. Derecho romano, historia e instituciones. 11a. edición, Editorial Arias, S. A., Barcelona, 1993.

IGLESIAS, Juan. Las fuentes del derecho romano. 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1989.

IGLESIAS REDONDO, Juan. Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas. 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1986.

JUSTINIANO. El digesto de Justiniano. Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

JUSTINIANO. El digesto de Justiniano. Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

JUSTINIANO. El digesto de Justiniano. Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.

JUSTINIANO. Instituciones de Justiniano. Edición bilingüe, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1973.

Ley de las XII tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones de César Rascón García y José María González. 2a. edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1996.

MORINEAU IDUARTE, Marta. Derecho romano. 3a. edición, Harla, S. A., México, 1993.

NICHOLAS, Barry. Introducción al derecho romano. 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987.

ORTOLAN, M. Compendio del derecho romano. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978.

PARICIO, Javier. Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados. 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987.

PÉREZ LEDO, Juan A. El movimiento critical legal studies. Tecnos, S. A., Madrid, 1996.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho privado. 1a. edición, Publitex, S. A., San José.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Propiedad y reivindicación de bienes inmuebles. La propiedad. Ensayos. 1a. edición, Editorial Juricentro, S. A., 1983, pp. 435-453.

PETIT, Eugène. Tratado elemental de derecho romano. Editora Nacional, S. A. México, 1952.

PRECIADO AGUDELO, Darío. Frases latinas del derecho usual. 1a. edición, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1993.

PRECIADO AGUDELO, Darío. El contrato de sociedad en el derecho romano. 1a. edición, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1988.

QUIRÓS RODRÍGUEZ, Manuel A. El latín y las lenguas romances. 1a. edición, Editorial Universidad de Costa Rica, 2000.

RASCON GARCÍA, César. Manual de derecho romano. 1a. edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1992.

RIBEIRO, Darcy. La universidad latinoamericana. 2a edición ampliada, Ediciones de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971.

RODRÍGUEZ MARTÍN, José Domingo. Fragmenta augustodunensia. Editorial Comares, Granada, 1998.

SEARLE, John. Actos de habla. 1a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., 1990.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho privado romano. 2a reimpresión, Librería Señal Editora, Medellín, 1996.

VON IHERING, Rudolf. Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho. Del interés en los contratos. La posesión. 1a. edición, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina.

1 Profesor de Filología Clásica y de Derechos Reales por la Universidad de Costa Rica.

2 IGLESIAS, Juan. Derecho romano, historia e instituciones, 11ma. Edición, Editorial Arias, S. A., Barcelona, 1993, p. 207.

3 En la doctrina nacional, esta idea es reiterada por GARCÍA MURILLO, Guillermo Víctor. La propiedad según el derecho romano. La Propiedad. Ensayos. 1a. edición, Editorial Juricentro, S. A., 1983, p. 114.

4 JUSTINIANO. Instituciones de Justiniano, edición bilingüe, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1973, p 17.

5 JUSTINIANO. Op. cit., PROEMIUM 3, 4 y 7.

6 *Ibíd.*, 6.

7 GAYO. Instituciones, edición bilingüe, reimpresión de la 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990, III, 91, para cualquiera de las citas de este autor, el número romano se refiere al comentario de que se trata, mientras que el numeral arábigo al párrafo correspondiente.

8 *Ibíd.*, 206.

9 GAYO, op. cit., II, 1.

10 *Ibíd.*, I, 8.

11 D'ORS, Álvaro. Derecho privado romano, 3a. edición revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1977, nº. 131.

12 *Ibíd.*

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

15 Puede consultarse sobre este punto PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado, 1a. edición, Publitex, S. A., San José, pp. 435-451.

16 COUTURE, Eduardo. Diccionario jurídico, Ediciones Depalma, Argentina, 1963, p. 513.

17 PÉREZ VARGAS, Víctor. Propiedad y reivindicación de bienes inmuebles. La Propiedad. Ensayos. 1a. edición, Editorial Juricentro, S. A., 1983, pp. 435-452.

18 GAYO, op. cit., II, 194.

19 GAYO, op. cit., III, 147.

20 *Ibíd.*, IV, 33.

21 JUSTINIANO, *op. cit.*, III, XIV (los números romanos corresponden en esta obra, por su orden, al libro y al título, el numeral arábigo, cuando lo haya, se refiere al párrafo respectivo de la cita).

22 JUSTINIANO, *op. cit.*, III, XIV, 2.

23 JUSTINIANO, *op. cit.*, III, XIV, 2.

24 JUSTINIANO, *op. cit.*, III, XIV, 3.

25 VON IHERING, Rudolf. Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho. Del interés en los contratos. La posesión. 1a. edición, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, p. 163.

26 Una lengua es sintética cuando reúne las unidades de significación dentro de una misma palabra, en cambio, las lenguas analíticas emplean varios elementos morfosintácticos para espresar una idea. QUIRÓS RODRÍGUEZ, Manuel A. El latín y las lenguas romances. 1a. edición, Editorial Universidad de Costa Rica, 2000 p. 160.

27 ADROGUE, Manuel I. El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones: Multipropiedad, cementerios privados, clubes de campo, centro de compra, parques industriales. Reimpresión, Abeledo-Perrot Editorial, 1995, p. 140.

28 *Ibíd.*

29 Sobre el papel del contexto en la significación puede consultarse: SEARLE, John. Actos de habla. 1a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., 1990 y FREGE, Gottlob. Escritos lógico-semánticos. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1974.

30 GAYO, *op. cit.*, 4.

31 GAYO, *op. cit.*, 2.

32 En este sentido, GARCÍA MURILLO, Guillermo Víctor, *op. cit.*

33 GAYO, *op. cit.* II, 40 y 41.

EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y SUS EFECTOS

Dr. Manuel Rojas Salas*

Con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal desapareció la etapa denominada de instrucción formal, al igual que otros institutos, y se trasladó de modo exclusivo la responsabilidad de la etapa investigativa al Ministerio Público, por ser este el órgano encargado del ejercicio de la acción penal. De ahí que resulte sumamente interesante el estudio del denominado sobreseimiento provisional, el cual prácticamente viene a ser una especie de resolución intermedia entre la acusación y el sobreseimiento definitivo y, de alguna forma, debilita la situación de la investigación, pero no desliga al acusado totalmente de los hechos que le han sido atribuidos por la fiscalía a lo largo de esta. La resolución es totalmente novedosa en relación con la nomenclatura utilizada por la anterior legislación.

1. Su definición: el Código Procesal Penal establece en el artículo 314 la posibilidad de que se dicte el sobreseimiento provisional cuando falten elementos de prueba para sustentar la acusación, y no corresponda disponer el sobreseimiento definitivo del acusado. No es una sentencia, sino un auto que ha de ser debidamente fundado, de conformidad con lo establecido al efecto por el artículo 142 del Código Procesal Penal. Algunos lo han identificado como un modo anormal de terminación del proceso¹.

2. Su oportunidad: se dicta en la etapa o procedimiento intermedio, por parte del juez. Puede ser dictado perfectamente a petición del Ministerio Público, de conformidad con lo que establece el artículo 299 del Código Procesal Penal, o bien, luego de que se realice la audiencia preliminar. Se ha criticado en algunas ocasiones, y dado lo novedoso de la legislación y su reciente entrada en vigencia, que con posterioridad a la audiencia preliminar el juez únicamente puede optar por alguna de las situaciones expresamente contempladas en el artículo 319 del Código de Rito, dentro de las que no se encuentra el sobreseimiento provisional. Aceptar tal criterio sería absurdo, puesto que coartaría el principio de independencia del juez y conllevaría aceptar que el dictado de sobreseimiento provisional únicamente procede a petición de parte, específicamente del Ministerio Público. Además, el sobreseimiento provisional exige una labor de análisis del juez respecto de la acusación y dentro de una apropiada interpretación. Al manifestar el numeral 319 supracitado la factibilidad de que el juez disponga del sobreseimiento provisional, se encuentra ya incluida y puede dictarse con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar.

3. Sus efectos: a diferencia del sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento provisional no cierra de un modo terminante e irrevocable el proceso, sino que este entra en un estado que bien se podría denominar latente, similar a la situación que se presentaba con la prórroga extraordinaria de la instrucción en la anterior legislación. Sin embargo, tal instituto se dictaba de conformidad con el artículo 325 del antiguo Código de Procedimientos Penales, cuando una vez finalizado el período ordinario de instrucción y agotados los elementos de juicio, no era posible alejar la sospecha que daba pie a la iniciación de la persecución penal, ni tampoco concluir en la probabilidad que requería la acusación². A modo de aclaración, cabe señalar que anteriormente, en una buena parte de los asuntos tramitados por instrucción formal, se dictaba prórroga extraordinaria ante la existencia de lo que se denominaba una duda positiva³. Un efecto importante del sobreseimiento provisional es el cese automático de cualquier medida cautelar que se haya dictado en contra del imputado. Esto viene a revelar el debilitamiento en cuanto al curso de la investigación o de la acusación que se había formulado, al punto que no se considera necesario mantener sujeto al encartado.

4. Su contenido: en el sobreseimiento provisional, el juez debe declarar por qué considera que el asunto no corresponde enviarlo a juicio e, igualmente, por qué no dispuso el sobreseimiento definitivo del acusado. Puede pensarse que tal motivación es imprescindible puesto que, por regla general en la audiencia preliminar, los sujetos procesales, específicamente el Ministerio Público y la Defensa, procuran que el asunto se ventile en juicio para verificar la hipótesis acusatoria, el primero; y el segundo, que su defendido sea beneficiado con un sobreseimiento definitivo. El juez indicará los elementos de prueba que, a su juicio, han de ser agregados a la investigación, con detalle de la incidencia que puedan tener; en otras palabras, el sobreseimiento provisional debe limitarse a los casos en que exista alguna posibilidad real y concreta de que la investigación pueda continuar.

Lo anterior es un problema, puesto que viene a constituir un resabio del sistema mixto, en donde el juez incursiona en el ámbito de la investigación e indica la prueba faltante, aspecto que es competencia exclusiva del Ministerio Público, por ser el encargado de la investigación. Se cree que en este caso el juzgador ejerce una función que no le está encomendada por el ordenamiento jurídico, y se vulnera de esta forma la separación de funciones propia de un sistema acusatorio. La posición del juez debe ser la de un tercero imparcial en el asunto, de ahí que lo ideal sería que indicara al fiscal respecto de la conducción de una actividad meramente investigativa; aparte de que ello conlleva la devolución del asunto a etapas ya precluidas, situación que se prohíbe de modo expreso en el párrafo final del artículo 179 del Código Procesal Penal. En ese sentido, se coincide en que: Solo siendo ajeno al conflicto, siendo tercero, siendo no-parte, estará en condiciones el juez, de discernir con lucidez, de encontrar la justicia en el caso concreto⁴.

5. Recursos: el sobreseimiento provisional carece del recurso de apelación, de forma tal que no puede ser revisado por el superior. Esta situación acarrea un serio problema cuando el juzgador, en algún caso complejo, decida no enviar el asunto a juicio, o tampoco disponga el sobreseimiento y sí la realización de prueba absolutamente improcedente e impertinente. Lo anterior, únicamente para evitarse el trabajo que podría llevarle el dictado de una sentencia de sobreseimiento o bien un auto de apertura a juicio, donde deba bastantear y seleccionar las pruebas aportadas.

La situación planteada es preocupante, puesto que vendría a ser la salida más fácil para el juez, y con ello deja a las partes imposibilitadas de ejercer cualquier remedio impugnatorio. Es prudente acotar que en algunas ocasiones, especialmente los defensores han recurrido al sobreseimiento provisional con el argumento de que la resolución causa un gravamen irreparable, y de conformidad con lo que se estipula en el artículo 437 del Código Procesal Penal. Pero la posición mayoritaria de los tribunales, con la que se concuerda, es la de considerar que tal resolución no ocasiona un gravamen que se pueda estimar irreparable desde la perspectiva procesal.

Puede pensarse, válidamente, en un caso en que el Ministerio Público haya realizado una investigación diligente y cuente con un fuerte respaldo probatorio y que la defensa, incluso, no se haya opuesto a la acusación, haya dejado el asunto para que se discuta en la fase plenaria y el juzgador decide simplemente ordenar el sobreseimiento provisional. Esto prácticamente vendría a limitar, sin mayor remedio, la actividad del Ministerio Público. Puede pensarse también acerca de algún caso complejo en donde se disponga el sobreseimiento provisional y se indique el faltante de una prueba, cuyo contenido ya hubiera sido recabado por el órgano fiscal, pero que se desechara por considerarlo impertinente.

Un ejemplo de una aplicación indebida del sobreseimiento provisional podría ser el siguiente: en el trámite de la causa, la ofendida, esposa del acusado, se presenta a denunciar que al apersonarse a la oficina de su esposo él no estaba, y en la memoria del teléfono encontró un número que correspondía al de la amante del hombre. Esto ocasionó una discusión entre los esposos. En ese momento, el acusado tomó unas tijeras del escritorio y las lanzó contra la ofendida e impactaron en su brazo izquierdo, lo cual la hirió y la incapacitó por diez días para sus actividades habituales. Realizada la investigación, el Ministerio Público solicitó la apertura a juicio y formuló la acusación, ofreciendo el testimonio de la ofendida y el dictamen médico que corroboraba su dicho. Con posterioridad a la audiencia preliminar el juez resolvió:

Se cuenta con el testimonio de la ofendida, misma que debe recabarse en juicio, en una audiencia oral y pública, conforme a la norma 276, 334, declaración que no se evalúa en este acto, sino la prueba documental de folio uno, que consiste en la denuncia y en la cual la ofendida manifiesta la presencia de varios testigos, prueba que no se propone en la acusación, ya que únicamente se propone como prueba la denuncia y el testimonio de la ofendida, no dando el grado de probabilidad de la existencia de los hechos y la relación del encartado con ellos, únicamente por el dicho de la ofendida, no se realizó investigación, si verdaderamente la ofendida se presentó a la oficina del encartado, si verdaderamente este había salido de su despacho, y que estos hubieran discutido, donde los propios empleados observan la violencia del encartado y posteriormente la agresión, solamente se da el dicho de la ofendida, que no es respaldado por ningún testigo, sólo la existencia de un dictamen médico de lesión, misma que no necesita darse en el caso de la agresión con arma, pero que puede ser un elemento que complementa la prueba, por tanto debe de recabarse la prueba testimonial necesaria, ya que como reitero solo se ofrece como prueba la declaración de la ofendida, misma que es protegida por la ley, abstenerse de declarar en cualquier acto, incluso en la audiencia oral y nos dejaría sin prueba alguna... [sic]

Como se puede ver, aparte de que los argumentos y el razonamiento del juzgador son tremendamente confusos, en el texto de la resolución pareciera que, al carecer de una base para la acusación, el juez debió disponer el sobreseimiento definitivo e irrevocable, a efecto de que el proceso penal se cerrara. Esto además de los graves errores que se observan en la resolución, relativos a la forma de apreciar la prueba en un asunto típico de violencia doméstica, del que no corresponde ocuparse en el presente trabajo. Lo cierto es que la resolución no se ajusta a los presupuestos establecidos para el sobreseimiento provisional en la legislación costarricense, ya que el juzgador no indica qué prueba hace falta recopilar, sino que se limita a señalar que debe recabarse la prueba testimonial necesaria. En esta situación habría un defecto procesal absoluto, puesto que se dicta un fallo en desatención a la naturaleza y finalidad del sobreseimiento provisional, aparte de que afectaría lo relativo a la participación del Ministerio Público, órgano al que se obligaría a buscar una prueba que el juzgador no ha detallado.

En un caso como el que se ilustra, no le queda más remedio al órgano fiscal que proceder a recabar la correspondiente prueba, si es que existe tal posibilidad, y volver a solicitar la apertura del juicio, incluida la nueva prueba o lo referente a su análisis, con la lógica protesta en razón del vicio procesal causado por la actividad del juzgador, y que va en demérito de la actividad a cargo del órgano investigador.

El expediente o legajo de investigación, en conjunto con las probanzas, se enviará a las oficinas del Ministerio Público; no puede permanecer en poder del juzgador, ya que esto implicaría que el juez asuma el papel de investigador e impediría que el fiscal valore lo procedente en relación con la nueva prueba que se agregue.

6. Transcurso del plazo: en el plazo de un año, solamente pueden hacer llegar las probanzas que indicó el juzgador. De lo contrario, el asunto desembocará irremediablemente en el dictado del sobreseimiento definitivo, por lo que las partes, en especial el Ministerio Público y el querellante, deben mantenerse atentas sobre las pruebas que se indicó debían recabarse 5. De ahí que una vez transcurrido el plazo, ha de dictarse de oficio el sobreseimiento definitivo, puesto que no se varía el estado existente que motivó el dictado del sobreseimiento provisional. En este punto es importante señalar que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, en un caso en que la fiscalía confeccionó la acusación dentro del plazo, pero la trasladó al Juzgado Penal luego del vencimiento, lo siguiente:

En la especie, no se observa ningún problema de interpretación de las normas, como se afirma en el recurso, sino de negligencia del Ministerio Público que no formuló la solicitud correspondiente dentro del año por el que se dispuso el sobreseimiento provisional, a pesar de que desde varios meses atrás contaba ya con elementos de prueba que en su criterio le permitirían elevar el asunto a juicio. Ha de entenderse que el plazo dicho funciona como cualquier otro en lo relativo a las partes y por ello, no es la fecha que estas inserten en sus escritos la que permitirá controlar el cumplimiento del término, sino la de su recibo por el órgano jurisdiccional llamado a resolver6.

Dentro del plazo de un año, sin que haya operado su vencimiento, debe solicitarse nuevamente la apertura a juicio, que solo procede a instancia de parte del querellante o del fiscal, por medio de una nueva solicitud de apertura a juicio y una nueva acusación o querrela. La apertura a juicio no procedería ante una actuación de oficio del juez, por estar ante un sistema marcadamente acusatorio que conlleva el deber de las partes o sujetos procesales a motivar la actuación jurisdiccional, y resulta imposible hacer privar la opinión del Juez en la promoción de la acción penal.

Corresponde cuestionarse quién debe recabar la prueba. La respuesta se encuentra dentro de los principios que rigen un sistema como este: el juez no está facultado para realizar las gestiones tendentes a la obtención de las probanzas, sino quienes deben realizarlas son los acusadores: el Ministerio Público o, en su caso, el querellante. La realización de las diligencias probatorias por parte del juez implicaría una intromisión indebida en las labores investigativas y podría plantearse en su caso una protesta por violación al debido proceso.

Cabría preguntarse si una vez recabada la nueva prueba, el fiscal debe presentar una acusación distinta, tomando en consideración la prueba nueva, en el supuesto de que sirviera de base a la hipótesis acusatoria. Puede creerse que la respuesta es afirmativa y que esto se desprende de la expresión si no se solicita la reapertura, lo que interpretado a contrario sensu conlleva a que deba presentarse una nueva acusación en donde se inste nuevamente a la apertura a juicio. Se reafirma la anterior conclusión en la circunstancia de que la prueba allegada podría variar fundamentalmente algunos detalles de la acusación y permitir una mayor concretización de la especie fáctica atribuida, aparte de que conforme lo dispone el artículo 303, inciso e) del Código Procesal Penal, si la prueba viene a acuerpar la hipótesis acusatoria, debe incluirse dentro de la acusación.

Como consecuencia de lo anterior, no podría el juez de la etapa intermedia, contando únicamente con la nueva solicitud de apertura a juicio, proceder a dictar el auto de apertura, sino que debe examinar nuevamente la acusación en la audiencia correspondiente, luego de escuchar a la defensa y a las demás partes involucradas. Entender lo contrario implicaría lesionar el principio de oralidad y el debido proceso.

Surge el cuestionamiento respecto de qué sucedería si se ha recabado una prueba distinta de la ordenada por el juez, que viene a aportar nuevos elementos al órgano de la acusación. En este punto hay que destacar que, por la naturaleza misma del sobreseimiento provisional, en donde el juez incursiona en la actividad investigativa, el Ministerio Público solamente podría recabar la prueba que el juez haya indicado en su resolución, sin que exista posibilidad de incorporar nuevos elementos. Con esto no se estima lesionar los intereses de la fiscalía, sino que no puede perderse de vista que ya el órgano investigador ha estimado como agotada la etapa de investigación penal preparatoria, e incluso ha procedido a formular la acusación correspondiente, de forma tal que su actividad con posterioridad al sobreseimiento provisional se encuentra limitada y circunscrita a los elementos de prueba que el juez ha echado de menos.

En otras palabras, el plazo no puede ser tomado como una prolongación indebida de la investigación penal preparatoria, sino que se trata de un caso de excepción, en donde la actividad investigativa tiene que limitarse a las pruebas que se señalan en el sobreseimiento provisional, por cuanto el órgano fiscal ha estimado concluida la etapa preliminar. De tal modo, si esos nuevos elementos hicieran referencia a otros no sería posible recabarlos, ya que ello sería transgredir la orden del juez en cuanto a las probanzas que deben y pueden ser recabadas. Estimar lo contrario conllevaría una seria vulneración al debido proceso, pues implicaría permitir al Ministerio Público que haga acopio de probanzas que debió recabar con anterioridad al dictado del sobreseimiento provisional.

Como consecuencia, tampoco resultaría admisible que la defensa intentara en este lapso la producción de otras pruebas distintas de las que ha ordenado el juzgador, puesto que el Código Procesal Penal regula celosamente el principio de igualdad procesal en su artículo seis. Con esto no se estima que podría vulnerarse el derecho de defensa ni el debido proceso, pues el legislador autorizó que en el período dicho se recabe únicamente la prueba que señale el juzgador, destinada a aclarar la panorámica de la investigación. La defensa tiene la oportunidad de ofrecer la prueba que estime pertinente al momento en que se le concede la correspondiente audiencia en relación con la solicitud de apertura a juicio, que tal como se señaló, debe ser confeccionada por el fiscal si se estima que la nueva prueba da pie para tal petición.

A modo de conclusión, puede decirse que el sobreseimiento provisional es un instituto que permanece como un resabio del sistema anterior; resulta conveniente que se piense en su eliminación de un ordenamiento garantista que ha dado un giro hacia la oralidad, con una tendencia marcadamente acusatoria. Lo anterior porque en última instancia deja al acusado sujeto a la etapa investigativa, por el plazo de un año, por decisión de un órgano jurisdiccional, que impone su criterio respecto del orden de la investigación al Ministerio Público, órgano al que el legislador le ha reservado una actuación plena sobre el particular. Además, por las particularidades que presenta, es un instituto que puede prestarse en la práctica para abusos, tanto del juzgador como del fiscal, con detrimento para la causa y para los intereses del imputado.

Bibliografía consultada

BAUMANN, Jurgen. Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

CORTÉS COTO, Róald. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal. Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador), VV.AA. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Ed. del Colegio de Abogados, San José, 1997.

MAIER, Julio. La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Ed. Lerner, Buenos Aires, s.a.e.

NÚÑEZ, Ricardo. Código Procesal Penal anotado. Ed. Lerner, Buenos Aires, 1986.

TIJERINO PACHECO, José María. La justicia como principio general del proceso penal. Lección inaugural del curso de 1999, en: Cuadernos de Estudio del Ministerio Público, Imprenta Judicial, San José, 2000, pp. 43-56.

Abreviaturas utilizadas

Cfr. Confrontar

Ed. Editorial o ediciones

p. Página

pp. Páginas

s.a.e. Sin año de edición

VV.AA. Varios autores

***Juez del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.**

1 BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 228.

2 MAIER, Julio. La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Ed. Lerner, Buenos Aires, s.a.e., p. 61.

3 Se señala que solo la duda sobre la posibilidad del hecho atribuido o sobre la posibilidad de la participación del imputado en él, pueden autorizar la prórroga extraordinaria. En ese sentido cfr. NÚÑEZ, Ricardo. Código Procesal Penal anotado, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 299.

4 TIJERINO PACHECO, José María. La justicia como principio general del proceso penal, en: Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica, San José, 2000, p. 52.

5 Así, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Procedimiento intermedio, en: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Ed. del Colegio de Abogados, San José, 1997, p. 626.

6 Así Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no. 939 de las nueve horas con cuarenta minutos del 28 de setiembre de 2001. En la misma resolución se ordenó un testimonio de piezas para ante el fiscal general de la República.

7 Así opina GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Procedimiento intermedio, en: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Ed. del Colegio de Abogados, San José, 1997, p.626.

8 MAIER, Julio. Op. cit., p. 61.

9 Así opina CORTÉS COTO, Rónald. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal, Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998, p. 111.

ASPECTOS BÁSICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

(Una presentación didáctica
para quien inicia el estudio del tema)

Dr. Minor E. Salas*

Advertencias

Recientemente leía el ensayo de un escritor quien señalaba algo muy sugerente; afirmaba que cuando alguien lee, lo hace con dos objetivos vivenciales: uno es entretenerse y el otro, ser informado o convencido de una idea (Rodell, 1936). Para lograr lo primero, un escrito debe manifestar el don del humor y de la perspicacia, y para lograr lo segundo debe poseer el don de la claridad. Este ensayo se declara partidario de lo segundo; es decir, de la claridad. Teniendo este fin a la vista se adoptaron algunas medidas de simplificación: en primer lugar, se exponen solo las ideas básicas del difícil tema de la imputación objetiva; si se quisiera profundizar habría que hacer una serie de precisiones que le restarían irremediablemente fluidez al texto, despojándole además de su carácter de introducción. En segundo lugar, se utilizan abundantes ejemplos, algunos tomados de la jurisprudencia alemana, los cuales son útiles y esclarecedores cuando se trata de explicar temas complejos del derecho penal. En tercer lugar, se prescinde de sobrecargar el documento de citas y de referencias bibliográficas, pues ello obligaría a que el texto se extendiera más allá de lo deseado. Se han omitido las notas al pie de página, sustituyéndolas por el sistema de referencias entre paréntesis, que hace la lectura más fluida y de fácil comprensión.

Por último, quiero mencionar el motivo por el cual decidí escribir sobre este tema. La problemática de la imputación objetiva es una de las muchas piezas que conforman la llamada teoría teleológica-funcional del derecho penal (Roxin, 1972; Schönemann, 1991; Martínez Escamilla, 1992, p. 30 y ss.), cuyo principal fundador es el profesor Claus Roxin, a quien le debo mucho más que las breves ideas aquí presentadas. Desconozco en gran medida cuál es en este momento el interés o el nivel de discusión que se da en Costa Rica sobre el tema. Cualquiera que sea el caso, la doctrina de la imputación objetiva representa, desde hace algunos años, uno de los problemas más discutidos en varios países y, a su vez, uno de los puntos difíciles en el análisis de la categoría dogmática de la tipicidad. Todo lo anterior justifica, al menos eso espero, su presentación.

I. ¿En qué consiste la categoría de la imputación objetiva y cuál es su necesidad teórico-práctica hoy?

Antes de responder esta pregunta habrá que hacer un recorrido por los diversos aspectos que conforman la imputación objetiva, pasando desde su génesis, funciones y definición, hasta llegar a sus componentes principales.

1. Planteamiento del problema y definición

Dicho en forma concreta y resumida, la problemática de la imputación trata de lo siguiente: todo juez, al buscar resolver un caso práctico de los que se le presenta a diario en su vida laboral, se enfrenta con dos realidades empíricas concretas:

— Por un lado, el juez tiene ante sí un resultado (este artículo se concentra en los delitos de resultado, sin entrar a considerar la problemática de los delitos de mera actividad, de omisión y de imprudencia). Esta consecuencia consiste en la lesión de un bien jurídico —o sea, de un valor axiológico constitucionalmente protegido— (Roxin, 1997, p. 55 y ss.). Tal resultado, como manifestación en el mundo empírico-social, se considera nocivo para el orden jurídico, y más concretamente para una específica comunidad de personas.

— Por otro lado, el juez tiene también ante sí a una persona; es decir, a un imputado de quien se sospecha llevó a cabo la actividad lesiva.

¿Qué hacer con estas dos realidades concretas? Un problema fundamental del derecho penal consiste en determinar el vínculo existente entre el accionar del imputado y el resultado lesivo que se ha originado (Jescheck 1996, p.277; Wessels 1998, p.48; Stratenwerth, 2000, p.104). Con palabras más claras, se trata de saber si la lesión que se produjo de un bien jurídico le puede ser imputada al autor como obra suya. Para atribuirle ese resultado al autor, el derecho penal se vale de un conjunto de reglas semánticas (normas) y pragmáticas (procesos). A la totalidad de estas reglas es justamente la que hoy se llama de imputación objetiva. O dicho en palabras de Jescheck, la imputación objetiva trata la cuestión de saber si un resultado puede ser visto como la obra de un autor en particular (Jescheck, 1996, p.277, nota al pie Nr.2; igual Wessels, 1998, p. 48).

Vale la pena hacer una breve aclaración sobre el concepto de 'resultado' que se empleó en el párrafo precedente. Esta noción es muy discutida en la doctrina de la imputación objetiva. Para un grupo de autores, el resultado debe ser entendido como un hecho óptico —como algo que pertenece al ser o al mundo material— (ref. en Martínez Escamilla, 1992, p. 41 y ss.); otros consideran este enfoque como incorrecto. El resultado debe entenderse, no desde una perspectiva óptica, sino como un concepto puramente jurídico-simbólico, de allí la necesidad de una definición normativa o estipulativa del mismo. Para esta segunda concepción lo fundamental no es que en la realidad se den o no ciertos resultados, como por ejemplo, que alguien mate a alguien, o que alguien hurte un objeto propiedad de otro, etc.; fenómenos constitutivos de una realidad material, sino que dichos fenómenos tengan una relevancia normativa para el derecho penal. Esa relevancia consiste, no en el acaecimiento

de un suceso ontológico (cualquier cosa que esto signifique), sino en la lesión de un estado de cosas que se considera valioso para una comunidad de personas (Reyes Alvarado, 1997, p.183). En este aspecto yace el carácter ético-simbólico del derecho penal. Así, por ejemplo, quien toma el paraguas de otro porque lo confunde con el propio, crea en la realidad un resultado material –consistente en desposeer a alguien de su propiedad–. No obstante, desde el punto de vista de la atribución de responsabilidades, que interesa al derecho penal, esa consecuencia puede llegar a ser incluso irrelevante.

Este ensayo se adscribe al segundo enfoque. Se estima que el principal papel desempeñado por la imputación objetiva es la atribución de responsabilidades penales desde un punto de vista jurídico, y no meramente naturalista u ontológico. Dicho más claramente: atribuir una responsabilidad penal a una persona es producto del consenso y de la voluntad política-criminal de una comunidad con determinados valores que se plasman en normas. La sanción penal no es una circunstancia que emane automáticamente de un resultado en el mundo, sino que se desprende de la decisión de alguien. ¡Es un fenómeno político, no ontológico! Sin embargo, no se incurre aquí tampoco en el exceso de prescindir de la realidad (sin detallar qué significa tal cosa), cayendo así en un normativismo puro y exacerbado que hace del derecho penal un mero universo conceptual abstracto, escasamente vinculado a realidades empíricas concretas y que, con razón, ha sido catalogado como un mero platonismo de las normas (Albert, 1993, p. 14).

2. Antecedentes y funciones de la imputación objetiva

La noción de imputación objetiva se desarrolla por primera vez, desde el punto de vista penal, en un trabajo del alemán Richard Honig (1930). Sin embargo, quien elaboró modernamente la categoría, y alcanzó importantes adscripciones en la doctrina alemana e internacional fue Claus Roxin con su trabajo: *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, 1970 [Trad. “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal”, 1976]. Posteriormente los discípulos de Roxin, en especial Rudolphi (1969) y Schünemann (1975) aportaron elementos importantes en la configuración epistemológica de la categoría. A partir de allí la cantidad de estudios que se han efectuado es numerosa, de tal forma que el concepto y su contenido han ganado con el tiempo mayor exactitud y elaboración. Actualmente, la literatura que existe en torno al tema es prácticamente inabarcable. Los trabajos que aquí se citan son algunos de los más representativos.

Hoy se reconoce que la idea de imputación objetiva surge como respuesta a las dificultades de aplicación que trae consigo la categoría de la causalidad en el derecho penal (Roxin, 1997, p. 362 y ss.; Jescheck, 1996, p.277; Muñoz Conde, 1996, p. 245; Bacigalupo, 1990, p.121; Mir Puig, 1990, p.245;). De ahí que los antecedentes teóricos directos de la imputación objetiva sean algunas de las teorías de la causalidad, las cuales dominaron la discusión durante décadas. Tiene razón Jescheck cuando dice que la dógmatica reciente ha acogido los puntos de vista que ofrecen las teorías de la adecuación y de la relevancia –que son teorías de la causalidad– para la restricción de la responsabilidad penal y, con ayuda de ulteriores argumentos, ha desarrollado una teoría de la imputación objetiva (Jescheck, 1996, p. 286).

La categoría de imputación objetiva cumple, en su versión actual, dos funciones teleológicas principales:

- a. La imputación objetiva busca, primeramente, eliminar la atribución de responsabilidades a las personas por meras circunstancias azarosas o accidentales (Wessels, 1998, p. 49; Ebert/Kühl, 1979, p.562).
- b. En segundo lugar, corrige los defectos y contradicciones originados por una concepción ontologicista –prejurídica y causalista– de las conductas jurídico-penalmente relevantes (Jakobs, 1993, p. 186 y ss.; Reyes Alvarado, 1997, p. 164 y ss.). Con la imputación objetiva se busca una fundamentación de la atribución penal basada en criterios normativos; o sea en criterios establecidos jurídicamente por la doctrina o por las normas penales propiamente, y no meramente causales o naturales. El derecho penal no puede conformarse con nociones que pertenecen a las ciencias naturales, como aquellas de causa y efecto, sino que ha de elaborar conceptos que se ocupen de regular adecuadamente la vida social mediante pautas heurístico-normativas (Ebert/Kühl, 1979, p. 569).

Es conveniente aclarar el porqué del nombre imputación objetiva. Este nombre se explica de la siguiente forma: se trata de una doctrina que se ubica en el ámbito de la tipicidad, y que busca establecer un vínculo normativo o jurídico entre un resultado considerado dañino (e.g. la muerte de alguien) y la conducta de una persona. La realización del tipo penal –que es un componente fundamental del injusto–, gracias a una conducta presupone dos elementos: un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El vínculo establecido por la imputación objetiva se dirige justamente al aspecto objetivo del tipo, ya que el aspecto subjetivo se satisface o cumple con la realización dolosa o imprudente de la conducta. Con palabras más claras aún: la teoría se denomina de imputación objetiva porque para realizar el tipo penal (por ejemplo, para decir que alguien lesionó a otro, en el tipo de lesiones, o que alguien mató, en el tipo de homicidio, etc.) no basta ya solo una conducta dolosa o imprudente del autor, sino también una conducta que objetivamente produzca un resultado lesivo para una comunidad de personas, y que sea atribuible al autor (Roxin, 1999, p. 309 y ss.).

II. Los presupuestos óntico-normativos de la imputación objetiva

Se hace necesario, por razones de claridad, distinguir entre un concepto de imputación objetiva en sentido amplio, y un concepto de imputación objetiva en sentido estricto. La imputación objetiva, en sentido amplio, está conformada por dos presupuestos (Roxin, 1996, p. 346; Stratenwerth, 2000, p.104 y ss.; Wessels, 1998, p.48; Ebert/Kühl, 1979, p.562):

a. En primer lugar, debe existir un vínculo causal entre la acción y el resultado; este es el presupuesto óptico de la imputación objetiva. Se trata, entonces, de verificar si entre la conducta y el resultado existe un ligamen causal de significación jurídica (Wessels 1998, p. 48 y ss.).

b. En segundo lugar, se deben tomar en consideración otros aspectos conformadores de la imputación objetiva en sentido estricto (Roxin, 1997, p. 362 y ss.). Esta tiene, a su vez, una serie de componentes que se estudiarán en un apartado posterior (véase punto 3 infra), los cuales pueden catalogarse como normativos.

Se hace necesario estudiar con detalle cada uno de esos presupuestos. Se empezará por el de la causalidad.

1. El presupuesto de la causalidad

Como se dijo, el juez debe verificar, para atribuirle a una persona una responsabilidad e imponer la sanción penal, la relación que existe entre la acción o conducta y el resultado. De manera tradicional y exclusiva durante muchos años, el juez acudía únicamente al criterio de la causalidad; por eso se llegó a hablar del imperio del dogma causal (Martínez Escamilla, 1992, p. xxiii), pues la tipicidad de los delitos de resultado se agotaba con la relación de causalidad. Un ejemplo de cátedra aclarará mejor lo dicho hasta aquí:

Ejemplo: A, quien fuera golpeado en su infancia por su padre P, le dispara a este con una arma de fuego de alto calibre, con el afán de vengar todos los malos tratos sufridos por muchos años. P cae inmediatamente muerto en el sitio de los hechos.

Todo lo que debía hacerse, según el punto de vista causalista tradicional, era comprobar si entre la acción de A y el resultado, o sea la muerte de P, había un nexo causal-ontológico. Solo en el supuesto de que tal nexo fuera determinable, era posible atribuir una responsabilidad a A (por ejemplo, por homicidio). El aspecto objetivo del tipo se cumplía demostrando la causalidad, y el aspecto subjetivo mostrando el carácter doloso de la conducta. De esta forma sencilla el juez daba por concluido el análisis de la tipicidad penal, se procedía seguidamente con el análisis de la antijuricidad y finalmente con la culpabilidad.

Esta concepción ideológica y forma de proceder dominó durante muchos años; en el ordenamiento penal costarricense, la misma se recoge, no solo por la jurisprudencia, sino a nivel de las propias leyes penales. Así, por ejemplo, se puede leer en los artículos 118, 119, 122, 125, 127 y 128 del actual Código Penal el empleo explícito de la fórmula el que causare... Esto refleja indudablemente una herencia muy marcada de las teorías causalistas. Esta herencia continúa su dominio aun en la actualidad, pues en el Proyecto de Código Penal que se encuentra en la Asamblea Legislativa de nuestro país, es posible todavía leer en los artículos 123, inciso 2), 135, 136, 137, 139, 143, 144, 348, 369, entre otros muchos, la ya consabida fórmula causalista. Se refleja aquí una toma de partido directa y evidente, por parte de quienes redactaron el proyecto, con una concepción dogmática causal y ontologicista del derecho penal.

Por supuesto, determinar si un vínculo causal existe, no es tan fácil como a primera vista parece. De allí que se desarrollara durante el pasado siglo todo un cúmulo de teorías para efectuar esa determinación. Se verá brevemente las tres teorías más significativas, las cuales incluso a la fecha son dominantes en la jurisprudencia y la doctrina de muchos países (Jescheck, 1996, p. 279):

a. La más importante de estas teorías es la llamada teoría de la equivalencia (una de cuyas fórmulas es la teoría sine qua non). Según esta teoría, cuyo creador fue el jurista alemán Julius Glaser (1858), todas las condiciones que crearon el resultado son equivalentes entre sí (de allí el nombre). La forma de argumentar aquí es la siguiente: la acción de A es causal de la muerte de P, y por ello constitutiva de un homicidio, siempre y cuando se suprima mentalmente la acción de A, el resultado; es decir, la muerte de P también desaparece. Si el producto de muerte no desaparece a pesar de la supresión mental o hipotética de la acción, ello querría decir que la acción no es causal del resultado (Roxin, 1997, p. 347 y ss., Jescheck, 1996, p. 279 y ss.; Stratenwerth 2000, p. 104; Wessels 1998, p. 49).

b. Otro criterio que se utilizó para entablar el nexo entre la acción y el resultado en este ejemplo, para atribuirle la muerte de P a A, fueron las llamadas teorías de la adecuación y de la relevancia. Según la teoría de la adecuación no todas las condiciones que originan el resultado son causa en sentido jurídico, sino que solo es causa aquella que resulte adecuada (de ahí el nombre de la teoría) para producir ese resultado. Es decir, solo es causal aquella conducta que tiene la tendencia general, en circunstancias normales y de conformidad con reglas de la experiencia, a producir un resultado determinado (Stratenwerth 2000, p. 106 y ss.; Jakobs, 1993, p. 195 y ss.; Roxin, 1997, p. 359 y ss.; Wessels, 1998, p. 52 y ss.). Para determinar cuándo una acción es apropiada para producir el resultado, la teoría de la adecuación acudió al criterio de la previsibilidad. Esto es, si desde el punto de vista de un hombre medio, quien actúa con la diligencia debida, se puede prever que la acción era adecuada para producir el resultado, tal resultado podía atribuírsele al autor; de lo contrario no.

c. Para la teoría de la relevancia, la causa de un resultado serían solo aquellos fenómenos de relevancia (lo que origina el nombre) jurídica. Se excluyen así cuestiones meramente fortuitas (Roxin, 1997, p. 359 y ss.; Wessels, 1998, p. 53). Hoy se acepta que la teoría de la adecuación y la de la relevancia fueron los predecesores epistemológicos más inmediatos de la teoría contemporánea de la imputación objetiva.

Hay un momento en la historia de la discusión del derecho penal, donde se cae en cuenta de que las fórmulas causalistas citadas presentan una serie de dificultades lógicas indefendibles en su aplicación y en su coherencia interna. ¿Cuáles son esas

dificultades? Se hace necesario estudiarlas con detalle, pues a partir de allí germina un movimiento que desemboca en la creación de las doctrinas de la imputación objetiva.

2. Dificultades en cuanto al presupuesto de la causalidad

La categoría de la causalidad, tal y como es expuesta por las teorías mencionadas, manifiesta una serie de problemas difíciles de resolver, y que han ocupado a los penalistas durante muchos años. Algunos de esos problemas son los siguientes:

a. La causalidad es por sí misma una noción de carácter prejurídico y más bien filosófico (Maiwald, 1980); presupone la existencia de un mundo en el cual unos fenómenos son producto de otros mediante relaciones de causa-efecto. Por esta razón se habla a veces de que la causalidad es un atributo ontológico (perteneciente al ser) de la realidad (crítica en Jakobs 1993, p. 185 y ss.; Reyes Alvarado, 1997, p. 164 y ss.). Hubo algunos autores, por ejemplo Kant, quienes negaban la causalidad como atributo ontológico, y señalaban que más bien era una categoría de nuestro intelecto. Por su parte, la moderna teoría física –basada en las investigaciones cuánticas de Heisenberg– reconocen que en muchos fenómenos de la realidad, la causalidad no opera, sino que simplemente hay probabilidades de que una cosa preceda a otra en una cadena de causas y efectos (Roxin, 1997, p. 346). Independientemente de estas discusiones, que pertenecen al ámbito de la filosofía, se puede decir que en el mundo del derecho penal, donde hay que orientarse a la solución de problemas prácticos de las personas, es posible conformarse con un uso cotidiano o de lenguaje ordinario de la noción de causalidad, y decir de esa forma que si A dispara a B a una distancia de un metro con un arma cargada y B muere, entonces la acción de A ha sido causal de la muerte de B.

b. En cuanto a la teoría de la equivalencia, se encuentra el problema de que todo es causal de todo, y por ello se dice que el resultado lógico de tal fórmula es una regresión hasta el infinito (regressus ad infinitum) (Roxin, 1999, p. 309; Jescheck, 1996, p. 284; Jakobs 1993, p. 186 y ss.; Muñoz Conde, 1996, p. 243). Así, en el ejemplo que se dio arriba, A sería la causa de la muerte de su padre P, pero también sería causa quien le vendió el arma a A; incluso se puede argumentar que los orígenes fueron las golphizas que P le daba a A cuando era niño, etc.

Existe en derecho penal moderno la idea de que para evitar tales regresiones e imputar responsabilidades a personas que no tienen que ver directamente con el asunto, se debe hacer uso de una prohibición de regreso (Roxin, 1989, p. 177 y ss.; Naucke, 1964, p. 409 y ss.). Tal prohibición consiste en atribuir las responsabilidades a las causas más próximas y no a las remotas. Igualmente se produce con la aplicación de la fórmula de la causalidad, que propone la teoría de las condiciones una atribución de responsabilidades que obedecen al azar o a la mera casualidad, lo cual es inaceptable.

c. Hay supuestos en que la causalidad no solo es deficiente metodológicamente, sino que puede provocar malentendidos. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la llamada causalidad alternativa.

Ejemplo: A y su hermano B desean matar a M para apropiarse de la herencia de este. A y B actuando independientemente inician acciones respectivas para dar muerte a M. A le pone a M una dosis letal de veneno en el café. Al mismo tiempo, B pone una dosis de veneno igualmente letal en el azúcar. M toma su café con azúcar y muere instantáneamente.

Según el concepto de causalidad que propone la teoría de la equivalencia, ninguno de los dos autores, ni A ni B, habrían causado la muerte de M, pues es posible suprimir mentalmente la acción de A (no poner la dosis de veneno en el café) y la muerte de M aún así se produciría. O igualmente, es posible eliminar mentalmente la acción de B, y tampoco se suprimiría la muerte de M. Ello llevaría a negar la causalidad y por lo tanto la punibilidad por homicidio de A y de B. Lo cual es absurdo.

En lo atinente a las teorías de la adecuación y de la relevancia, a pesar de que con ellas se evitan los problemas apuntados, no por eso dejan de tener inconvenientes. Así se ha argumentado que ellas no son teorías causales strictu sensu, sino teorías normativas, y por ello se les tiene como antecedentes de la moderna teoría de la imputación (Jescheck, 1996, p. 286 y ss.; Roxin, 1997, p. 359 y ss.). Además, los conceptos de los cuales parten (por ejemplo, el de previsibilidad, el de diligencia debida, o el de relevancia) son demasiado vagos e imprecisos, y debido a ello se han ido abandonando con el tiempo (Muñoz Conde y García Arán, 1996, p.245).

d. Por último, hay casos en los que la causalidad no puede ser comprobada empíricamente, a pesar del uso de todas las teorías indicadas. En estos supuestos las teorías de la causalidad se muestran como insuficientes. Véase un caso de la realidad:

Ejemplo: Una población de señoras embarazadas consume cierto producto tranquilizante (Contergán) que se encuentra a la venta en el mercado. Un grupo de niños –¡nada más y nada menos que cerca de 10.000!– nacen con malformaciones físicas. No se puede demostrar con exactitud mediante los estudios científicos, si el producto mencionado ocasionó o no las malformaciones (Tribunal de Aquisgrán, Alemania, ver la revista Juristische Zeitung (JZ), 1971, p. 507 y ss.).

La complejidad de un caso como este no puede analizarse acá en detalle. Este demuestra, no obstante, que la temática de la causalidad no es un asunto limitado a una discusión terminológica o de carácter filosófico y especulativo, sino que puede alcanzar dimensiones insospechadas (ilustrativo, Winfried Hassemer y Muñoz Conde, 1995). También se evidencia con este caso el carácter tautológico y circular de la categoría de causalidad. Solo es posible decir si algo es causa de algo si a priori se sabe o se conoce la causa (Jakobs, 1993, p. 187; Jescheck, 1996, p. 281; Wessels, 1998, p.49). Ninguna de las teorías causales podría demostrar si el producto que consumieron las señoras embarazadas es el origen o no de las malformaciones físicas de los niños, asunto que debe resolverse, con dificultades, por otros medios. De nada vale preguntarse si el producto

Contergán es causa de las malformaciones, así como suprimir mentalmente el producto para ver si el resultado también desaparece, etc.

Esta última constelación de problemas es de excepcional importancia práctica para las sociedades actuales. Los problemas jurídicos que aquejan a las comunidades de hoy, no son problemas donde la causalidad se pueda mostrar fácilmente acudiendo a alguna de las consabidas fórmulas tradicionales. Ha de pensarse, por ejemplo, en todos los delitos ambientales, en aquellos originados por elaboración de productos deficientes, o también en el ámbito de los delitos económicos o informáticos. En todas estas esferas de la llamada criminalidad no convencional, es donde la categoría tradicional de la causalidad encuentra su punto de quiebra (Winfried Hassemer y Muñoz Conde, 1995). Si esta fuera correcta, entonces por imperio del in dubio pro reo habría que absolver a todos aquellos que perpetran tales delitos. Para evitar estas contradicciones hay algunos grupos en la doctrina que proponen un derecho penal subsidiario para todo este tipo de delincuencia –e.g. la llamada Escuela de Francfort: Hassemer, Naucke, P.A. Albrecht, entre otros–. De ello no es posible ocuparse ahora. Por el momento, baste decir que es justamente en este tipo de problemas más complicados y difíciles de resolver, donde la teoría de la imputación objetiva muestra sus mayores posibilidades e importancia práctica.

En conclusión: justamente, a raíz de todas las dificultades explicadas (con las cuales se enfrentan las teorías de la causalidad) se desarrolló la noción de imputación objetiva para dar una respuesta más adecuada. Hoy se reconoce que la causalidad es una condición necesaria, pero no suficiente para atribuirle a una persona un determinado resultado y con ello una responsabilidad penal.

Es momento entonces de ver cuáles son los componentes de la teoría de la imputación.

3. La imputación objetiva en sentido estricto. Sus componentes

Se ha señalado que la imputación objetiva (en sentido amplio) contiene dos elementos: la causalidad y la imputación objetiva en sentido estricto. Ya se ha estudiado el primero de esos componentes, resta ahora dedicarle atención al segundo.

Una vez que se ha superado el escalón de la causalidad, el juez deberá comprobar aún otro elemento –justamente el de la imputación objetiva– para poder fundamentar adecuadamente una atribución de responsabilidad por un determinado resultado lesivo. Esta idea es en la actualidad aceptada por la mayoría de los tratadistas y ha sido objeto de influyentes estudios (Burgstaller, 1974; Rudolphi, 1988; Schünemann, 1975; Wolter, 1981, entre muchos). A la fecha resulta controversial el contenido exacto de la categoría de imputación objetiva; no existe acuerdo unitario sobre los elementos que conforman la noción. Hay varios autores que atribuyen a la imputación objetiva diferentes contenidos (Frisch, 1988; Burgstaller, 1974; Gimbernat, 1966). Se seguirá la concepción propuesta por Roxin, por parecer la más elaborada y comprehensiva, así como la que ha recibido mayor aceptación e influencia dentro de la dogmática penal alemana e internacional.

Según la doctrina de Roxin, la imputación objetiva se compone de tres elementos constitutivos (Roxin, 1997, p. 342 y ss.) que son los siguientes:

- a. La creación de un riesgo (o peligro) no permitido,
- b. La realización de ese riesgo en un determinado resultado,
- c. El alcance del tipo (o la finalidad de protección de la norma penal).

Seguidamente se verán en detalle cada uno de esos componentes, así como ejemplos prácticos que ilustran en forma adecuada su importancia para el derecho penal moderno. También se verán las excepciones que se plantean a esos elementos.

A. Primer componente: la creación de un riesgo (o peligro) no permitido

El primer elemento, que se hace necesario comprobar para imputarle una responsabilidad a alguien, es el que este haya creado un riesgo o peligro para un bien jurídico, y que ese peligro no sea permitido o autorizado (Roxin, 1997, p. 365; Jescheck, 1996, p. 287; Jakobs, 1993, p. 200 y ss.; abundante literatura en Martínez Escamilla, 1992, p. 59 y ss.). La noción de riesgo se utiliza como sinónimo de peligro, y se refiere fundamentalmente a una característica de la conducta del autor de un resultado lesivo (Martínez Escamilla, 1992, p. 54).

Hay que tener claro que la mayoría de las actividades humanas en una sociedad cualquiera, entrañan un nivel de riesgo. El simple hecho de caminar, practicar algún deporte, conducir un automóvil por una ciudad, instalar una fábrica, vender productos alimenticios, etc., representan ya un peligro. Los peligros en las sociedades modernas se encuentran en todo lugar y a cada momento. De allí que hay algunos teóricos que hablen justamente de la llamada sociedad de riesgo (Beck, 1986).

De lo que se trata, según el punto de vista del autor, es entonces de una cuestión semántica de grados. Hay actividades más peligrosas que otras, hasta llegar a un límite que es cuando termina lo autorizado y empieza lo prohibido. El concepto de riesgo no permitido se manifiesta entonces como un concepto jurídico indeterminado, al que es necesario atribuirle contenidos concretos. Es difícil precisar con exactitud cuál es la frontera entre el riesgo permitido y el riesgo prohibido. Existen zonas de

penumbra, por llamarles de alguna forma, en las cuales no es fácil valorar si el riesgo está permitido o prohibido. Casos muy comunes, pero también excesivamente importantes en las sociedades actuales, los constituyen los siguientes:

Ejemplos: la instalación de fábricas, la elaboración de productos químicos o bioquímicos, el derramamiento de sustancias en el ambiente, la producción y venta de alimentos, etc. Surge en todos estos casos la duda: ¿cuándo se torna intolerable la cantidad de emisiones de gases que arroja una fábrica y cuándo debería de ser ello prohibido o sancionado? O ¿cuál es la cantidad de conservantes y químicos que una empresa puede colocar en sus productos alimenticios sin que ello represente un peligro para la salud o la vida de los consumidores?, o ¿cuál es la cantidad de sustancias tóxicas que pueden ser arrojadas a un río sin representar un peligro para la vida de quienes ingieren agua de ese río? Todas estas situaciones, dejadas históricamente de lado por el derecho penal clásico (según la expresión de Hassemer), constituyen los retos más actuales e inminentes con que se enfrentan los dogmáticos penales de hoy. Se trata de otorgar al derecho penal nuevos instrumentos cognoscitivos que permitan una comprensión más cabal y certera de este tipo de problemas.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, y en especial a la pregunta: ¿cuándo existe un riesgo o peligro no permitido?, se acude a diversos criterios, algunos de los cuales son los siguientes:

En primer lugar desempeñan un papel importante las llamadas reglas técnicas (Roxin, 1996, pgs. 371-372), las cuales regulan, por ejemplo, el tráfico rodado (la Ley de Tránsito en Costa Rica), o aquellas que reglamentan la protección del ambiente (como la Ley Orgánica del Medio Ambiente y las diversas leyes que hay en el país); al igual que las reglas internacionales sobre la elaboración o utilización de productos químicos o bioquímicos de peligro, las normas acerca de la fabricación de productos alimenticios para la venta, etc. También suelen incluirse aquí las llamadas reglas *lex artis*, que regulan el ejercicio de profesiones como medicina, arquitectura, ingeniería, etc.

En segundo lugar, se acostumbra acudir para la determinación del riesgo no permitido, a una ponderación de los intereses en juego. Esta ponderación consiste en valorar las distintas ventajas y desventajas que puede acarrear consigo la ejecución de una actividad para una comunidad específica (Schünemann 1975, Frisch, 1988, Reyes Alvarado, 1996, p. 108 y ss.).

En ocasiones se acude para la determinación del riesgo al criterio de un hipotético hombre modelo. Según esta fórmula, lo esencial es preguntarse si desde el punto de vista de una persona medianamente prudente en su actuar, la realización de una actividad representa un peligro para la comunidad (Burgstaller, 1974, p. 54 y ss.).

Hay otros criterios de determinación que han sido planteados: por ejemplo, el del cumplimiento o no de ciertas expectativas usuales en la comunidad (Jakobs, 1993, p. 206 y ss.) o el cumplimiento de reglamentaciones propias del grupo específico. Se señala que en estos casos la determinación de si existe o no un peligro, dependerá de la evaluación de las circunstancias a la luz de los parámetros hasta ese momento admitidos por un grupo social concreto (Reyes Alvarado, 1996, p. 106 y ss.).

Lo importante de todos estos criterios es que ofrecen pautas generales de utilidad para la determinación del peligro o riesgo no autorizado. De esa forma se gana mayor precisión, sin que signifique una claridad absoluta pues siempre, y esto es un mal endémico de todos los lenguajes naturales, incluyendo al del derecho penal, existirán ámbitos de mayor o menor vaguedad, indeterminación lingüística, textura abierta, etc. En esferas como estas, la actitud más prudente es, según el punto de vista del autor, un cierto eclecticismo metodológico. La determinación del grado de peligro de una actividad no la ofrece ningún criterio aislado en forma definitiva. Muchas veces se hace necesario acudir a varios de los parámetros mencionados, no en forma excluyente sino conjunta. No se trata de una competencia para saber cuál de las teorías da la respuesta única, incurriéndose así en lo que Jerome Frank denominaba el mito legal básico, más bien de ponderar perspectivas en las cuales no existe una solución omnicomprensiva, sino grados –mayores o menores– de adecuación, dependiendo de las circunstancias en juego.

Un aspecto que se discute mucho en torno a la categoría de creación del riesgo es el atinente a los llamados conocimientos o capacidades especiales del autor (Jakobs, 1993, p. 207 y ss.). La problemática gira en torno a lo siguiente: en determinar si la acción de una persona o de un grupo de personas ha provocado un riesgo peligroso, se requiere hacer una valoración (o un conjunto de ellas). Esa valoración debe efectuarse en el momento de la producción del resultado, tomando como base los conocimientos que en ese momento tenía quien actúa. No tomar en consideración este aspecto puede originar resultados poco razonables. Véase el siguiente caso:

Ejemplo: A mantiene una pelea con B, un hemofílico de apariencia completamente normal. A, en el momento de la pelea, sabe que B es hemofílico y no obstante le produce una herida cortante en un brazo. B se desangra y muere a las pocas horas. Un observador objetivo no podría conocer la enfermedad de B, imperceptible a los sentidos. Para un observador objetivo la muerte de B sería completamente imprevisible, y por tanto no consideraría la acción que A ha creado como un riesgo no permitido; pero concluiría de otra manera si conociera lo que A, el autor, conocía: la enfermedad que sufría B. Estos conocimientos especiales del autor en el caso concreto deben incluirse, pues, en el juicio sobre la creación de un riesgo no permitido (Pérez Barberá, 2000, p.19).

Si el juez quiere imputar una responsabilidad por homicidio, se debe considerar el conocimiento especial de A (es decir, el hecho de saber que B era un hemofílico); si no se tomara en cuenta tal entendimiento especial, habría que concluir que A es autor únicamente de unas lesiones leves. Atribuir responsabilidades por homicidio en casos como este es muy controversial en la doctrina. El argumento en contra más fuerte lo ofrece Jakobs, quien pone el ejemplo de un estudiante de biología, que trabaja como camarero en un restaurante y observa en la ensalada de un cliente una hierba muy venenosa. El estudiante no hace nada, el cliente come la ensalada y muere pocos minutos después. ¿Es responsable el estudiante por la muerte del cliente? Según Jakobs, no. El argumento es que a un rol básico de un contexto social corresponden tan solo conocimientos

generales, no especiales (Jakobs, 1993, p. 214 y ss.). En la vida social cotidiana, ningún camarero tiene la obligación de poseer conocimientos especiales sobre biología o cualquier otra disciplina que no sea la propia de su trabajo o de su papel.

Un último aspecto que se discute en torno a la categoría de riesgo no permitido, en particular en materia de tránsito, es el llamado principio de confianza (Stratenwerth, 2000, p. 427 y ss., Roxin, 1989, p. 177; Wessels 1998, p. 208; Jakobs, 1993, p. 208 y ss.). Según esta directriz, la persona que actúa apegándose a las reglas establecidas en un determinado contexto social, puede estar relativamente segura de que otros también harán lo mismo, mientras no existan razones para suponer lo contrario. Así, quien conduce su automóvil apegándose a las reglas de la Ley de Tránsito en Costa Rica, puede mantener algún grado de seguridad (confiar) que los otros conductores también respetarán los parámetros de dicha ley. No partir de un supuesto de este tipo dificultaría mucho el tráfico, no solo automovilístico, sino en general, pues entonces se permanecería en un constante estado de alerta, en una guerra de todos contra todos, que tornaría la vida social en algo imposible. El llamado principio de confianza representa una presunción vaga semánticamente y, además, cuestionable desde el punto de vista de la psicología social. Por ello tiene un carácter relativo e ideal; pero desempeña, no obstante, un papel importante en la configuración de las relaciones y de las expectativas sociales de los individuos.

En resumen, el principio de confianza tiene un papel limitador de las responsabilidades en materia de imputación. Un ejemplo tomado de la realidad aclarará lo dicho hasta ahora:

Ejemplo: Un hombre conduce un autobús a las cinco de la madrugada por una autopista de la ciudad. En eso percibe a los pocos metros un bulto, el cual toma por uno puño de papeles u otro objeto no peligroso, así que conduce sin detenerse y arrolla el bulto, el cual resultó ser un hombre que se había quedado dormido en media autopista debido a su estado de ebriedad (Tribunal Supremo Federal alemán, t.10, p. 3 y ss.).

El Tribunal Supremo Federal alemán condenó en esta ocasión por homicidio imprudente. La decisión resulta controversial. Algunos autores (Reyes Alvarado, 1996, p.143) sostienen que en este caso se sobrepasa el principio de confianza pues no es de esperar, como regla general, que alguien se quede dormido en una autopista destinada al tráfico automovilístico, por lo que habría que afirmar la atipicidad de la conducta.

Actualmente se considera que el principio de confianza tiene límites muy concretos. Así, si un conductor se percata previamente, por ejemplo, de que un niño o un ebrio cruzarán la vía a pesar de no tener derecho a paso, o de que alguien no respeta cierta regla de tránsito, deberá adoptar una conducta adecuada para evitar un resultado lesivo y no podrá apelar en su favor al aludido principio.

En conclusión, de lo dicho hasta ahora se puede afirmar: una vez comprobada la existencia de la creación de un peligro no permitido, se da ya un indicio de que el resultado originado como consecuencia de ese peligro puede serle imputado al autor del mismo. Sin embargo, este no es siempre el caso, ya que hay supuestos donde a pesar de la presencia del riesgo no permitido, no puede darse la imputación del resultado. Estos casos son excepciones que se dan, las cuales se verán seguidamente:

Excepciones al parámetro de la creación del riesgo no permitido

a. Ausencia de imputación cuando el riesgo es lícito: La primera de las excepciones se da en el supuesto donde el riesgo efectivamente se produce pero autorizado de previo (Roxin, 1999, p. 305 y ss.; Mir Puig, 1990, p. 246; Bacigalupo, 1990, p.121). Quien respeta lo que está prescrito legalmente o lo que no está prohibido penalmente, no puede ser sancionado, pues se lesionaría el principio de legalidad. Así, quien cumple con todas las reglas de tránsito, quien se apega a las medidas de seguridad en el trabajo, quien respeta las reglas técnicas en la instalación de plantas químicas, quien deposita adecuadamente los desechos peligrosos, etc. no crea ningún riesgo prohibido; por lo tanto, los resultados que se produzcan como consecuencia de esas acciones no podrán serle atribuidos; es decir, son atípicos penalmente. A todo este conjunto de actividades permitidas se les denominó en épocas anteriores actividades socialmente adecuadas (ya desde Welzel, 1965, p. 150 y ss.), y se reconoce que una prohibición de tales conductas conduciría a una paralización del ritmo normal de las sociedades modernas. De allí que resulte imposible considerar tales conductas como típicas penalmente.

b. Ausencia de imputación cuando falta la creación del riesgo no permitido: Es también aceptado que al autor de una conducta no se le puede atribuir un resultado si no ha creado ningún tipo de peligro. Aquí deben de incluirse todos aquellos supuestos donde el resultado es producto de la casualidad o del azar, y no de una conducta encauzada directamente a originarlo (Roxin, 1997, p. 366 y ss.). El ejemplo de cátedra que suele ponerse es el del nieto ambicioso que desea heredar lo más rápido posible a su abuela, y la envía a un parque con la esperanza de que le caiga un rayo y le quite la vida. El resultado que se produce (la muerte de la abuela) no se le puede atribuir al nieto, puesto que recomendar a las personas visitar parques no es una conducta que sea reprochable penalmente ni que pueda ser prohibida legalmente. Aquí falta la creación de un riesgo no permitido. Distinto es el caso, si quien da el consejo lo hace con pleno conocimiento de la suerte que le espera a la víctima. Esto es en el supuesto de que alguien envíe a otra persona a pasear a un parque porque está seguro de que allí ronda un asesino que le quitará la vida. Allí sí se deberán aplicar las categorías respectivas de coautoría o de participación.

c. Ausencia de imputación en caso de disminución del peligro: La tercera excepción al hecho de que se produzca un peligro no permitido y que, sin embargo, el mismo no sea sancionado penalmente, lo constituye el supuesto de que el riesgo o peligro ya existente para el bien jurídico sea disminuido por parte del autor (Stratenwerth, 2000, p. 111 y ss.; Wessels, 1998, p. 59 y ss.; Roxin, 1997, p. 365 y ss.). Esto tiene que ser así por una razón de convivencia social, pues el derecho no les puede prohibir a

los ciudadanos que eviten daños o peligros ya presentes para una víctima. El ejemplo más común en lo atinente a la disminución del riesgo es este:

Ejemplo: A, quien observa como una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de B, y aunque no la puede neutralizar del todo, sí logra desviarla y esta hiere a B en el hombro (Roxin, 1996, p. 365).

La opinión mayormente aceptada en este supuesto es que, a A no se le puede imputar responsabilidad alguna pues este, más que actuar en forma dañina ha actuado beneficiosamente para el bien jurídico. Se discute en este caso la necesidad de emplear la categoría de disminución del riesgo, ya que se argumenta la posibilidad de resolver estos supuestos vía estado de necesidad (Jescheck, 1996, p.287; Roxin, 1976, p.135 y ss.; Wessels, 1998, p. 59 y ss.). Lo anterior no parece convincente pues implicaría admitir que la acción de A resulta, en primera instancia, típica, y eso es justamente lo que falta (Roxin, 1997, p. 366).

B. Segundo componente: la realización del riesgo no permitido en un determinado resultado

El segundo componente de la imputación objetiva en sentido estricto viene dado por la circunstancia de que el peligro debe realizarse concretamente en un resultado lesivo (Roxin, 1997, p. 373 y ss.; Jakobs, 1993, p. 226 y ss.; Jescheck, 1996, p. 287). Si el resultado lesivo se origina como consecuencia, no ya de la creación de un peligro, sino de un factor ajeno, entonces no cabe ninguna posibilidad de imputación del resultado al autor. La valoración de si el factor que genera el resultado es ajeno o no a la creación del peligro debe valorarse mediante un juicio ex ante; es decir, desde la óptica del momento anterior a que el resultado se produce. A esa valoración se le conoce por tanto como prognosis objetivo-posterior (Roxin, 1997, p. 367; Wessels, 1998, p. 55).

Excepciones al parámetro de la realización del riesgo en un resultado

Las excepciones que se presentan a esta segunda regla de la imputación objetiva son fundamentalmente tres:

a. Ausencia de imputación si falta la realización del riesgo en el resultado: es claro que si una persona produce efectivamente un riesgo, pero el resultado lesivo se origina, no como resultado de ese riesgo concreto, sino como producto de un peligro extraño, entonces no podrá fundamentarse una atribución de responsabilidad penal (Roxin 1997, p.373). Un ejemplo aclarará el punto.

Ejemplo: A, quien tiene toda la intención (dolo) de matar a su enemigo B, le dispara. A huye del lugar creyendo que B ha muerto, sin embargo se encuentra aún con vida. B es trasladado al hospital, con tan mala suerte de que la ambulancia en la cual se le traslada choca contra un autobús y muere a causa del impacto. Para las teorías de la causalidad habría que sancionar en este caso a A por homicidio, pues A actuó dolosamente disparándole a B y este murió (si bien no a causa del disparo, con motivo del choque de la ambulancia). No obstante, para negar este resultado, que aparecía como insostenible, la doctrina y la jurisprudencia (al menos la alemana) acudieron durante muchos años a la negación del dolo. Se decía que A había actuado sin dolo respecto a esa forma específica de muerte (el choque). No obstante, esta solución es errada, pues es evidente que A quería matar a B y justamente ese resultado fue el que al final se produjo. La solución del caso no se puede dar mediante la negación del dolo o mediante teorías de corte causal, sino que una explicación adecuada solo la ofrece la teoría de la imputación objetiva.

Efectivamente A ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico vida, pues le ha disparado a una persona con ánimo homicida; sin embargo ese concreto y específico riesgo no se ha materializado en el resultado de muerte, sino que sobreviene a raíz de otro riesgo o peligro, el cual incluso no ha sido probablemente deseado ex ante por B. El resultado acaece por razones que B incluso no tenía previstas, de allí que una imputación de responsabilidades solo sea posible en el marco de la tentativa, y no más allá.

b. Ausencia de imputación en los supuestos de medidas de seguridad ineficaces: Una excepción a la regla de la creación del riesgo no permitido se da, en segundo lugar, cuando efectivamente se ha producido un peligro para el bien jurídico concreto, pero el resultado sobreviene incluso en el supuesto hipotético de que sea posible suprimir el peligro y aun así el resultado se produciría (Roxin, 1997, p. 375 y ss.). El caso más famoso en este contexto es uno que resolvió el Tribunal Supremo del Reich alemán y que tiene el curioso nombre del caso de los pelos de cabra. Se verá en qué consiste:

Ejemplo: El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa (Tribunal Supremo del Reich, Sala Penal, t.63, p. 211 y ss.).

Se desprende, según las reglas de la imputación objetiva, que el resultado de muerte de las trabajadoras no se dio a causa del peligro, en la realidad creado por el director de la fábrica de no desinfectar los pelos de cabra, sino por otro tipo de razones. El derecho penal iría demasiado lejos si atribuyera el resultado de muerte al director, pues no es posible castigar por la infracción de un deber que impone una medida de seguridad cuya eficacia es a todas luces nula. El propósito de establecer reglas o disposiciones de seguridad es que con la aplicación de estas se eviten daños no deseados socialmente; pero si esas medidas son ineficaces, su incumplimiento no debe decidir sobre la libertad de las personas, más bien las medidas deben ser suprimidas o derogadas.

c. La actuación conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo: Hay una constelación de casos muy difícil de resolver, y por ello, muy discutidos. Para la solución de estos casos Roxin creó una teoría, dominante hoy en Alemania y de creciente importancia en otros países (Wessels, 1998, p. 56; Stratenwerth, 2000, p. 111 y ss.; Burgstaller, 1974; Ebert/Kühl, 1979, Rudolphi, 1988, no. 65 y ss.; Schünemann, 1975; Wolter, 1981; entre otros muchos). Dicha teoría se conoce como la teoría del incremento del riesgo (Roxin, 1997, p. 379 y ss.). Esta teoría busca resolver los problemas en los cuales es probable que un resultado lesivo se hubiese podido evitar si el autor hubiera actuado conforme a derecho, cosa que no hizo. Este tipo de casos es común en materia de tránsito, en este caso también el Tribunal Supremo Federal alemán se enfrentó con un problema de ese tipo:

Ejemplo: El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia debida. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba ebrio, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del camión. Se comprueba que probablemente el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado la distancia debida de separación según las normas de tráfico. (Roxin, 1997, p. 379).

Según la teoría del aumento del riesgo, en esta situación ha de imputarse una responsabilidad al conductor. Ello sería distinto si hubiese absoluta seguridad de que, a pesar de haber mantenido la distancia debida se hubiera producido la muerte, pues allí opera lo dicho arriba sobre medidas de seguridad ineficaces; pero como no existe esa seguridad, sino tan sólo una probabilidad, el derecho no puede ceder a ese tipo de consideraciones. El hecho de conducir un camión, o un automóvil en general, representa un peligro, tal y como se ha indicado, sin embargo ese peligro es tolerado socialmente. Un aumento en ese riesgo (de allí el nombre de la teoría) representa el límite máximo ante el cual el derecho penal debe de reaccionar imputando responsabilidades.

C. Tercer componente: el fin de la norma penal

El tercer y último componente de la imputación objetiva se conoce como el fin de protección de la norma penal (Roxin, 1997, p. 386 y ss.). Este componente ha recibido otros nombres en la doctrina; así, por ejemplo, se le ha llamado alcance del tipo, ámbito de la norma, o simplemente fin de la norma (amplias referencias en Martínez Escamilla, 1992, p. 341 y ss.). Se explica de la siguiente forma: una vez que el juez comprueba la existencia de un nexo de causalidad, y de la creación de un riesgo o peligro no autorizado y que ese peligro se ha materializado en un resultado concreto lesivo, por lo general ya se puede afirmar y fundamentar la atribución de una responsabilidad al autor del hecho. Sin embargo, hay algunos casos en que esos elementos todavía no son suficientes, y hay que acudir al elemento del fin de protección de la norma. Se trata aquí de lo que se denominaría una reducción teleológica del tipo penal; esto parece difícil pero no lo es tanto. La explicación es la siguiente:

Para atribuir una responsabilidad penal a alguien, lo que puede conllevar incluso a privarlo de su libertad, se requiere no de una mera comprobación de causalidad o de un hecho objetivamente verificable como el de creación de un peligro, además se debe acudir a una valoración global del fin que persigue la norma penal (de allí lo de reducción teleológica). Dado que la norma penal es uno de los instrumentos más violentos con que cuenta el derecho para sancionar a los miembros de una comunidad, entonces es aconsejable preguntarse, antes de su aplicación, sobre la finalidad o finalidades de protección que esta busca. Un ejemplo tomado de la jurisprudencia ayudará a comprender mejor lo dicho:

Ejemplo: Un conductor adelanta a otro en una curva de manera peligrosa e irreglamentaria. No se produce ningún accidente grave, a lo sumo un pequeño e insignificante roce de los vehículos. Sin embargo, el conductor del vehículo que fue adelantado sufre un infarto cardiaco a raíz del susto que le provocó la situación acaecida (tomado de la *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), vol. 2, p. 1950 y ss.).

Este caso, que fuera resuelto por el Tribunal Superior de Stuttgart, Alemania, originó la discusión si debían de imputársele responsabilidades al conductor que adelantó en forma irreglamentaria. El tribunal en cuestión negó esa posibilidad. No obstante, lo difícil radica en un fundamento adecuado de la solución. Desde un punto de vista causal, es indudable que el adelantamiento del vehículo a la postre desembocó en la muerte del otro conductor. Igualmente, es verificable el hecho de que quien adelantó creó un riesgo no permitido, pues irrespetó las normas de tránsito. Además, ese riesgo se realizó en un resultado lesivo, como fue la muerte del otro conductor. Es decir, según los parámetros de imputación objetiva que se han estudiado hasta ahora, debería imputársele al conductor una responsabilidad penal por imprudencia. ¿Por qué no se hace así?

La respuesta radica justamente en el fin de protección de las normas que prohíben adelantamientos en la vía. Si se observa con cuidado, se comprobará que la finalidad perseguida por una norma de tránsito viario es evitar accidentes producto de maniobras antirreglamentarias con automóviles. El objeto de esas normas no es evitar que los conductores se asusten, o que un conductor hipersensible sufra infartos al miocardio como producto de su participación en el tránsito. Fundamentar una responsabilidad, argumentando que el conductor adelantó en forma peligrosa e irrespetando las reglas de tráfico, es ir demasiado lejos en la interpretación hermenéutica de esas normas, lo que originaría una lesión del principio de legalidad.

Ahora bien, se preguntará: ¿cómo se conoce cuál es el fin de la norma penal? La respuesta a esta pregunta tendrá que quedar en suspenso, pues se requeriría una serie de aclaraciones metodológicas que no son propias de este contexto. Valga solamente decir que se trata de un asunto de interpretación jurídica (teleológica) muy difícil de resolver, y para lo cual es mejor acudir al caso concreto.

En resumen, puede darse el caso de comprobarse la existencia de la causalidad entre una acción y un resultado, y con ello la existencia de un peligro no permitido, y que sin embargo, debido a que el fin de la norma no lo permite, no sea posible imputar

una responsabilidad no es posible, pues ello excedería el alcance del tipo penal. Se verá en detalle dos de esas constelaciones:

a. Ausencia de imputación cuando hay una autopuesta en peligro dolosa: Un supuesto donde no puede atribuírsele el resultado al autor de un hecho, es cuando este hecho ha sido asumido voluntaria y dolosamente por la víctima; es decir, por el titular concreto del bien jurídico protegido (Roxin, 1997, p. 387 y ss.; Wessels, 1998, p. 58; Neumann, 1987, p. 247). Un par de ejemplos resueltos por el Tribunal Supremo Federal alemán aclararán lo dicho:

Ejemplos: a) A invita a B a participar en una alocada e irregular carrera de motocicletas. B acepta y muere en la carrera como consecuencia de su propia imprudencia.

b) A le entrega a B una jeringa con heroína, siendo ambos perfectamente conscientes de la peligrosidad de la sustancia. B se inyecta la heroína y muere por una sobredosis (tomados de Pérez Barberá, 2000, p.29).

El Tribunal Supremo Federal alemán atribuyó responsabilidades penales en ambos casos. Para el ejemplo de la competencia de motocicletas fundamentó la decisión en que A había incurrido en una infracción al deber de cuidado con el hecho de invitar a B a la competencia. En cuanto al caso de la heroína el tribunal argumentó:

Quien entregándole heroína, causa la muerte de un heroinómano, se convierte en culpable de un homicidio imprudente, si le es conocido o tiene que contar con que el heroinómano se va a inyectar la droga, y si ha sabido o habría podido conocer la peligrosidad de la sustancia entregada (Roxin, 1997, p.389).

Esa jurisprudencia ha tomado hoy otros derroteros y se encuentra superada, fundamentalmente a raíz de la crítica realizada por Schünemann (1982). Se aplica, en la actualidad, las ideas de Roxin, que se exponen a continuación.

Efectivamente, en los dos casos que se expusieron se comprueban los presupuestos ya mencionados de la imputación objetiva: a saber, la causalidad está dada en ambos ejemplos, así como la creación de un riesgo no permitido y la materialización de ese riesgo en un resultado lesivo. Sin embargo, para algunos autores (Roxin, 1997, p. 387 y ss.), no por ello debe afirmarse la imputación del resultado y por ende, el establecimiento de una responsabilidad penal. El argumento que se esgrime contra una imputación de responsabilidades es que se va más allá del fin del tipo penal de homicidio (imprudente), pues este no abarca aquellos supuestos donde la violación del deber de cuidado es asumida por el propio lesionado.

Igualmente, una exigente de responsabilidad en estos casos se desprende de dos criterios: del llamado principio de autoresponsabilidad (Schumann, 1986, Roxin, 1999, p.304) y de una concepción liberal del ordenamiento jurídico y de las funciones del derecho penal. El Estado no puede arrogarse el derecho de decidir por sus propios ciudadanos lo que les convenga o no. Cada quien es libre de configurar las decisiones que desee tomar dentro del marco o esfera de su vida donde no afecte la convivencia pacífica con otros miembros de la comunidad. Sancionar conductas de este tipo sería propio de un Estado paternalista que irrespeta las decisiones voluntarias de los individuos. Distinto es el caso, por supuesto, si se demuestra que quien ha tomado la decisión no es consciente del riesgo en que incurre, pues en esos supuestos habrá que aplicar los criterios de la participación.

b. Ausencia de responsabilidad cuando hay heteropuesta en peligro consentida por el tercero: La segunda constelación en la cual hay que liberar de responsabilidad al autor de un resultado lesivo, se origina cuando quien se pone en peligro voluntariamente no es el propio autor, sino un tercero (de allí la denominación heteropuesta en peligro, que se ha tomado de Pérez Barberá). Ejemplos de este supuesto son los siguientes:

Ejemplos: a) Un pasajero sube a un taxi y le pide al conductor que vaya a una velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. El conductor acepta, pero se produce un accidente en el cual el pasajero pierde la vida.

b) A tiene SIDA y propone a B, su pareja ocasional, tener relaciones sexuales sin uso del preservativo. B, que es perfectamente consciente de la enfermedad que sufre su pareja, acepta la propuesta y se infecta con el virus (Tribunal Supremo Federal alemán, tomados de Pérez Barberá).

La pregunta crucial es si en estos casos se puede atribuir los resultados a A o al conductor, y con ello justificar una responsabilidad penal. El asunto no es del todo claro y se discute mucho. Sin embargo, pareciera que aquí también es aplicable lo indicado más arriba sobre el principio de la autoresponsabilidad. Es decir, en ambas constelaciones se trata de la decisión libre y voluntaria de personas adultas en una comunidad de iguales.

Un sector de la doctrina se inclina por resolver estos casos mediante la figura del consentimiento (Rudolphi, 1988, Nr. 81a). Se dice que en el primer ejemplo el pasajero otorgó su consentimiento para que el taxista condujera más a prisa, y en el segundo caso la novia consintió las relaciones sexuales sin uso de preservativo.

Por convincente que parezca esta solución, es errada, pues en realidad las víctimas (el pasajero o la novia) nunca consintieron en su propia muerte o contagio de la enfermedad. Ellos creyeron eventualmente en que las cosas resultarían bien. Además, afirmar un consentimiento presupone que las acciones desplegadas resultan ya típicas, y que se justifican posteriormente con el consentimiento. En ambos casos falta justamente la realización del tipo (Roxin, 1997, p.394), que se origina gracias a la aplicación de la categoría de heteropuesta en peligro que se ha estudiado.

III. Otras versiones actuales de la imputación objetiva

La versión que aquí se ha expuesto de la imputación objetiva es una entre varias posibles. Los atributos de dicha teoría se encuentran en proceso de elaboración y de precisión, pues la controversia en torno a esta es de fecha reciente, tal y como se vió en el apartado sobre los antecedentes. De allí que no exista unanimidad sobre su contenido exacto. Hay algunos autores que reducen la imputación objetiva a la realización del riesgo en el resultado (Frisch, 1988; Burgstaller, 1974; Silva Sánchez, 1984, entre otros). Otros quieren ver en la imputación objetiva una serie de presupuestos de la tipicidad no exigidos en la ley penal (Gimbernat, 1966 y 1987). Finalmente está el grupo mayoritario que considera tanto la realización de un riesgo no permitido como la realización de este en un resultado concreto, y cuyo autor más representativo, como se ha expuesto, es Roxin.

Una especial atención ha recibido la teoría de la imputación objetiva formulada por Günther Jakobs (1993), para quien lo decisivo en la imputación de un resultado al autor y su eventual responsabilidad radica en la lesión de un rol socialmente relevante; es decir, en la ruptura por parte del autor de una expectativa social que conduce por ello a una defraudación, entendida esta como imperfecta ejecución de los roles sociales (excelente presentación en Reyes Alvarado, 1996, p. 167 y ss.).

Finalmente, hay que agregar que existe un grupo reducido de autores (A. Kaufmann, 1985; Struensee, 1987; Hirsch, 1988; y Küpper, 1990) que niega la importancia de la imputación objetiva como criterio de atribución de responsabilidades. Sin embargo, se trata de un sector minoritario de la doctrina, cuyas raíces teóricas se pueden rastrear hasta los últimos finalistas que permanecen fieles a su credo (crítica en Roxin, 1999, p. 317 y ss.).

IV. Resumen de lo expuesto

Las ideas principales que se expusieron en este ensayo son las siguientes:

a. Un problema fundamental con el cual se enfrenta el juez en su quehacer diario es el hecho de saber si un resultado, que produce la lesión de un bien (valor) jurídico, puede o no serle atribuido a un imputado. Se trata de justificar normativamente el vínculo existente entre el resultado y la conducta del autor.

b. Para resolver ese problema surgió la teoría de la imputación objetiva. La misma podría definirse como el conjunto de reglas que buscan establecer cuándo, por qué, cómo, un resultado se puede imputar a una persona. Es decir, cuándo una conducta se considera que ha cumplido con el elemento objetivo del tipo. De esta manera se fundamenta la responsabilidad penal del autor.

c. Las funciones principales de la imputación objetiva son: eliminar imputaciones al autor de un resultado que son producto de la casualidad, del azar o de otras circunstancias no atinentes a la autoría; y en segundo lugar, superar con ello las dificultades que se presentan con la aplicación de las diversas teorías causales, las cuales tienen un fundamento ontologista y prejurídico, que ha de ser sustituido por un fundamento normativo de la tipicidad penal.

d. La causalidad es elemento necesario para la imputación, pero no suficiente. Los presupuestos de una imputación penal son más bien la causalidad y la imputación objetiva en sentido estricto. Ambos conforman la categoría de imputación objetiva en sentido amplio. Con ello se demuestra que la teoría de la imputación objetiva no es una teoría de la causalidad, como en alguna época se creyó.

e. La causalidad por sí misma no agota al tipo objetivo penal. Para la realización del tipo se requiere más que la causalidad entre conducta y resultado. Pueden presentarse supuestos donde la causalidad está incluso diluida (por ejemplo, en los delitos de omisión). La categoría de causalidad por sí misma demuestra una serie de deficiencias en sus resultados que tienen que ser corregidas. Esa corrección se lleva a cabo mediante las precisiones que se efectúan con la teoría de la imputación objetiva.

f. Los componentes específicos de la imputación objetiva son tres: La creación de un riesgo o peligro no permitido; la materialización de ese riesgo en un resultado y el fin de protección de la norma penal:

— Cuando se está ante un peligro no permitido debe determinarse acudiendo a diversos criterios, pues se trata de un concepto semánticamente indeterminado de la teoría de la imputación objetiva. En esa determinación pueden emplearse múltiples elementos: las llamadas reglas técnicas, la ponderación de los intereses en juego, el criterio del hombre medio, etc. Las excepciones que se presentan a la categoría de riesgo no permitido son fundamentalmente tres: cuando el peligro no existe, cuando el peligro no se materializa en el resultado, y cuando hay una disminución del peligro o riesgo.

— En cuanto a la materialización del peligro en el resultado hay que tener siempre en cuenta que ello no es posible cuando el resultado es producto de circunstancias ajenas al peligro creado, o cuando a pesar de que el peligro sí se creó, el resultado se produce independientemente de este.

— Lo atinente al fin de la norma penal obedece a valoraciones de carácter político-criminal. Allí se refleja muy bien el principio de autoresponsabilidad y además una concepción liberal del Estado y del derecho penal.

g. La teoría de la imputación objetiva está en crecimiento. En la actualidad existen otras versiones distintas a la que acá se expuso; sin embargo, la mayoría de ellas tienen similitudes o incluso deudas con la orientación aquí adoptada, la cual es sin lugar a dudas, la que más adeptos ha recogido en diversos países.

V. Comentario final (y algunas notas sobre la discusión en Costa Rica)

Se ha intentado hasta el momento una presentación lo más clara y ordenada posible del tema. Si el objetivo se logró o no, lo decidirá el lector. Resta nada más decir que la presentación hecha, como puede apreciarse, tiene un carácter en esencia descriptivo. Se intentó, en la medida de lo posible, no tomar partido en la discusión temática, pues hubiera requerido un texto de mayores dimensiones; no significa lo anterior que se esté de acuerdo con todas las ideas presentadas. Se han expuesto algunas ideas, que si bien son relativamente aceptadas en la discusión especializada, no están exentas de crítica. Esa crítica deberá esperarse hasta un trabajo posterior.

Por último, en lo atinente a la terminología empleada, el autor tiene la obsesión, quizás por un asunto de formación en la filosofía analítica, de evitar al máximo conceptos vagos o indeterminados, como pueden ser algunos de los aquí utilizados (e.g. teoría, riesgo, peligro, confianza, responsabilidad, etc.). Si a pesar de todo se han utilizado esas nociones, es porque estas aparecen como tales en la discusión dogmática del tema, y porque prescindir de ellas traería, por ahora, más inconvenientes que ventajas. Se trató, no obstante, de poner de manifiesto la relatividad de esos conceptos. Corresponde ahora al lector la valoración crítica de lo que aquí se dice o no se dice.

Resta únicamente una breve nota sobre la discusión del tema en el país. Tal y como se señaló al inicio de este trabajo, el autor no ha tenido lamentablemente la oportunidad de realizar una revisión detallada de las publicaciones que se han hecho en Costa Rica, pues el artículo fue escrito en Alemania. El único documento al que se ha tenido acceso es un artículo que se publicara en la Revista de Ciencias Penales, titulado La Causalidad y la nueva teoría de la imputación objetiva: Análisis y crítica, escrito por el Prof. Mario Houed, con colaboración de Hannia Soto Arroyo y Patricia Vargas Gonzáles. El artículo en cuestión es parte de un trabajo mayor de tesis, según se indica en el mismo. No obstante, al no contarse por el momento con la tesis propiamente, se referirá unos comentarios (breves) en torno a lo expresado en ese artículo.

1. Primero se debe indicar que la versión de la teoría de imputación objetiva que en ese trabajo se expone, a juzgar también por las citas bibliográficas, encuentra su fuente en el trabajo del autor colombiano Reyes Alvarado. Este último autor no ha creado ninguna teoría o versión de la imputación objetiva, sino que hizo una presentación de algunas ideas expuestas por Günther Jakobs. Con otras palabras, el artículo objeto de nuestros comentarios expone una versión mediatizada de las ideas de Jakobs sobre imputación objetiva.

2. Las tesis de Reyes Alvarado –que son las que retoma el artículo de Houed– curiosamente consisten de una versión radical de las ideas de Jakobs. Se puede afirmar que el autor colombiano llega a conclusiones que no se coligen directamente del propio autor alemán. A título de ejemplo, vale citar que en la monografía de Reyes Alvarado se afirman ideas como que la distinción entre tipicidad y antijuricidad, la distinción entre dolo y culpa, la distinción entre delitos de omisión y de comisión, adolecen de sentido. O igualmente que el dolo es parte de la tipicidad y no de la culpabilidad, como actualmente se reconoce. Curiosamente tales ideas, al menos en esa forma extrema, no se encuentran en el propio Jakobs.

3. Lo dicho hasta aquí apunta a lo siguiente: La versión de la imputación objetiva que es objeto de estudio y crítica por parte del artículo de Houed, es una versión relativamente desconocida y minoritaria en la dogmática (especialmente en la alemana). Esto tiene consecuencias prácticas, en particular en lo atinente a las críticas que hace el autor a la imputación objetiva. Las siguientes son algunas de esas críticas:

a. La primera crítica de Houed apunta a que la imputación objetiva ubica el dolo en el nivel de la culpabilidad, lo cual es retroceder hasta tiempos superados del causalismo puro.

La crítica es desafortunada. La absoluta mayoría de dogmáticos importantes parten de una ubicación del dolo en el tipo. La idea del dolo en la culpabilidad corresponde a la versión de Reyes Alvarado, que no concuerda con la idea mayoritariamente aceptada.

b. La segunda crítica de Houed apunta a que con la teoría de la imputación objetiva, se incurre en una imputación de procesos causales y no propiamente de conductas. Esto resulta inconstitucional en Costa Rica porque la responsabilidad penal es de carácter estrictamente personal. Se pone el siguiente ejemplo:

X, menor de edad, con la autorización de su padre toma un auto y por su impericia atropella a un sujeto. Houed apunta que aquí, para la teoría de la imputación objetiva el padre de X es penalmente responsable...

Esa responsabilidad se colige de que el padre ha creado un riesgo no permitido al autorizar que el hijo condujera un auto, y además ese riesgo se ha realizado en un resultado lesivo.

La crítica mencionada no es correcta. Según el esquema detallado de la imputación objetiva que se ha presentado arriba, una semejante atribución de responsabilidad es del todo improcedente. La respuesta que ofrecería la imputación objetiva (en la versión roxiniana) es esta: Es correcto que el padre ha creado un riesgo no autorizado con el hecho de permitir que su hijo menor de edad manejara un automóvil. Igualmente es correcto que ese riesgo se ha materializado en un resultado lesivo de un

bien. Pero, y aquí viene el esencial, la aplicación del criterio del fin de protección de la norma (o el alcance del tipo penal) excluye una sanción en estos supuestos.

c. La tercera crítica de Houed está referida al hecho de que la imputación objetiva es una categoría con múltiples contenidos y que no ha logrado la univocidad de opiniones.

La crítica es parcialmente certera, pero con las siguientes matizaciones: la teoría de la imputación objetiva (en la versión de Roxin) es hoy mayoritariamente aceptada por muchos autores, y se ha impuesto incluso en la jurisprudencia de países como Alemania, España, o en Austria donde impera sin reservas. Hay diferencias, no tanto en la necesidad o no de la teoría, cuestión que resulta prácticamente incuestionada, sino en el contenido exacto de esta. No obstante, en la actualidad, tal y como se ha reiterado, tiende a imponerse cada vez el esquema que aquí se ha presentado.

En resumen, el artículo de Houed tiene la virtud de haber hecho asequibles al público costarricense algunas ideas principales del tema. Su debilidad radica en que efectúa una crítica sin que existan los fundamentos teórico-metodológicos previos necesarios para ello. La parte crítica tiene mayor riqueza cuando se han sentado las bases teóricas y se han expuesto todas (o al menos la mayoría de las ideas atinentes a un tema), cosa que no se hace en el artículo en mención, donde más bien la versión que se expone de la imputación objetiva es una versión bastante débil.

VI. Bibliografía utilizada

La bibliografía que se puede encontrar actualmente sobre la temática de la imputación objetiva es abundantísima. No obstante, la bibliografía empleada concretamente en este texto es la siguiente:

Albert, Hans, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1993.

Bacigalupo, Enrique: *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2da. edición, Ediciones Akal, España, 1990.

Burgstaller, Manfred: *Die Fahrlässigkeit im Strafrecht. Unter besondere Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974.

Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Editorial Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

Ebert, Udo y Kühl, Kristian: *Kausalität und objektive Zurechnung*, en la revista *Jura*, cuaderno 11, p. 561 y ss., 1979.

Frisch, Wolfgang: *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988.

Gimbernat Ordeig, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

“¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios penales y criminológicos*, tomo X, Universidad de Santiago de Compostela, p. 169 y ss., 1987.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco: *La Responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

Hirsch, Jans-Joachim: *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht* en *Deutsch-japanisches Strafrechtskolloquium*, celebrado del 14 al 17 de septiembre de 1988, Colonia.

Honig, Richard: *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Festschrift für Frank*, tomo I, Tübingen, p. 174 y ss., 1930.

Jakobs, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 2da. edición, 1991 (hay traducción al español de Cuello Contreras y González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1991).

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 edición, Berlín, 1996 (Hay traducción al español de Mir Puig, y Muñoz Conde de la 3 edición, Bosch, Barcelona, 1978).

Julius, Glaser: *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Tomo I, 1858.

Kaufmann, Armin: “Objektive Zurechnung’ beim Vorsatzdelikt? En *Festschrift für Jescheck*”, tomo I, Berlín, p. 251 y ss., 1985 (Hay traducción al español por Cuello Contreras “¿Atribución objetiva en los delitos dolosos?”, en *ADPCP*, 1985, p. 807 y ss.).

Maiwald, Manfred: *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980.

Martínez Escamilla, Margarita: *La Imputación Objetiva del Resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992. Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 3 edición, PPU, Barcelona, 1990.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, 2da. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Naucke, Wolfgang: "Über das Regreßverbot im Strafrecht", en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 76, p. 409 y ss., 1964.

Neumann, Ulfrid: "Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers", en Juristische Arbeitsblätter (JA), Frankfurt, 1987.

Peréz Barberá, Gabriel: Manual de Derecho Penal. Parte General, Argentina, 2000.

Reyes Alvarado, Yesid: "Fundamentos Teóricos de la Imputación Objetiva", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Argentina, Año III, Nrs. 4-5, 1997.

__ Imputación Objetiva, 2da. edición, Editorial Temis S.A., Colombia, 1996.

Rodell, Fred: "Goodbye to Law Reviews", Virginia Law Review, vol. 23, p. 34, 1936.

Roxin, Claus: Derecho Penal. Parte general, T. I. Trad. de Luzón Peña, et al., Edit. Civitas, Madrid, 1997.

__ Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

__ "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en derecho penal", en Problemas básicos del Derecho Penal, Trad. de Luzón Peña, Madrid, p. 128 y ss., 1976.

__ "La Teoría de la Imputación Objetiva", Conferencia pronunciada a raíz del acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Barcelona, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, Nr. 9 B, Argentina, 1999.

__ "Bemerkungen zum Regreßverbot", en Festschrift für Herbert Tröndle, Berlín-New York, 1989.

Rudolphi, Hans-Joachim et al: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo I, allgemeiner Teil, Frankfurt am Main, 1988.

__ "Voraussehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre" Juristische Schulung (JuS), p. 546 y ss., 1969.

Segundo Rúa, Gonzalo: "Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Argentina, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María: „Aberratio Ictus e imputación objetiva“, en ADPCP, p. 347 y ss., 1984.

Schünemann, Bernd: El Sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales, Traducción de Silva Sánchez, Jesús María, Madrid, 1991.

__ "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en Juristische Arbeitsblätter (JA), p. 432 y ss., 1975.

__ "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?", en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), p. 60 y ss., 1982.

Sáinz Cantero, José A.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Bosch, Barcelona, 1990.

Schumann, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tubinga, 1986.

Stratenwerth, Günter: Strarecht. Allgemeiner Teil, T. I., 4 edición, Colonia, 2000.

Struensee, Eberhard: "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en Goldammers Archiv für Strafrecht (GA), p. 97 y ss., 1987.

Welzel, Hans: Lehrbuch, 9 edición, 1965.
[329] Id. art. 68.

[330] Id. art. 69. La única excepción a esta regla son los derechos de garantía posesorios en propiedad mueble incorporal. Id.

[331] Id.

[332] Id.

[333] Id. art. 70. El deudor garante se considera localizado en el estado donde esta parte mantiene la administración central de su negocio. Si el deudor con garantía no opera un negocio o no tiene un lugar de negocios, el deudor con garantía se considera localizado en el estado de su residencia habitual. Id. art. 72.

[334] Id. art. 70.

[335] Id.

[336] Id. art. 71.

Wessels, Johannes y Beulke, Werner: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 28 edición, Heidelberg, 1998.

Wolter, Jürgen: Objektive und personal Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung, Berlín, 1981.

Bibliografía adicional que se puede consultar, si hubiera interés en profundizar sobre el tema, es esta: Bustos Ramírez, Imputación Objetiva, en Estudios Penales y Criminológicos XII, Santiago de Compostela, p. 105 y ss., 1989; De la Cuesta Aguado: Tipicidad e Imputación Objetiva, Valencia, 1996; Luzón Peña, Causalidad e Imputación Objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto, en Actualidad Jurídica, p. 81 y ss., 1981; Huertas Tocildo: La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, en La Ley, p. 277 y ss., 1983.

* Profesor en la Universidad de Costa Rica. Estudios de doctorado bajo la Dirección del Prof. Claus Roxin en el Institut für den gesamten Strafrechtswissenschaften, Universidad de Munich, Alemania.

Sección II

Recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de
La Escuela Judicial durante el año 2002

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL
del 12 de setiembre de dos mil dos

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE TRÁNSITO Y LA INTERRUPCIÓN DE LA
PRESCRIPCIÓN EN ESTA MATERIA

ARTÍCULO III

El Mag. Daniel González Álvarez, Presidente de la Comisión de Asuntos Penales, en oficio CAP019-02 del 25 de abril de 2002, remite oficio de fecha 8 de abril de 2002, suscrito por la Licda. Julia Madrigal Jiménez, Juez Contravencional y Menor Cuantía de Liberia que dice:

“Les saludo con toda consideración y estima y al mismo tiempo me permito formularles la siguiente consulta:

1.- Debe aplicarse el artículo 160 de la Ley de Tránsito a todos los casos, donde la infracción sea cometida por un tercero? El artículo 160 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestre dispone: “En el caso de que la infracción imputada haya sido cometida por un tercero, la alcaldía notificará al propietario del vehículo su derecho a constituirse como parte ...”.- Actualmente se notifica indistintamente a los propietarios registrales de los vehículos, en las colisiones cuando la infracción la comete un tercero, esto en apego a la norma indicada supra. No obstante, considero que debería notificárseles a los propietarios registrales de los vehículos, únicamente en los supuestos de la responsabilidad civil solidaria contenidos en el artículo 187 de la Ley de Tránsito. De tal modo se evitaría, el atraso y por ende las continuas prescripciones en los asuntos de tránsito. Lo anterior en virtud de que en los demás casos, responde por el pago de los daños u perjuicios ocasionados, únicamente el vehículo conducido por el que resulte responsable.

2.- La segunda inquietud que tengo es en punto a la interrupción de la prescripción en materia de tránsito.

El artículo 181 de la Ley de Tránsito, indica “La prescripción de la acción penal se interrumpe por el señalamiento para audiencia oral y pública o por la concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el Código Penal...”

Mi duda estriba en el sentido, de la fecha que debe tomarse en consideración para la interrupción de la prescripción, la fecha de la resolución que señala el juicio, o la fecha del juicio, luego ¿si el señalamiento para juicio interrumpe la prescripción, a pesar de que no se realice el juicio por alguna razón (una de las partes presenta un dictamen médico indicando que no puede asistir, porque no se ha notificado o alguna de las partes, no se ha procedido conforme al artículo 160 de la Ley de Tránsito, o alguna otra causa, o si por el contrario, ese señalamiento interrumpe la prescripción, únicamente si el juicio se celebra? Lo anterior en virtud de que, en el inciso c) del artículo 33 del Código Procesal Penal, aplicable a ésta materia, según lo dispone el artículo 181 de la Ley de Tránsito, establece como causal interruptora de los plazos de prescripción “Cuando la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa con el propósito de obstaculizar el desarrollo normal de aquél, según declaración que efectuará el Tribunal en resolución fundada”.

El Lic. Otto González Vílchez, Coordinador del Programa de Investigación, en oficio UJ-339-2002 del 17 de julio del año en curso, remite respuesta a la consulta y dice:
Antecedentes

I- Mediante oficio de la Comisión de Asuntos Penales, número CAP19-02, del 25 de abril de 2002, es remitida a la Escuela Judicial la consulta presentada por la Licda. Julia Madrigal Jiménez, jueza del Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Liberia, por medio de nota presentada el pasado 8 de abril de 2002.

II- La citada funcionaria consulta dos aspectos que tienen relación con la materia de tránsito: el primero se refiere a la aplicación del artículo 160 de la Ley de Tránsito; y el segundo es con respecto a la interrupción de la prescripción en esta materia.

III- La presente consulta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial en su sesión N° 15-01, del veintitrés de agosto de dos mil uno, artículo V. Por lo anterior, se procede a resolverla de conformidad con el artículo 6, inciso b) de la Ley número 6593, Ley de Creación de la Escuela Judicial. Se advierte a la consultante que el presente análisis no tiene carácter vinculante.

Resolución de la consulta

La consultante tiene dudas en dos aspectos relacionados con la materia de tránsito: el primero en cuanto a la forma de aplicar el artículo 160 de la Ley de Tránsito; y el segundo se refiere a la interrupción de la prescripción en esta materia.

Aplicación del artículo 160 de la Ley de Tránsito

En relación con el primer aspecto consultado, debemos indicar que el artículo 160 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 160.- En caso de que la infracción que se imputa haya sido cometida por un tercero, la alcaldía notificará al propietario del vehículo su derecho de constituirse en parte. La notificación se realizará por cualquier medio idóneo y, cuando resulte inoperante, bastará efectuarla por medio de un edicto, que se publicará por una vez en el boletín judicial y en un diario de circulación nacional. En ambos casos, el propietario del vehículo deberá apersonarse dentro de los ocho días siguientes a la notificación o a la publicación.

Las publicaciones contendrán, necesariamente, el nombre del propietario registral, su número de cédula, el número de placa del vehículo y el del chasis. Los gastos de publicación se cargarán a la parte condenada en costas.

Este artículo ha tenido, en los últimos años, una interesante historia, ya que fue derogado mediante Ley N° 7833 de 29 de setiembre de 1998, publicada en La Gaceta N° 205 del 22 de octubre de ese mismo año, y mediante voto de la Sala Constitucional N° 438-01 de las catorce horas con treinta y dos minutos del diecisiete de enero de dos mil uno, se declaró inconstitucional la derogatoria realizada, restableciéndose la vigencia de este artículo.

Es recomendable indicar a la consultante cuáles fueron las razones que tuvo la Sala Constitucional para rehabilitar la vigencia de esta norma. A continuación se cita, en lo que interesa de este voto, lo siguiente:

“En efecto, en ese mismo fallo, la Sala se pronunció por la constitucionalidad de los numerales 150, 151 y 152 de la Ley de Tránsito, precisamente en función de que el artículo 160 ibídem garantizaba al propietario no conductor una amplia posibilidad de defensa frente al gravamen que se venga a imponer a su vehículo. Al desaparecer éste último mediante la indicada Ley número 7833, la situación cambia drásticamente. Téngase en mente que la responsabilidad civil del dueño es solidaria o subsidiaria –vale decir, accesoria– respecto de la del conductor, que, a su vez, es dependiente de su culpabilidad en el plano penal de tránsito. De manera que la simple posibilidad de comparecer luego a un juicio civil en nada beneficia la situación del primero, porque el daño estará hecho desde que la sentencia de tránsito declaró responsable del accidente a la persona que conducía su automóvil, tornándolo copartícipe del deber de indemnización. Sobra decir que, de haber tenido intervención el propietario en el proceso penal, quizás lograría aportar elementos de juicio o argumentos jurídicos que cambien la decisión, a favor no sólo del infractor sino, indirectamente, de él mismo. Y en la medida en que exista esa posibilidad, estará –para todos los efectos prácticos y legales– indefenso.”

“A la luz de lo expresado, el dilema que se plantea debe ser resuelto en uno de dos posibles sentidos: el de la inconstitucionalidad sobreviniente de las normas que son objeto de consulta, por causa de la abolición del artículo 160 de la Ley de Tránsito; o bien, el de la inaplicabilidad de esa derogatoria en sí misma, en la medida en que ha venido a introducir un indebido factor de restricción en los derechos de propiedad y defensa del propietario no conductor. La Sala se inclina por la segunda, puesto que no se trata tampoco de eliminar el mecanismo de gravamen de los vehículos, que en definitiva persigue asegurar la justa y oportuna retribución al afectado en el accidente por los daños que haya debido soportar. El restablecimiento de la vigencia del indicado artículo 160 conlleva entonces la necesaria intervención en el proceso de tránsito del dueño del vehículo, con su consiguiente citación, solo en los casos en que de una y otra forma pueda resultarle una responsabilidad personal del hecho a investigar; por otra parte es de recordar que por su ubicación en el Ley de Tránsito, la norma en cuestión (artículo 160) solo se aplica en caso de accidente (ver Sección II, «Infracciones cuando se produzca un accidente», del Capítulo I. «Conocimiento de multas»)."1

En razón de esta sentencia de la Sala Constitucional, el Consejo Superior emitió la siguiente circular:

“CIRCULAR No. 63-2001

ASUNTO:

Directriz en cuanto al restablecimiento del artículo 160 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres.

A TODAS LAS AUTORIDADES JUDICIALES QUE CONOCEN MATERIA DE TRÁNSITO

SE LES HACE SABER:

Que el Consejo Superior en sesión N° 37-01 del 15 de mayo del 2001, artículo XCVI. acordó comunicar que conforme al voto de la Sala Constitucional N° 2001-00438 de las catorce horas con treinta minutos del diecisiete de enero del dos mil uno, el restablecimiento de la vigencia del artículo 160 conlleva entonces la necesaria intervención en el proceso de tránsito del dueño del vehículo, con su consiguiente citación, solo en los casos en que de una u otra forma puede resultarle una responsabilidad personal del hecho a investigar, por otra parte es de recordar que por su ubicación en la Ley de Tránsito, la norma en cuestión (artículo 160) sólo se aplica en caso de accidente. San José, 15 de junio de 2001. Silvia Navarro Romanini, Secretaria General de la Corte"2.

De la citada sentencia, así como de lo indicado por el Consejo Superior, queda claro que los juzgados de tránsito deben aplicar el artículo 160 previsto en la ley, notificando a los propietarios registrales de los vehículos involucrados en un accidente y en

los que el conductor no es el dueño del automotor. Es importante indicar a la consultante que este artículo puede aplicarse de acuerdo con las siguientes pautas:

1. El artículo 160 se aplica solamente en los casos de infracciones de tránsito cuando se produzca un accidente: este aspecto es importante por cuanto el fallo de la Sala Constitucional, citado anteriormente, ha indicado que las infracciones de tránsito pueden producir distintos tipos de responsabilidad: por ejemplo, las infracciones a la Ley de Tránsito que imponen una sanción de multa fija, solo generan responsabilidad de carácter penal, es decir, solo se puede sancionar al conductor del vehículo que cometió la falta y, por lo tanto, si dicho conductor no es el dueño del vehículo no es necesario notificarle a este último. Pero cabe aquí la aclaración de que en los casos de partes impersonales se deberá notificar al propietario registral del vehículo, dada la falta de identificación del conductor. Por otro lado, la Sala Constitucional indica que en los casos de infracciones de tránsito, en las que se produzca un accidente, se genera una responsabilidad civil concomitante con la responsabilidad penal, debido a que en los casos de accidentes de tránsito no solo se produce una infracción a la ley la cual es sancionada con multa, sino también se generan daños en bienes, lesiones y muertes de personas que originan una responsabilidad civil. Por lo tanto, el artículo 160 no solo por su ubicación en la Ley de Tránsito (Sección II: Infracciones cuando se produzca un accidente), sino también por la naturaleza jurídica de la infracción cometida, obliga a que en los casos en que el conductor del vehículo accidentado no sea el propietario registral del automotor, sea obligatorio para el Juzgado de Tránsito notificar a este último.

2. El artículo 160 garantiza a todo propietario de vehículos el hacer valer sus derechos mediante el debido proceso en materia de tránsito: es importante indicar a la consultante que el fundamento jurídico del artículo 160, de notificar al propietario registral de un vehículo accidentado cuando este no ha sido el conductor involucrado en la colisión, se debe a la aplicación del principio constitucional del debido proceso, tal y como la Sala Constitucional lo ha indicado en el fallo citado en esta consulta, y la Sala Tercera en voto 821-F-96, de las once horas cincuenta minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que en lo que interesa indicó:

“Del estudio del expediente se deduce que la propietaria registral del vehículo pick up Datsun, placas, (...), no figuró dentro del proceso, a pesar de que en sentencia se ordena el comiso de éste, con lo que se afectó el derecho de defensa. No es posible que se ordene la incautación de un bien cuyo propietario no ha sido llamado ni oído como parte en el proceso —debido a lo cual ha estado en absoluta indefensión— pues ello atentaría contra la garantía recogida en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política.”³

Por lo indicado, queda claro que este artículo es una aplicación del principio constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, consagrados en nuestra Constitución Política, por lo tanto es obligación de los jueces aplicar esta norma.

3. El artículo 160 obliga a notificar a todo propietario registral de un vehículo involucrado en un accidente cuando el conductor no sea el dueño del automotor, aunque se encuentre fuera de los supuestos del artículo 187 de la Ley de Tránsito: es criterio del suscrito que lo indicado por la Licda. Madrigal Jiménez en su escrito de consulta, en el sentido de que considera que “debería notificárseles a los propietarios registrales de los vehículos únicamente en los supuestos de la responsabilidad civil solidaria, contenidos en el artículo 187 de la Ley de Tránsito”, no es lo más adecuado, ya que esta interpretación del artículo 160 sería restrictiva de los derechos de defensa de los propietarios registrales y estaría contrariando lo establecido en la jurisprudencia citada anteriormente. Debemos recordar que el artículo 187 de la Ley de Tránsito establece los supuestos en que el propietario del vehículo responde civilmente, con el conductor, ante los daños provocados por un accidente de tránsito. Este artículo establece la llamada responsabilidad civil objetiva, que se define como “la responsabilidad cuando se produce con independencia de toda culpa”⁴. Esta responsabilidad civil solo puede ser el resultado de una sentencia condenatoria donde se determine la responsabilidad del conductor y la determinación de la responsabilidad civil indirecta del dueño del vehículo. Precisamente, el artículo 160 pretende dar audiencia al propietario registral de un vehículo involucrado en un accidente, para que tenga la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa y así evitar el ser condenado civilmente. Además, existen situaciones que no están previstas en el artículo 187 y en las que puede ser necesario notificar al propietario registral del vehículo para resguardar sus derechos de defensa. Por lo anterior, es criterio del suscrito que en todos los casos de accidentes de tránsito, en que el conductor no sea el propietario del vehículo, se le debe notificar al propietario registral a efecto de garantizar su derecho de defensa, aunque no estemos en presencia de las situaciones previstas en el artículo 187 de la Ley de Tránsito.

En síntesis, el artículo 160 de la Ley de Tránsito debe aplicarse de conformidad con lo establecido por la Sala Constitucional y el Consejo Superior del Poder Judicial.

Interrupción de la prescripción en materia de tránsito.

El segundo aspecto consultado se refiere a la interrupción de la prescripción en materia de tránsito.

Debemos indicar que la interrupción de la prescripción en esta materia se establece en el artículo 181 de la Ley de Tránsito, que dispone:

Artículo 181.- La prescripción de la acción penal se interrumpe por el señalamiento para audiencia oral y pública o por la concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el Código Penal. También, se suspende si se interpone un recurso de inconstitucionalidad, si es necesario realizar los trámites de levantamiento de inmunidad o en los demás casos previstos en el Código Penal.

La consultante pregunta ¿cuál es la fecha que se debe tomar en cuenta para la interrupción de la prescripción, la fecha de la resolución que señala a juicio o la fecha del juicio?

Es criterio del suscrito, que el acto que interrumpe la prescripción debe ser la fecha de la resolución en que se realiza el señalamiento para audiencia oral y pública. Lo anterior se debe a que el artículo 181, citado, es claro al indicar que el acto interruptor es el “señalamiento para audiencia oral y pública” y no la fecha de realización del juicio o audiencia.

Además, se consulta respecto de si el señalamiento para juicio interrumpe la prescripción, aunque la audiencia no se lleve a cabo.

Para responder a esta duda de la consultante, es necesario citar el artículo 33 del Código Procesal Penal, reformado mediante Ley número 8146, publicada en La Gaceta N° 227 del veintiséis de noviembre de dos mil uno, aplicable supletoriamente a la materia de tránsito por disposición del artículo 179 de la Ley de Tránsito, que dispone:

“Artículo 33.- Interrupción de los plazos de prescripción.

Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo tras anterior se reducirán a la mitad para computarlos a efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de prescripción se interrumpen con lo siguiente:

- a)** La primera imputación formal de los hechos al encausado, en los delitos de acción pública.
- b)** La presentación de la querrela, en los delitos de acción privada.
- c)** La resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar.
- d)** La obstaculización del desarrollo normal del debate por causas atribuibles a la defensa, según declaración que efectuara el Tribunal en resolución fundada.
- e)** El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.

La interrupción de la prescripción opera aun cuando las resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente.”

El segundo cuestionamiento que realiza la consultante se puede responder, a la luz de los artículos citados, de la siguiente manera:

1. La fecha de la resolución en la que se señala para audiencia oral y pública es el acto típico de interrupción de la prescripción en materia de tránsito: esto quiere decir que el principal acto que interrumpe la prescripción, en materia de tránsito, es la fecha de la resolución en la que el juzgado señala para la realización del juicio, los otros actos de interrupción de la prescripción, establecidos en el artículo 33 del Código Procesal Penal, tienen un carácter supletorio y solo se podrán aplicar en la jurisdicción de tránsito si son compatibles con esta materia y en caso de lagunas.

2. La no realización de la audiencia oral y pública mantiene el acto interruptor de la prescripción, en aplicación del párrafo final del artículo 33 del Código Procesal Penal: debido a que la Ley de Tránsito no indica nada respecto a si se mantiene el acto de interrupción de la prescripción, aunque el juicio no se lleve a cabo, nos obliga a aplicar de manera supletoria lo dispuesto en el párrafo final del artículo 33 del Código Procesal Penal, que dice:

“La interrupción de la prescripción opera aun cuando las resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente.”

Esto debe interpretarse en el sentido de que la fecha de la resolución que señaló a juicio (que produce la interrupción de la prescripción en materia de tránsito) es declarada nula o ineficaz sigue manteniendo el acto interruptor de la prescripción [sic].

Por lo que se le debe indicar a la consultante que, aunque no se lleve a cabo el juicio el acto interruptor de la prescripción se mantiene, debido a que la no celebración de la audiencia, por distintos motivos, se puede considerar como una ineficacia de la resolución que señaló el día y fecha del juicio.

Conclusiones y recomendaciones

Del análisis realizado en la presente consulta, se le puede recomendar a la Licda. Julia Madrigal Jiménez lo siguiente:

a) Se debe aplicar el artículo 160 de la Ley de Tránsito de conformidad con lo indicado por la Sala Constitucional en el voto 438-2001, notificando a los propietarios registrales de los vehículos involucrados en un accidente de tránsito en que el conductor no sea el dueño del automotor.

b) El fundamento jurídico del artículo 160 de la Ley de Tránsito es el de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa de los propietarios de vehículos involucrados en un accidente de tránsito.

c) El artículo 160 de la Ley de Tránsito solo se aplica en las infracciones cuando se produzca un accidente, por lo que se excluye su aplicación de las infracciones sancionadas con multa fija.

d) En materia de tránsito, el principal acto interruptor de la prescripción es la fecha de la resolución en la que se señala para audiencia oral y pública. Los otros actos de interrupción que se aplican supletoriamente son los establecidos en el artículo 33 del Código Procesal Penal.

e) La interrupción de la prescripción se mantiene aunque la audiencia oral y pública no se lleve a cabo, de conformidad con lo indicado por el artículo 33, párrafo final del Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres; Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., séptima edición, San José, Costa Rica, marzo 2002.

Código Procesal Penal: concordado y anotado por Ulises Zúñiga Morales; Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., tercera edición, San José, Costa Rica, enero 1999.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos S.A., Volumen II, 1995.

Ley N° 8146, publicada en La Gaceta número 227 del veintiséis de noviembre de 2001.

Circular del Consejo Superior N° 63-2001, publicada en el Boletín Judicial N° 121 del 25 de junio de 2001.

Sala Constitucional, voto 438-2001 de las catorce horas con treinta y dos minutos del diecisiete de enero de dos mil uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 821-F-96 de las once horas cincuenta minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

SE ACUERDA: Acoger el informe rendido por el Lic. Otto González Vílchez, comuníquese a la Licda. Julia Madrigal Jiménez, Jueza del Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Liberia. ACUERDO FIRME.

1 Sala Constitucional, voto 438-2001 de las catorce horas con treinta y dos minutos del diecisiete de enero de dos mil uno.

2 Circular publicada en el Boletín Judicial N° 121 del 25 de junio de 2001.

3 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 821-F-96 de las 11:50 horas del 23 de diciembre de 1996.

4 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Editorial Tecnos S.A., 1995, p.597.

SESIÓN Nº. 11-02
CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL
del doce de setiembre de dos mil dos

EL DICTADO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN CAUSAS QUE TIENEN ARCHIVO FISCAL

ARTÍCULO V

El Mag. Daniel González Álvarez, Presidente de la Comisión de Asuntos Penales, en oficio CAP007-02 del 5 de junio del año en curso, remite consulta presentada por la Licda. Alba Brenes González, Fiscal Adjunta de San Carlos en oficio 214-02 FASC de fecha 25 de enero último que dice:

“Mediante la presente le solicito eleve a la Comisión de Asuntos Penales, la consulta que se seguido expongo:

En la Fiscalía Adjunta de San Carlos contamos con una gran cantidad de expedientes con resolución de Archivo Fiscal y Ausencias, mismas que ya se encuentran prescritas por el transcurso del tiempo acordado para la prescripción penal.

En razón de que esas causas están prescritas, hemos solicitado al Juez Penal (de conformidad con los artículo 30 inciso e y 311 inciso d), declare la prescripción de la acción. En todos los casos el Juez Penal ha rechazado la solicitud, argumentando que no es procedente el dictado de un sobreseimiento por prescripción ya que en las causas con Archivo Fiscal no existe un imputado individualizado y que por lo tanto no puede dictar el sobreseimiento pues las causas con Archivo Fiscal, al desconocerse la identidad del imputado no puede cumplir con lo que establece el artículo 312 inciso a; sea este la identificación del acusado. Señala además que no es procedente el sobreseimiento, ya que no existe un imputado a favor de quien dictarlo, por lo que considera que las causas en Archivo y Ausencia deben permanecer para siempre en la Fiscalía y que luego la Fiscalía directamente las envíe al Archivo Judicial.

A nuestro criterio la posición del Juez Penal no es la correcta, pues consideramos que debe existir el control jurisdiccional en cualquier causa que se haya tramitado en la Fiscalía. Es el Juez Penal el llamado a verificar la labor que realiza el Fiscal y (Ausencia) el Juez así debe declararlo, ya que esta declaratoria se realiza con el dictado de una sentencia de sobreseimiento y el Juez Penal es el único que puede dictarla.

Les solicito en forma respetuosa, emitan su criterio al respecto, ya que el Juez Penal no acepta las solicitudes de sobreseimiento por prescripción de una causa que estaba en Archivo o Ausencia, a pesar que conocemos que otros Juzgados Penales como el de Alajuela las acepta y resuelve con el dictado de sobreseimiento por prescripción de la acción penal en los casos que corresponda. Sin embargo, tanto el Juez Penal como esta Fiscalía estamos dispuestos a acatar lo que ese órgano con buen tino resuelva.

En oficio UJ-399-2002 del 2 de setiembre en curso, el Lic. Otto González Vílchez, Coordinador del Programa de Investigación, remite informe sobre la consulta anterior y dice:

Antecedentes

I. Mediante oficio de la Comisión de Asuntos Penales, número CAP007-02, del 5 de junio de 2002, es remitida a la Escuela Judicial la consulta de la Licda. Alba Brenes González, fiscal adjunta de San Carlos, por medio de nota presentada el pasado 25 de enero de 2002.

II. La citada funcionaria consulta un aspecto que tiene relación con la materia procesal penal, referente a si es posible que el juez penal pueda dictar un sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal en causas con archivo fiscal.

III. La presente consulta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, en su sesión N° 15-01, del veintitrés de agosto de dos mil uno, artículo V. Por lo anterior, se procede a resolverla de conformidad con el artículo 6, inciso b) de la Ley número 6593, Ley de Creación de la Escuela Judicial. Se advierte a la consultante que el presente análisis no tiene carácter vinculante.

Resolución de la consulta

La consultante tiene dudas respecto de si es posible que los juzgados penales dicten sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 311 del Código Procesal Penal, en las causas en que la fiscalía haya decretado un archivo fiscal de acuerdo con lo establecido en el artículo 298 del Código Procesal Penal.

Para responder a la consulta formulada por la Licda. Brenes González, es necesario analizar por separado las figuras del archivo fiscal y del sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal, con el fin de determinar si ambas figuras son complementarias o no y para definir, si dictar un sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal, es o no procedente.

a) La figura del archivo fiscal

La figura del archivo fiscal se encuentra establecida en el artículo 298 del Código Procesal Penal que indica:

Artículo 298.- Archivo fiscal. Si no se ha podido individualizar al imputado, el Ministerio Público podrá disponer por sí mismo, fundadamente, el archivo de las actuaciones.

La decisión se comunicará a la víctima de domicilio conocido que, al formular la denuncia, haya pedido ser informada, quien podrá objetar el archivo ante el tribunal del procedimiento preparatorio e indicará las pruebas que permitan individualizar al imputado. Si el juez admite la objeción ordenará que prosiga la investigación.

El archivo fiscal no impide que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan identificar al imputado.

Esta figura ha sido entendida por la doctrina nacional como “el cese de la investigación por parte de la policía y el Ministerio Público, sin perjuicio de que con posterioridad pueda proseguirse la investigación si aparecen nuevos datos que permitan identificar al imputado”¹. Precisamente, el archivo fiscal tiene relación con las facultades otorgadas al Ministerio Público en el procedimiento preparatorio y en el ejercicio de la acción penal en la fase de investigación, en esta última tiene amplias competencias otorgadas por el actual proceso penal.

Es criterio del suscrito, que el archivo fiscal es un típico acto administrativo que realiza el fiscal dentro de sus facultades de investigación que consiste en archivar la causa por falta de identificación del imputado, produciendo el cese provisional de la investigación hasta que existan nuevos elementos de prueba que le permitan reiniciar los procedimientos.

Es importante diferenciar el archivo fiscal de la desestimación establecida en el artículo 282 del Código Procesal Penal, para poder determinar que efectivamente el archivo fiscal tiene una naturaleza más administrativa que jurisdiccional. La doctrina nacional ha indicado: “La desestimación adoptada por el juez (artículo 282 ibídem) se distingue del archivo fiscal (artículo 298 ibídem), no solo por el órgano que la adopta, sino principalmente porque en el primer caso existe un imputado individualizado a quien es posible atribuirle la responsabilidad penal, mientras que en el segundo no”². Efectivamente, el archivo fiscal es ordenado por el Ministerio Público y el control del juez en esta figura no es el mismo que se da en el desestimiento en el cual solamente este puede ordenarlo.

Por lo dicho, es conveniente indicar que el archivo fiscal tiene la finalidad de archivar la causa “cuando no se haya podido individualizar al imputado, con el fin de no trasladar innecesariamente diligencias ante el órgano jurisdiccional”³, debido a que “no tiene mucho sentido mantener vigente un caso en el que después de agotar todos los recursos, no ha sido posible individualizar al imputado”⁴. Por lo tanto, es claro que el juez de la etapa preparatoria tiene intervención en el dictado del archivo fiscal solamente cuando la víctima de domicilio conocido y que haya solicitado a la fiscalía el ser informada del estado de la investigación, se opone a esta medida, si no se da este hecho, el juez del procedimiento preparatorio no tiene ninguna otra intervención, esto debido a que “el juez no estará comprometido, de ninguna manera, con la investigación; su compromiso se circunscribirá, exclusivamente, a garantizar el respeto a los derechos del acusado, impidiendo cualquier exceso del ente encargado de la investigación”⁵, por lo que el juez del procedimiento preparatorio es un garante de los derechos constitucionales del imputado y también de la víctima, y su intervención en el dictado de un archivo fiscal se limita a garantizar que no se violen estos derechos.

Por lo anterior, el Ministerio Público es el órgano competente para decretar un archivo fiscal y determinar, sin intervención jurisdiccional, si se puede reactivar posteriormente la investigación al contar con nuevos indicios o archivar definitivamente el caso al no poder reiniciar la investigación por estar la causa prescrita.

Es opinión del suscrito, el archivo fiscal es total competencia de la fiscalía respectiva, lo decreta y toma las decisiones de reiniciar los procedimientos o archivar definitivamente la causa debido a una imposibilidad de continuar una investigación por prescribir el asunto. La intervención del juez solamente se suscribe a resolver la objeción de la víctima al dictado del archivo fiscal por parte de la fiscalía, ya que alguna otra intervención no está autorizada en la legislación procesal penal y por la misma naturaleza de las funciones del juez del procedimiento preparatorio, no habría que proteger los derechos constitucionales de ningún imputado al no existir una identificación del posible acusado, por lo que la intervención del citado funcionario sería innecesaria.

b) La figura del sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal

Esta figura se encuentra establecida, en el artículo 311 inciso d), que dispone:

Artículo 311.- Sobreseimiento definitivo. El sobreseimiento definitivo procederá cuando:

c) La acción penal se ha extinguido

El sobreseimiento definitivo “es una resolución que, pronunciándose sobre el fondo del asunto, en particular, sobre la existencia o no del hecho y su tipicidad y sobre la responsabilidad penal del imputado, considera que este es inocente del

hecho o que el hecho no le puede ser atribuido, que el mismo no configura delito y, por ende, pone, respecto a él, fin al proceso. En definitiva pone fin al proceso respecto a dicho imputado o respecto a un hecho determinado.

De ahí que, cuando se haya dictado y quede firme, el sobreseimiento definitivo cerrará irrevocablemente el procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dicte, impedirá una nueva persecución penal por el mismo hecho y cesarán las medidas cautelares impuestas” 6.

De conformidad con lo indicado por la doctrina anteriormente citada y por lo establecido en el artículo 312, inciso a) del Código Procesal Penal, es opinión del suscrito que el sobreseimiento definitivo se debe dictar en favor de un imputado debidamente identificado y al cual se le haya realizado una acusación. El sobreseimiento se dicta a favor de un sujeto determinado al que se va a beneficiar con la no continuación del procedimiento penal, debido a que se ha producido alguna de las causas establecidas en el artículo 311 del Código Procesal Penal que pueden ser, entre otras, la extinción de la acción penal por prescripción.

Por lo dicho parece que los fundamentos dados por el Juez Penal de San Carlos, respecto a rechazar las solicitudes efectuadas por la fiscalía de dictar sobreseimientos definitivos por prescripción, de causas que están en archivo fiscal es correcta, al no existir un imputado identificado que pueda ser favorecido por una resolución de sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal.

d) Incompatibilidad de ambas figuras

De lo analizado se puede llegar a la conclusión de que la figura del archivo fiscal no es compatible con la figura del sobreseimiento definitivo de la acción penal por prescripción, debido a las siguientes razones:

1. El archivo fiscal es competencia del Ministerio Público, desde dictarlo hasta el de tomar la decisión posterior de continuar con la investigación cuando existan nuevos indicios o de archivar definitivamente la causa cuando exista una imposibilidad de reiniciar la investigación originada por una extinción de la acción penal.

2. El juez del procedimiento preparatorio solo puede intervenir respecto al dictado de un archivo fiscal cuando la víctima de domicilio conocido, que haya solicitado a la fiscalía el ser informada del estado de la investigación, se oponga a esta medida. Cualquier otra intervención de dicho funcionario no está autorizada por la ley procesal penal y estaría en contra de las funciones propias de este juez durante la fase preparatoria del proceso ordinario, la cual es el ser un garante de los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

3. El juez penal es el único competente para dictar un sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal, siguiendo las condiciones establecidas en los artículos 311 y 312 del Código Procesal Penal, donde se infiere que debe existir un imputado claramente individualizado al cual se le favorezca con esta medida.

4. Por último, ambas figuras también son incompatibles por lo siguiente:

— Desde un punto de vista subjetivo: el archivo fiscal es dictado por el fiscal mientras que el sobreseimiento definitivo es emitido por el juez encargado de la fase preparatoria.

— Desde el punto de vista objetivo: el archivo fiscal se dicta por la imposibilidad de continuar la investigación al no existir identificación del posible imputado, por otro lado, el sobreseimiento definitivo se dicta por las causas establecidas en el artículo 311 del Código Procesal Penal, precisamente para favorecer a un imputado debidamente identificado.

— Desde el punto de vista de la naturaleza del acto: el archivo fiscal es un típico acto administrativo que se da dentro de las potestades de investigación otorgadas por la legislación procesal penal al Ministerio Público, mientras que el sobreseimiento definitivo es un acto jurisdiccional.

— Desde el punto de vista de los efectos del acto: el archivo fiscal produce como efecto una suspensión provisional de la investigación hasta tanto no se tengan nuevos indicios que permitan reanudar los procedimientos; por otro lado, el sobreseimiento definitivo produce la terminación del procedimiento penal de manera completa y absoluta.

En síntesis, es claro que no es recomendable utilizar estas dos figuras como complemento para realizar un procedimiento que el Ministerio Público por sí solo puede ordenar, que sería el traslado de las causas que están bajo un archivo fiscal y, en las que se constate la imposibilidad de reanudar la investigación debido a que ya ha operado el plazo de la prescripción, para que sean remitidas al archivo judicial de manera definitiva.

Conclusiones y Recomendaciones

a) Conclusiones

1. El archivo fiscal es competencia exclusiva del Ministerio Público, tanto en el dictado de este, como en las decisiones que posteriormente se adopten.

2. El juez del procedimiento preparatorio solo puede intervenir en el dictado de un archivo fiscal cuando la víctima objete esta medida. Este funcionario no está autorizado por ley, ni por la propia naturaleza de sus funciones en la etapa preparatoria, para realizar ninguna otra intervención.

3. El juez del procedimiento preparatorio solo puede dictar una resolución de sobreseimiento definitivo bajo las condiciones establecidas en los artículos 311 y 312 del Código Procesal Penal

4. Es necesario para dictar un sobreseimiento definitivo tener individualizado o debidamente identificado al imputado para que el sobreseimiento le favorezca.

5. Ambas figuras son incompatibles para realizar un procedimiento que el mismo Ministerio Público puede efectuar de conformidad con las potestades que la ley procesal penal le ha otorgado.

b) Recomendaciones

De conformidad con lo analizado en la presente consulta, se puede recomendar lo siguiente:

1. Respecto del procedimiento que debe seguir la fiscalía: se le recomienda a la fiscalía de San Carlos que siga el siguiente procedimiento: las causas en las que se haya dictado archivo fiscal y que el fiscal a cargo considera que se ha cumplido el plazo para que proceda la prescripción, solicite autorización de su superior jerárquico que sería el fiscal adjunto, para que previa revisión y control de este funcionario dichas causas sean remitidas al archivo judicial, esto en aplicación del artículo 20, en relación con el artículo 30, ambos de la Ley Orgánica del Ministerio Público. No se recomienda que se soliciten el dictado de sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal a los jueces de la fase preparatoria.

2. Respecto de la forma de implementar el procedimiento recomendado: debido a que la presente consulta no tiene efecto vinculante, se recomienda que si el Consejo Directivo aprueba las presentes recomendaciones, las remita al Consejo Fiscal, ya que es este el órgano encargado de colaborar con la Fiscalía General en la definición de las políticas que debe seguir el Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y se encargue de emitir alguna circular o comunicación interna que tienda a uniformar la tramitación de las causas que tengan archivo fiscal y que estén prescritas.

Bibliografía

González Álvarez Daniel y otros, Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, Segunda Edición ampliada, Foro Editorial del Colegio de Abogados, San José, abril 1997.

Hidalgo Murillo, José Daniel. Derecho Procesal Penal Costarricense, 1º edición, Editec editores, San José, 1998.

Leyes Orgánicas del Poder Judicial, Ministerio Público, Departamento de Publicaciones e Impresos, 1998.

Llobeth Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado, 1º edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 1998.

Llobeth Rodríguez, Javier. Proceso Penal en la Jurisprudencia, Tomos I y II, 1º edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 2001.

Zúñiga Morales, Ulises. Código Procesal Penal, 3ª edición, Investigaciones Jurídicas S.A, San José, Costa Rica, 1999.

SE ACUERDA: Acoger el informe rendido por el Lic. Otto González Vílchez, comuníquese a la Licda. Alba Brenes González, Fiscal Adjunta de San Carlos y al Ministerio Público. ACUERDO FIRME.”

1 Llobeth Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado, 1º edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. San José, Costa Rica, 1998, Pág. 629.

2 González Álvarez, Daniel. El Procedimiento Preparatorio, Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Segunda Edición ampliada, Foro Editorial del Colegio de Abogados, San José, abril 1997, Pág. 602.

3 González Álvarez, Daniel: ob. cit. Pág. 569.

4 Cruz Castro, Fernando. El Ministerio Público en el Nuevo Código Procesal Penal Costarricense, Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Segunda Edición ampliada, Foro Editorial del Colegio de Abogados, San José, abril 1997, pág. 271.

5 Cruz Castro Fernando, ob. cit., pág. 253.

6 Hidalgo Murillo, José Daniel. Derecho Procesal Penal Costarricense, 1º edición, Editeceditores, San José 1998, página. 70.

SESIÓN Nº. 12-02
CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL
del tres de octubre de dos mil dos

LA PROCEDENCIA O NO DE INFORMAR A LA PARTE ACTORA EN LA SOLICITUD DE APREMIO CORPORAL EL DERECHO QUE POSEE DE INSTAR LA ACCIÓN PENAL POR EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO, TRATÁNDOSE DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA A INSTANCIA PRIVADA

ARTÍCULO II

El Mag. Daniel González Álvarez, Presidente de la Comisión de Asuntos Penales, en oficio CAP003-02 del 22 de julio de 2002, remite oficio de fecha 30 de enero de 2002, suscrito por la Licda. Ana Isabel Arce Montiel, Jueza de Pensiones Alimentarias de Alajuela que dice:

“En atención al oficio de fecha 15 de enero del presente año enviado a su respetable autoridad por la Suscrita Ana Isabel Arce Montiel, Jueza Contravencional de Alajuela en el que se le consulta sobre la procedencia o no de instar la acción penal en el proceso alimentario por parte de las actoras, adjunto el escrito que envié al Consejo Superior de fecha 18 de enero del presente año, en el cual expongo mi opinión en relación a este asunto. Lo anterior por cuanto en la Sesión del Consejo Superior de fecha veinticuatro de enero del presente año se conoció sobre éste punto y se resolvió que era materia jurisdiccional...”

El oficio de fecha 15 de enero de 2002 suscrito por la Licda. Arce Montiel en lo que interesa dice:

“...Procede o no indicar a las actoras en las solicitudes de apremio corporal que de conformidad con el artículo 18 del código Procesal Penal les asiste el derecho de instar la acción penal, a pesar de que se trata de un delito de acción pública a instancia privada lo anterior con el fin de seguirle causa al deudor incumpliente por dicho delito ante la Fiscalía local e informarla de ese derecho o debe la actora en solicitud aparte ante este juzgado o el despacho que corresponda, hacer la solicitud para el trámite de una causa por incumplimiento de deberes.

En mi humilde criterio estimo que por ser tal delito de acción privada, deberán acudir las partes a la vía penal sin necesidad de instarlas a que lo hagan, pero de todas formas dejo planteada así la inquietud, a fin de que sea su Autoridad la que se pronuncie al respecto. A manera de ejemplo adjunto una solicitud de apremio corporal con ese agregado al pie de la página como ejemplo, para determinar si esta sería la forma más correcta o no en que la señora haga dicha solicitud...”la página como ejemplo, para determinar si esta sería la forma más correcta o no en que la señora haga dicha solicitud...”

El Lic. Otto González Vílchez, Coordinador del Programa de Investigación, en oficio UJ-411-2002 del 9 de setiembre en curso remite informe rendido por el Lic. Román Bresciani Quirós, Abogado Asistente de la Escuela Judicial que dice:

Antecedentes

I- Mediante oficio N°CAP003-02 de 22 de julio de 2002, la Comisión de Asuntos Penales, remite a la Escuela Judicial la consulta presentada por la Licda. Ana Isabel Arce Montiel, Jueza de Pensiones Alimentarias de Alajuela, conforme nota de 30 de enero de 2002.

II- La licenciada Arce Montiel, con base en lo establecido en el artículo 18 del Código Procesal Penal, consulta si procede o no, indicar e informar a la parte actora en las solicitudes de apremio corporal que posee el derecho de instar la acción penal, por el delito de incumplimiento del deber alimentario, con el fin de seguirle causa al deudor incumpliente del deber alimentario ante el despacho respectivo, a pesar de que se trata de un delito de acción pública a instancia privada. O en su defecto, si es deber de la parte actora hacer el trámite mediante solicitud de parte de una causa por incumplimiento de deberes.

III- La presente consulta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, según artículo V de la Sesión N°15-01 de 23 de agosto de 2001. Por lo anterior, se procede a resolverla de conformidad con el inciso b), artículo 6 de la Ley N°6593 de 6 de agosto de 1981, (Ley de Creación de la Escuela Judicial).

Se advierte a la consultante que el presente análisis no tiene carácter vinculante.

Resolución de la consulta

La consultante, con base en lo establecido en el artículo 18 del Código Procesal Penal, cuestiona si procede o no indicar e informar a la parte actora en la solicitud de apremio corporal que tiene el derecho de instar la acción penal por el delito de incumplimiento del deber alimentario, a pesar de que se trata de un delito de acción pública a instancia privada. Lo anterior con el fin de seguirle causa al deudor por el delito de incumplimiento del deber alimentario ante el despacho correspondiente o si la parte actora en solicitud de parte debe hacer el trámite de una causa por incumplimiento de deberes.

Para evacuar la consulta que es necesario que se explique, en primer lugar cuál es la naturaleza del delito de incumplimiento del deber alimentario y en segundo lugar, la competencia que tiene el juez de pensiones alimentarias para poder indicarle a la parte actora que le corresponde el derecho de instar la acción penal, en caso de que el deudor alimentario incurra en el delito de incumplimiento del deber alimentario.

Naturaleza del delito de incumplimiento del deber alimentario

En primer término, debe conocerse cuál es la naturaleza del delito de incumplimiento del deber alimentario por parte del deudor. En ese sentido, el inciso d) del artículo 18 del Código Procesal Penal, tipifica el delito de incumplimiento del deber alimentario como un delito de acción pública perseguible a instancia privada, pues el legislador consideró que este delito no constituye una violación de un bien jurídico fundamental dejándolo sin especial resguardo, tal y como lo indica este artículo:

«ARTÍCULO 18.- Delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada. Son delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:

- a) Las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad y la violación; en este último caso, cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir.
- b) Las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas.
- c) Las lesiones leves y las culposas, el abandono de personas, la ocultación de impedimentos para contraer matrimonio, la simulación de matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación.
- d) El incumplimiento del deber alimentario, del deber de asistencia y el incumplimiento o abuso de la patria potestad.
- e) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.»¹ (lo subrayado no es del original).

De acuerdo con lo establecido en el inciso d) del artículo 18 del Código Procesal Penal, se observa que el legislador determinó que los bienes jurídicos ahí protegidos no son de interés social, por lo que señaló, en forma expresa, entre otros, al delito de incumplimiento del deber alimentario, como un delito de acción pública a instancia privada, cuya comisión conlleva a ejercitar una denuncia o manifestación de voluntad por parte del sujeto o de los sujetos acreedores alimentarios lesionados. Por ende, al darse la comisión del delito de incumplimiento del deber alimentario por parte del deudor, corresponde al acreedor instar la acción penal para que se proceda al apremio corporal.

Asimismo, es de suma relevancia resaltar, lo que en ese mismo sentido, ha manifestado la Procuraduría General de la República al señalar que:

«Los delitos de acción pública se caracterizan por lesionar intereses o bienes jurídicos que el legislador ha considerado necesario salvaguardar especialmente, en razón de que la lesión involucra un interés social, que va más allá del interés particular del damnificado directo de la conducta delictiva. Por regla general las conductas delictivas son tipificadas como delitos de acción pública, y esto obedece precisamente a que su nacimiento a la vida jurídica se da en razón de la importancia para el sistema de prohibir la conducta señalada. La excepción a este principio la constituyen las conductas que el legislador considera como delitos de acción pública a instancia privada y delitos de acción privada y se presenta cuando el legislador determina que no son bienes jurídicos de especial resguardo. En razón de ello es que los delitos que no sean de acción pública forzosamente deben ser señalados en forma expresa por el legislador como delitos de acción pública a instancia privada o delitos de carácter privado. Para el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública a instancia privada, tal y como ya fue analizado, se requiere de una denuncia o manifestación de voluntad por parte de la persona afectada por el delito, a la cual se denomina instancia.»²

De ahí que se considere que, el criterio vertido por la consultante jueza Ana Isabel Arce Montiel a la Comisión de Asuntos Penales de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, según oficio de 15 de enero de 2002, tenga coincidencia con la del suscrito, por cuanto la comisión de delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, solo pueden ser denunciados expresamente, tal y como se daría en el caso del acreedor alimentario legal, quien posee la facultad de realizar la solicitud de apremio corporal contra el deudor alimentario obligado, si así lo manifestare ante la autoridad competente.

Potestades de la instancia judicial de pensiones alimentarias: competencia

Para comenzar el análisis de las potestades de que disponen las instancias judiciales de pensiones alimentarias, primeramente es básico preguntarse: ¿cuál es la competencia que por ley se les encomienda a los juzgados de pensiones alimentarias e instancias judiciales respectivas?

A los juzgados de pensiones alimentarias les compete conocer todos los asuntos regulados por la Ley de Pensiones Alimentarias y los demás que determine la ley, tal y como lo establece el artículo 120 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.³ De ahí que, atendiendo a la naturaleza del delito de incumplimiento del deber alimentario, sea evidente que al ser tipificado como un delito de acción pública a instancia privada, corresponde conocer del mismo a los despachos penales judiciales competentes, en concordancia con lo establecido en la referida Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conforme lo anterior y atendiendo a lo manifestado por la licenciada Ana Isabel Arce Montiel, en su oficio de 18 de enero de 2002, se concuerda en que es una indebida intromisión, impropia de los juzgados de pensiones alimentarias instar a las actoras a presentar denuncias penales contra los padres de sus hijos(as), pues como bien lo indica la distinguida jueza, si bien es cierto las personas deben estar enteradas de sus derechos, esa labor le corresponde a otras instancias.

«Artículo 13.- Asistencia legal del Estado. Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos.»⁴

En caso de que la parte actora necesite informarse con respecto al derecho que goza para instar la acción penal contra el deudor alimentario por el delito de incumplimiento del deber alimentario de asistencia legal, puede solicitar la asesoría legal de un(a) abogado(a) particular o más aún, recurrir al Estado para que le suministre gratuitamente ese tipo de asistencia si no cuenta con recursos económicos propios.

Conclusiones

Del análisis realizado, en conformidad con la consulta formulada por la licenciada Ana Isabel Arce Montiel, jueza de pensiones alimentarias de Alajuela, se concluye lo siguiente:

1. La procedencia o no de indicar en las solicitudes de apremio corporal, el derecho que gozan las partes actoras alimentarias, de instar la acción penal cuando el deudor alimentario incurra en el delito de incumplimiento del deber alimentario, se debe analizar conforme con las facultades y atribuciones que le competen a quienes administran justicia en materia de pensiones alimentarias. La definición de las facultades y atribuciones que posee un juez en materia de pensiones alimentarias es medular, pues teniéndolas delimitadas, se podrá evitar que se asuman funciones que por ley no le corresponden.

2. Importante es, en materia de pensiones alimentarias, identificar el propósito meramente coercitivo de una orden de apremio corporal. El fin que se persigue es poner en conocimiento al deudor alimentario, que en caso de incurrir en el delito de incumplimiento del deber alimentario, puede ser ordenada en su contra una orden de apremio corporal.

3. Al determinar la naturaleza del delito de incumplimiento del deber alimentario, pareciera que se entra en una esfera ambigua, si no fuera porque el Código Procesal Penal lo tipifica como un delito de acción pública perseguible a instancia privada, con lo cual deja de percibir con claridad, que dicha instancia no puede ser otra más que el mismo acreedor. El hecho de que el juez de pensiones alimentarias tuviera que poner en conocimiento de alguna de las partes sobre los derechos que le favorece, haría que la otra parte estuviera en desventaja, haciendo que el juez pierda la imparcialidad y objetividad inherente al administrar justicia.

4. Por consiguiente, es deber de la parte actora, en su condición de acreedor alimentario legal, informarse mediante la asesoría legal correspondiente, en relación con la oportunidad y conveniencia de tramitar el apremio corporal contra el deudor obligado que haya incumplido sus deberes alimentarios.

5. Consecuentemente, no corresponde a la instancia judicial respectiva indicar e informar a la parte actora en una solicitud de apremio corporal, que le corresponde el derecho de instar la acción penal por el delito de incumplimiento de deber alimentario en que incurra el deudor alimentario, porque de hacerlo se estaría extralimitando en su competencia.

Bibliografía

MONTES GUEVARA, Ricardo, «Pensiones Alimentarias: Antología», Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1999.

CABANELLAS, Guillermo, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual», Tomo VI-P-Q, 25ª edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1997.

OSSORIO, Manuel, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992.

CÓDIGO PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 12ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2002.

CÓDIGO PROCESAL PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 3ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1999.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SUS REFORMAS; LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, San José, Costa Rica, 1998.

LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS, Ley N°7654 de 19 de diciembre de 1996, publicada en La Gaceta N°16 de 23 de enero de 1997.

RESOLUCIÓN N°08124-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:39 horas del 17 de noviembre de 1998.

RESOLUCIÓN N°00993-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:21 horas de 16 de febrero de 1999.

SENTENCIA N°11448 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 17:07 horas del 6 de noviembre de 2001.

SE ACUERDA: Aprobar el informe presentado por el Lic. Román Bresciani Quirós y comunicarlo a la Licda. Ana Isabel Arce Montiel, Jueza de Pensiones Alimentarias de Alajuela. ACUERDO FIRME.”

1 CÓDIGO PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 12ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2002, págs. 102, 103.

Véase la concordancia del artículo 18 con los artículos comprendidos del 185 al 188 del Código Penal, los cuales están relacionados con la tipificación de los delitos atinentes al incumplimiento de deberes familiares. En particular, es de importancia señalar lo establecido en el artículo 185 de dicho cuerpo normativo, el cual regula lo relacionado con el incumplimiento del deber alimentario. CÓDIGO PROCESAL PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 3ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1999, págs. 23, 24.

2 Ver informe mencionado por la Sala Constitucional en resolución N°00993-99 de las 16:21 horas de 16 de febrero de 1999.

3 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SUS REFORMAS; LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, San José, Costa Rica, Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 1998, pág. 84.

4 LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS, Ley N°7654 de 19 de diciembre de 1996, publicada en La Gaceta N°16 de 23 de enero de 1997, pág. 126.

SESIÓN Nº. 12-02
CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL
del tres de octubre de dos mil dos

A QUÉ INSTANCIA CORRESPONDE PREVENIR AL IMPUTADO DE SU OBLIGACIÓN DE FIRMAR CADA QUINCE DÍAS EN LA OFICINA QUE TRAMITA LA CAUSA, SIENDO EL TRIBUNAL SUPERIOR EL QUE REVOCA LA PRISIÓN PREVENTIVA E IMPONE DICHA OBLIGACIÓN AL IMPUTADO, NOTIFICANDO AL DEFENSOR Y AL FISCAL

ARTÍCULO III

El Lic. José María Pereira Pérez, Juez Penal del Circuito Judicial de la Zona Atlántica, en oficio del 14 de agosto de 2002 dice:

“Solicito se me evacue la siguiente consulta: El Tribunal Superior revoca la prisión preventiva e impone la obligación al imputado de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa. La pregunta es, por los efectos de los recursos, a quién corresponde prevenirle al encartado dicha obligación si el Tribunal notifica al Defensor y al Fiscal. Pues en la práctica del Tribunal es que nos remite oficio para hacer la prevención si quien dictó la medida lo fue aquel.”

El Lic. Otto González Vílchez, Coordinador del Programa de Investigación, en oficio UJ-411-2002 remite informe elaborado por el Lic. Román Bresciani Quirós, Abogado Asistente de la Escuela Judicial que dice:

Antecedentes

I- Mediante oficio de 14 de agosto de 2002, con fecha de recibido de la Escuela Judicial de 21 de agosto de 2002, es presentada consulta por el licenciado José María Pereira Pérez, Juez Penal del Circuito Judicial de la Zona Atlántica.

II- El licenciado Pereira Pérez consulta ¿a qué instancia corresponde prevenir al imputado de su obligación de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa, siendo el Tribunal Superior el que revoca la prisión preventiva e impone dicha obligación al imputado, notificando al defensor y al fiscal?

III- La presente consulta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, según artículo V de la Sesión Nº15-01 de 23 de agosto de 2001. Por lo anterior, se procede a resolverla de conformidad con el inciso b), artículo 6 de la Ley Nº6593 de 6 de agosto de 1981, (Ley de Creación de la Escuela Judicial).

Se advierte al consultante que el presente análisis no tiene carácter vinculante.

Resolución de la consulta

El consultante cuestiona ¿a qué instancia corresponde prevenir al imputado de su obligación de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa, siendo el Tribunal Superior el que revoca la prisión preventiva e impone dicha obligación al imputado, notificando al defensor y al fiscal?

Para evacuar la presente consulta, es necesario analizar la normativa relacionada con las medidas cautelares. En primer término, en el inciso c) del artículo 244 del Código Procesal Penal (C.P.P.) se indica:

«ARTÍCULO 244.- Otras medidas cautelares. Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

(...) c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe. (...)1 (Lo subrayado no es del original).

Conforme con este inciso, se impone como medida sustitutiva a la prisión preventiva, la obligación del imputado de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que el tribunal competente designe. Por su parte, el artículo 10 del C.P.P. establece, entre otros aspectos, que las medidas cautelares solo pueden ser establecidas por ley, lo cual «... reitera el principio establecido en el Art. 2 C.P.P., en el sentido de que deben interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal.»2

En concordancia con la normativa anteriormente señalada, se infiere que a través de la aplicación de una medida cautelar como lo es, imponer al imputado la obligación de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa, se busca elegir la medida menos gravosa, evitándose seguir con la aplicación de la prisión preventiva. Lo anterior se persigue, en atención al principio de privación de libertad como una medida excepcional de aplicación, debido a que involucra el derecho fundamental de la libertad3.

Puesto que la prisión preventiva es una medida cautelar personal de excepcional aplicación, el Tribunal Superior debe imponerla con estricta observancia a los principios de proporcionalidad y necesidad procesal garantizando al imputado su permanencia en prisión solo cuando se den los presupuestos del artículo 239 del C.P.P. ⁴

De acuerdo con el anterior análisis y a la luz de la consulta planteada por el licenciado José María Pereira Pérez, se considera que una vez que el Tribunal Superior conoce un recurso de apelación interpuesto y decide aplicar de acuerdo con su competencia⁵ una medida cautelar menos gravosa⁶, debe señalar en resolución fundada, los motivos por los cuales modifica la medida cautelar⁷. Esa resolución debe ser notificada por el Tribunal Superior a quien corresponda, conforme con lo dispuesto en el artículo 155 del C.P.P.

Asimismo, al modificarse la medida cautelar de prisión preventiva por parte del Tribunal Superior, para imponerle al imputado la medida cautelar de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa, debe también notificar a quien corresponda, la resolución en la que se le previene al imputado esta medida cautelar. Ello por cuanto la instancia que resuelve es a la que le corresponde realizar la notificación. En consecuencia, una vez que el Tribunal Superior notifica la referida resolución, corresponde a la oficina que lleva la causa, realizar únicamente la recepción material de las firmas del encartado y el control respectivo.

Conclusión

Del análisis realizado, en conformidad con la consulta formulada por el licenciado José María Pereira Pérez, se concluye lo siguiente:

Al modificarse la medida cautelar de prisión preventiva por parte del Tribunal Superior, para imponerle al imputado la medida cautelar de firmar cada quince días en la oficina que tramita la causa, debe también notificar a quien corresponda la resolución en la que se le previene al imputado esa medida cautelar. Por cuanto la instancia que resuelve es a la que le corresponde realizar la notificación. En consecuencia, una vez que el Tribunal Superior notifica la referida resolución, corresponde a la oficina que lleva la causa, realizar únicamente la recepción material de las firmas del encartado y el control respectivo.

Bibliografía

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y otros, Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, 2ª edición ampliada, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, San José, 1997.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, Derecho Procesal Penal Costarricense, 1ª edición, Editec Editores, San José, 1998.

JIMÉNEZ VÁSQUEZ, Carlos María, Esquemas del Nuevo Proceso Penal, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal Comentado, 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal en la Jurisprudencia (Código Procesal Penal Anotado con Jurisprudencia) Tomo I, 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2001.

CÓDIGO PROCESAL PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 3ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999.

SE ACUERDA: Aprobar el informe presentado por el Lic. Román Bresciani Quirós y comunicarlo al Lic. José María Pereira Pérez, Juez Penal del Circuito Judicial de la Zona Atlántica. ACUERDO FIRME.”

¹ CÓDIGO PROCESAL PENAL: Concordado y Anotado por ZÚÑIGA MORALES, Ulises, 3ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1999, págs. 128, 129.

² LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal Comentado, 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1998, p. 116. En ese mismo sentido ver: HIDALGO MURILLO (José Daniel), Derecho Procesal Penal Costarricense, 1ª edición, Editec Editores, San José, 1998, pág. 235.

Artículo 2 del CÓDIGO PROCESAL PENAL: «Artículo 2.- Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.»

³ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal en la Jurisprudencia (Código Procesal Penal Anotado con Jurisprudencia) Tomo I, 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2001, p. 492.

⁴ Artículo 239 del Código Procesal Penal: «Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.»

5 Artículo 431 del Código Procesal Penal.

6 Artículo 244 del Código Procesal Penal.

7 La resolución debe fundamentarse en atención a lo dispuesto en los artículos 142 y 243 del Código Procesal Penal.

Sección III

La Ley modelo interamericana de garantías reales
mobiliarias de la Organización de Estados
Americanos

LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Ley modelo interamericana de garantías reales mobiliarias de la Organización de Estados Americanos

*Dr. Boris Kozolchyk**
Lic. John M. Wilson

I. Introducción: la inevitabilidad de la modernización y uniformidad del derecho de garantías reales mobiliarias

Dos fuerzas socioeconómicas impelen la modernización del derecho de garantías mobiliarias en economías competitivas: una proviene de la globalización del comercio de bienes y servicios, especialmente los financieros; la otra, de los organismos de regulación financiera supranacionales y nacionales. El mercado globalizado requiere de aquellos países que deseen competir en un mercado cada vez más disputado que los costos de sus productos o servicios sean los más bajos posibles. Las altas tasas de interés causadas por riesgos comerciales, jurídicos y políticos impiden la participación de muchos potenciales competidores. Más adelante se hará referencia al estudio llevado a cabo en los años 1999-2000 del Banco Central de Brasil que estimaba que un tercio de la tasa de interés anual pagada por los prestatarios comerciales brasileños (aproximadamente 40%) era atribuible a incertidumbre jurídica en el cobro de préstamos con o sin garantía mobiliaria¹

Los organismos regulatorios supranacionales y nacionales promueven la modernización del derecho de garantías mobiliarias, al imponer estándares de capitalización en los cuales la calidad de la garantía mobiliaria desempeña un papel central. Así, el acceso al crédito comercial se restringe cada vez más solo a aquellos deudores que puedan proveer las fuentes más líquidas y seguras de pago. La adecuación de capital de los bancos y, por ende, su habilidad de prestar, ahora se mide nacional e internacionalmente por estándares que evalúan los riesgos de los préstamos sobre la base de su garantía de pago. De igual manera, estándares de transparencia y divulgación de reportes financieros a los cuales los bancos nacionales están sujetos por sus bancos centrales (y los bancos centrales por sus financieros internacionales de último recurso) requieren que los préstamos sean clasificados tomando en cuenta la calidad de su garantía. El efecto neto de estas corrientes regulatorias es limitar la habilidad de prestar de aquellos que estén garantizados inadecuadamente o reporten su garantía en forma poco confiable. Se acerca el día en que solo aquellos prestamistas que están protegidos por una ley como la ley modelo serán capaces de brindar crédito a tasas competitivas en sus mercados locales, regionales o hemisféricos.

II. Por qué la ley modelo es moderna y efectiva: su base conceptual

A. El préstamo comercial inglés del siglo XVIII como precursor del préstamo comercial autoliquidador

Aunque la prenda posesoria es de origen ancestral, el préstamo comercial con garantía mobiliaria sin desposesión del deudor fue una invención inglesa del siglo XVIII² Su contraparte inmobiliaria, el préstamo hipotecario inmobiliario, dependía para su garantía de activos fijos o inamovibles como la tierra o edificios, y duraba varios años durante los cuales el valor de los inmuebles generalmente aumentaba o permanecía estable. En contraste, el préstamo comercial sin desposesión del deudor dura días o meses, y solo ocasionalmente por más de un año; su garantía es móvil, cambiante, renovable y a menudo parece o pierde rápidamente su valor.

La dependencia que tiene la garantía mobiliaria de bienes vendibles, reprendables es consistente con la naturaleza autoliquidadora del préstamo comercial inglés. La autoliquidación significa que el préstamo se paga de los ingresos producidos por la reventa de los bienes de inventario del deudor, así como del producto original o derivado de dichas ventas. Por tanto, la garantía original, al igual que la subsiguiente sobre bienes futuros o atribuibles a los originales, en el préstamo con garantía mobiliaria sin desposesión, consiste en activos del negocio tales como su inventario, cuentas por cobrar y equipo. De ahí que los activos del negocio que hacen posible al reintegro sean aquellos cuya adquisición fue facilitada por el préstamo comercial. Los comerciantes que participaron en los préstamos comerciales con garantía de los siglos XVIII y XIX en Inglaterra eran: 1) orfebres, quienes prestaban sobre la garantía de joyería que muy a menudo permanecía en su poder hasta que fuera pagada; 2) banqueros no especializados que prestaban a comerciantes, y a menudo tomaban como garantía una prenda no posesoria del inventario de sus prestatarios conocido como garantía flotante sobre bienes muebles; 3) bancos especializados que prestaban sobre la garantía de títulos de crédito y valores; y 4) los comisionistas, o factores (factors) que prestaban tomando como garantía cuentas por cobrar comerciales o personales ya fuera en la forma de recibos o letras de cambio y pagarés. El crédito dado por estos banqueros y comisionistas contrastaba con el de los prestamistas (moneylenders). Los prestamistas prestaban sobre todo a consumidores; sus préstamos eran a menudo sin garantía pero sus altas tasas de interés reflejaban el riesgo que ellos asumían.

Las prácticas del siglo XIX en Inglaterra evidenciaban una pirámide crediticia de múltiples niveles. Los minoristas, prestamistas y sus prestatarios consumidores moraban en la base de la pirámide; los mayoristas y sus banqueros, y los comisionistas se encontraban en los siguientes niveles ascendentes. En el nivel más alto de la pirámide estaba el Bank of England (Banco de Inglaterra) como prestamista y descontador de los títulos de crédito y documentos representativos creados en los niveles inferiores de la pirámide. Estas prácticas crediticias, sin embargo, no eran del todo reconocidas por las leyes o sentencias judiciales. Algunas de las prácticas más importantes, como la floating charge o garantía flotante sobre inventario y equipos del comerciante, permanecían sin sanción legislativa y no le suministraba publicidad a los acreedores garantizados y compradores bona fide. La carencia de publicidad y de acciones de recuperación posesorias adecuadas fue responsable aun en una época tan relativamente reciente como la Inglaterra de Charles Dickens, de la prisión por deudas de muchos comerciantes y consumidores.

B. El préstamo comercial del siglo XX de los Estados Unidos como prototipo de la garantía mobiliaria contemporánea

Los préstamos comerciales del siglo veinte de los Estados Unidos agregaron más niveles e intermediarios a la pirámide crediticia inglesa. Los bancos de los Estados Unidos eran más numerosos y menos especializados que los de Inglaterra. En lugar de los bancos que operaban en el sector financiero de Londres (City of London banks o City banks), también conocidos como comerciales o adscritos a la cámara de compensación bancaria (clearing banks), y otros cuyo número total no excedía los cien, el número de bancos dedicados a préstamos comerciales en los Estados Unidos, durante su apogeo del siglo XX, superó los 15000. Por otro lado, el negocio de descuento de facturas comerciales (factoring) en los Estados Unidos se tornó especializado. Algunos comisionistas prestaban solo a ciertos negocios y sobre una base del derecho de regreso contra el endosante-prestatario a tasas de interés razonables, mientras otros prestaban solo sobre una base sin derecho de regreso contra el prestatario a tasas de interés más altas.

Por otra parte, el comercio en los Grandes Lagos produjo un método para financiar la importación y exportación fluvial y marítima conocido como recibo fiduciario o de fideicomiso (trust receipt). Este préstamo le permitía al comprador-importador prestatario pagar su deuda con garantía al revender o fabricar y revender los bienes o refacciones importadas después de obtener la liberación de los documentos de legitimación del acreedor con garantía, a cambio de la firma y entrega de un recibo fiduciario. El acreedor garantizado que había liberado y permitido el uso de los documentos de legitimación al deudor con garantía en fideicomiso adquiría el derecho de rastrear o perseguir los bienes atribuibles a su crédito en cualesquiera de sus transformaciones, independientemente de la transformación, venta, reventa o repignoración sufrida por los bienes dados en garantía originalmente, pudiendo así resarcirse con el producto de las ventas o permutas del firmante del recibo fiduciario.

En las décadas que siguieron la Segunda Guerra Mundial, los préstamos de consumo crecieron exponencialmente en los Estados Unidos, especialmente después de que los bancos introdujeran las tarjetas de crédito y las líneas de crédito personal. El crecimiento del crédito al consumidor con tasas razonables de interés hizo posible financiar no solo las compras de los consumidores a los minoristas, sino también las compras de los minoristas a los mayoristas, las compras de los mayoristas a los fabricantes y, finalmente, la producción de los fabricantes. El suministro y demanda de crédito personal y comercial en los Estados Unidos es tal que cualquier bien o servicio con valor comprobable y obtenible en el mercado es objeto de una garantía aceptable, incluyendo inventario futuro, cuentas por cobrar, ganancias, objetos intangibles como el buen nombre (goodwill) del comerciante, los derechos al cumplimiento de contratos, los títulos valores tangibles o desmaterializados y la propiedad intelectual de todo tipo, incluyendo las marcas de comercio y de fábrica, patentes y regalías derivadas de las anteriores.

C. Principios que informan al derecho estadounidense y canadiense de garantías mobiliarias desde una perspectiva romanística

Si bien el derecho de garantías mobiliarias angloamericano y latinoamericano comparten algunos principios jurídicos, especialmente con respecto a las prendas posesorias, otros principios divergen marcadamente. La causa de la divergencia se remonta, en última instancia, a una concepción distinta de los bienes que forman la riqueza social. A la fecha, el derecho de garantías mobiliarias latinoamericano está influenciado por una versión de la riqueza social que concibe a la propiedad inmueble como la más valiosa, y a la hipoteca inmobiliaria como la reina de todos los derechos de garantía. La importancia de los derechos reales sobre bienes inmuebles es tal, que en muchas jurisdicciones latinoamericanas están enumerados por el legislador en forma taxativa, o de número cerrado (numerus clausus)³ En contraste, los bienes muebles son percibidos tanto por los códigos civiles y comerciales del siglo XIX como propiedad menos valiosa, si no vil (res mobilis, res vilis), y la prenda posesoria es considerada como emblemática de oprobio.

Dicha concepción contrasta con aquella que forja al derecho de garantías mobiliarias canadiense y estadounidense. No solo los bienes inmuebles continúan siendo activos altamente valiosos en esos dos países, también lo son los bienes muebles tangibles como equipo e inventario, y los intangibles como los derechos a reclamar el cumplimiento de contratos valiosos o al pago de regalías derivadas del uso de propiedad intelectual, o las ganancias de capital o dividendos derivados de la adquisición o venta de títulos valores de cartera, o el derecho al pago de créditos documentarios.

Al discutir los principios que son el fundamento del derecho de la garantía mobiliaria angloamericana con juristas latinoamericanos, se llegó a la conclusión de que su naturaleza sería más comprensible si se describía en forma comparativa. La comparación con el derecho romano mostró que muchas de las instituciones romanas eran más compatibles con el derecho de garantías mobiliarias angloamericanas contemporáneas y con el derecho latinoamericano contemporáneo de garantías mobiliarias⁴

c.1. Un número abierto de bienes de garantía y de derechos in rem o ad rem

En contraste con el número limitado de derechos in rem del derecho de garantías inmobiliarias latinoamericano, los derechos de garantía real mobiliaria que pueden adquirirse en el derecho norteamericano son numerus apertus o abiertos en número⁵. Cualquier bien⁶ o servicio⁷ que tenga valor en el mercado puede ser objeto de garantía real; y estos derechos de garantía real ilimitados sobre ellos pueden ser otorgados en forma simultánea o sucesiva a un número ilimitado de acreedores en garantía. Esto significa que los bienes o servicios que componen la garantía real pueden o no existir al momento de la ejecución del acuerdo de garantía y pueden, no obstante, apoyar la creación de derechos in rem, o cuya existencia es solo futura y ad re⁸. Similarmente, estos bienes pueden ser gravados con deuda, presente o futura y pueden comprender un bien aislado, la universalidad de bienes del derecho romanístico, o solo categorías especificadas o tipos de bienes o servicios⁹. Pueden también incluir bienes derivados de la venta o intercambio de bienes o servicios existentes, o futuros prestados por el deudor sin limitación al número de futuras reventas o permutas¹⁰.

c.2. El derecho de garantía real mobiliaria como un derecho posesorio y no dependiente de la propiedad del bien

a) La influencia de la noción inglesa del derecho al disfrute temporal de la tierra (time in the land)

Como herederos del common law inglés de inspiración feudal, los abogados norteamericanos califican los derechos reales inmobiliarios no solo como derechos co-existentes, sino también como transferibles a pesar de su disfrute temporal y coexistencia con otros derechos sobre el mismo bien¹¹. Por el derecho al disfrute temporal de la tierra del causahabiente (time in the land), los jueces y escribanos ingleses especializados en la transferencia de inmuebles (conveyancers) entendían la adquisición de derechos reales temporales sobre terrenos ajenos en forma semejante a los iura in re aliena del derecho romano. Estos derechos, aunque inferiores a los de titularidad, eran no obstante superiores a la detentación.

La diferencia más importante entre el derecho romano y el inglés respecto a los iura in re aliena consiste en que el derecho inglés concebía los derechos temporales sobre la tierra como transferibles y vendibles por parte de sus poseedores, mientras

que el derecho percibía al usufructo y a derechos análogos a personales a sus beneficiarios y, por lo tanto, intransferibles¹².

b) Derechos de garantía real, derechos posesorios y el animus possessionis

Durante la segunda mitad del siglo XX, los prestamistas, prestatarios, legisladores, jueces y comentaristas estadounidenses culminaron el proceso de adaptación del concepto de la transferibilidad del disfrute temporal de bienes inmuebles a la creación y transferencia de las garantías sobre bienes muebles. Se incluyeron como garantías sobre bienes muebles la retención de la titularidad sobre los mismos, los derechos de posesión o detentación, las hipotecas mobiliarias y los derechos a recuperar la posesión de todo tipo de bienes muebles.

En lugar preeminente entre tales bienes muebles se encontraba el inventario y equipo del comerciante, sus enseres, sus cuentas por cobrar, depósitos en bancos u otras instituciones financieras, su propiedad intelectual y derechos derivados de sus contratos. El proceso de adaptación concluyó con la promulgación del artículo 9 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (UCC, por sus siglas en inglés) que consolidó en una sola figura, llamada el derecho de garantía real mobiliaria (security interest), a todas las garantías mobiliarias previas, ya fuesen estas ventas con reserva de dominio, hipotecas mobiliarias, prendas industriales y agrarias, prendas comerciales de cuentas por cobrar (factors, liens), recibos fiduciarios (trust receipts) o cualquier otra garantía mobiliaria, independientemente de su denominación, si su propósito era la de garantizar el pago del préstamo o la extensión de crédito con la garantía de un bien mueble. La figura unitaria del security interest estaba sujeta a publicidad por medio de una inscripción en un registro público de acceso fácil y poco costoso, o por medio de la posesión del acreedor garantizado.

Por tanto, desde un punto de vista tanto del common law como de los derechos de inspiración romanística, el deudor con garantía mobiliaria transfiere a su acreedor garantizado no la titularidad del bien, sino un derecho posesorio, y en especial el derecho a la posesión inmediata del bien en caso de incumplimiento del préstamo o extensión de crédito. Este derecho, a diferencia del usufructo romano, puede ser transferido en algunos casos por cesión y, en otros, por negociación o transferencia abstracta.

El hecho de que solo se requiera un derecho posesorio para la creación de un derecho de garantía real mobiliaria, permite que un gran número de prestatarios se convierta en deudores con garantía real mobiliaria: los compradores a plazos o pagos sucesivos, los compradores de bienes aun por fabricar, los prestatarios que posean derechos a bienes futuros, los tenedores de documentos de legitimación, como conocimientos de embarque o bonos de almacenes de depósito, o títulos de crédito negociables tales como pagarés, letras de cambio o facturas cambiarias, los acreedores de derechos contractuales o extracontractuales incorporados o no a cuentas por cobrar, los titulares o poseedores de derechos de propiedad intelectual, los beneficiarios de cartas de crédito o sus acreedores-cedatarios, etc. Todos los miembros de la precedente enumeración y muchos más pueden convertirse en deudores con garantía mobiliaria. Sus derechos sobre el bien poseído no requieren del animus domini (o la intención de poseer como propietario) del bien garantizador que Federico von Savigny¹³, aseveraba como el requisito esencial para la protección de la posesión en el derecho romano, sino del animus possessionis (o la intención de poseer legítimamente) que Rudolf von Jhering¹⁴, sugería como necesario para la protección del derecho romano de poseedores, tales como el arrendatario y acreedor prendario, entre otros acreedores¹⁵.

c) Derechos de garantía real mobiliaria y la fragmentación del derecho de propiedad

El concepto angloamericano de un derecho de garantía real mobiliario sin desposesión del deudor (security interest) respondía a las demandas de un mercado de distribución masiva de bienes de producción y consumo. La extensión del crédito a comerciantes y a consumidores-compradores requería que el dominium del vendedor sobre los bienes vendidos se dividiera entre él y su comprador a plazos. El vendedor retendría el título, mientras el comprador obtendría la posesión de los bienes vendidos¹⁶. Diría una ama de casa costarricense al final de la primera guerra mundial, con respecto a su compra de una máquina de coser Singer (uno de los primeros productos comercializados masivamente en Centroamérica poco después de la Primera Guerra Mundial): Ellos (refiriéndose a los vendedores) tienen un papel con mi firma y yo uso la máquina de coser para ganarme la vida.

A partir de principios del siglo XX, cuando los conocimientos de embarque marítimos y recibos de almacén negociables se pusieron de moda, los derechos sobre bienes embarcados o almacenados fueron también fragmentados en derechos de titularidad y de posesión inmediata, a menudo con preferencia de los últimos sobre los primeros. Así, un vendedor-exportador de bienes que retenía el título de los bienes embarcados, resultaba tener un derecho a la posesión de los bienes embarcados o almacenados, inferior al derecho del portador legítimo del conocimiento de embarque marítimo o del recibo de almacén general de depósito negociable. A su vez, los derechos del poseedor de los títulos representativos eran inferiores al derecho de retención de la mercadería del transportista por falta del pago del flete, del bodeguero o almacenista por falta de pago de las cuotas de almacenaje.

Además del gravamen del vendedor impago, del derecho posesorio del tenedor del título y del derecho de retención de los bienes del transportista o almacenista, también podían coexistir sobre el mismo bien los derechos de acreedores prendarios y del comprador. Por tanto, la fragmentación de los derechos de titularidad y posesión propició que titulares de derechos previos fueran derrotados por acreedores posteriores, si de lo que se trataba era de obtener la posesión inmediata del bien. A partir de la promulgación del artículo 9 del UCC, los vendedores con reserva de dominio, los acreedores de hipotecas mobiliarias, los acreedores con gravámenes por factoraje, los tenedores de recibos fiduciarios y de títulos de crédito, títulos valores y representativos fueron considerados como poseedores de la misma garantía real mobiliaria. Para crear tal garantía era necesaria la ejecución de un contrato, y para perfeccionarla (un término del artículo 9 del UCC que implica la adquisición de los derechos no solo vis-à-vis el deudor con garantía sino también vis-à-vis a terceros) era necesario darle publicidad a la garantía en la forma prescrita por la ley.

c.3. El origen contractual de la garantía mobiliaria real y su carácter prioritario y en ocasiones abstracto

La creación de un derecho de garantía real según el artículo 9 del UCC se da por contrato, pero su efecto sobre terceros o perfección depende de su publicidad¹⁷. El perfeccionamiento de los derechos de garantía real crea derechos in rem y ad rem. La prioridad entre derechos de garantía real perfeccionados, a su vez, depende del tipo de su notificación registral y de su fecha registral o posesoria.

a) Gravámenes contractuales vs. establecidos por ley

Como es el caso con muchos códigos civiles y comerciales en países de derecho romano, el common law también reconoce a los gravámenes establecidos por ley. Estos gravámenes, generalmente en la forma de derechos de retención, son concedidos a: proveedores de materiales para fabricación o reparación de los bienes muebles del deudor; mecánicos que reparan dichos bienes; transportistas que los transportan o bodegueros, almacenistas y hoteleros que los almacenan y, en algunas jurisdicciones, en favor de abogados, contadores públicos y médicos para el cobro de sus honorarios¹⁸. Dichos gravámenes están fuera del ámbito de la Ley de transacciones con garantía del artículo 9 del UCC porque esta ley, como se explicó anteriormente, se aplica solo a derechos de garantía real convencionales o creados por contrato¹⁹.

La creación del derecho de garantía real mobiliaria por contrato es el fundamento de la dicotomía básica respecto a los derechos de los acreedores con este tipo de garantía: Por un lado están los derechos entre las partes del contrato de préstamo; por el otro, los derechos de las partes contractuales con respecto a terceros y los derechos entre los terceros como producto de la existencia de una garantía real mobiliaria perfeccionada (posesoria o registrada).

b) La obsoleta dicotomía del préstamo como contrato principal y su garantía mobiliaria como contrato accesorio

Si bien es cierto que un derecho de garantía real, según el artículo 9 del UCC, no puede existir sin un contrato de préstamo, el préstamo en sí no necesita haber sido desembolsado para que el acreedor con garantía real mobiliaria pueda perfeccionar su derecho de garantía real conforme al artículo 9 del UCC. De acuerdo con dicho artículo²⁰, un prestamista y un prestatario pueden acordar en la creación de una futura línea de crédito hasta determinada cantidad sobre una base renovable o acumulativa. Aunque el dinero no haya sido dado al prestatario al momento de la inscripción del formulario registral, la futura extensión de crédito puede ser registrada en forma previa a la entrega de la cantidad prestada. Este registro surtirá efectos prioritarios respecto a terceros desde la fecha de su inscripción, afectando así los derechos de terceros acreedores o adquirentes con la excepción de los compradores en el curso ordinario de los negocios del vendedor o compradores en mercado abierto²¹. Vale agregar en forma parentética que esta práctica de inscripción para líneas de crédito no difiere mucho de las notas al margen o anotaciones preventivas usadas por registradores de bienes inmuebles latinoamericanos, para darle publicidad a la posible existencia de derechos de crédito o preferencia acordados pero no ejecutados, o a gravámenes de tipo judicial (litis pendencia).

Si se aplicara el principio de que lo accesorio sigue a lo principal (y por tanto que no existe el gravamen accesorio si no existe el contrato principal de préstamo), derivado de las dicotomías y clasificaciones de la escolástica medieval, el préstamo (en contraste con el contrato para prestar en un futuro) sería siempre la transacción principal, y la garantía hipotecaria o prendaria sería la accesorio; por ende la transacción dependiente e inexistente, de no darse un préstamo previamente efectuado. De acuerdo con esta dicotomía, la publicidad registral no podría llevarse a cabo hasta el momento en que concluyese el préstamo con el desembolso de la suma prestada por el prestamista. Mutatis mutandis, tanto los bonos como las cédulas hipotecarias que financiaron la construcción de la vivienda popular a principios del siglo XX en países como Alemania tampoco podrían haber sido creadas. Esto debido a que el contrato principal del préstamo no hubiera existido sino hasta el momento en que cada comprador de un bono o cédula desembolsara su préstamo (en forma de pago del precio de compra del bono o de la cédula); sin embargo, estos compradores no hubiesen comprado sus bonos o cédulas a menos que les fueran entregados estos títulos a cambio de sus pagos del precio de compra o de sus préstamos.

c) La venta al público de garantías reales mobiliarias e inmobiliarias (bursatilización, titularización o securitización) y la abstracción de los derechos de terceros de buena fe

La expansión del mercado financiero global, para incluir la venta al público de derechos de garantía real sobre flujos de pagos acordados por deudores garantizados, ha hecho necesario asegurarles a estos compradores la independencia o abstracción de los derechos de garantía real vendidos. Entre los derechos de garantía real vendidos al público se encuentran los derechos sobre bonos y cédulas hipotecarias, al igual que los derechos sobre los certificados de participación en garantías reales tan diversas como cuentas por cobrar, cédulas o bonos de hipotecas inmobiliarias. Dichos acreedores-compradores no comprarían sus bonos, cédulas o certificados si sus derechos sobre las respectivas garantías reales no fuesen líquidos o fácilmente cobrables. La certidumbre y liquidez de los derechos de garantía real mobiliaria requieren que estos derechos hayan sido perfeccionados por registro o posesión, y que disfruten de la prioridad necesaria. La certidumbre y liquidez necesitan, además, que los derechos adquiridos por compradores de buena fe no estén sujetos a demandas o reclamaciones provenientes de contratos, disputas o reclamaciones subyacentes entre las partes o entre las partes y terceros, de ahí el requisito de la abstracción.

c.4. El perfeccionamiento de la garantía real mobiliaria y su publicidad funcional

a) Modalidades de la publicidad funcional mobiliaria

El derecho romano utilizó la publicidad de las transacciones para legitimar y, al mismo tiempo, restringir la cesión de bienes muebles e inmuebles valiosos (res mancipi). La venta de res mancipi en la plaza pública, en presencia del libripens, de la impresionante balanza y de la plantación de la bandera de los legionarios romanos para adquisiciones de la tierra conquistada sub hasta, fueron algunos de los símbolos y formalidades romanas elegidas para darles publicidad a transferencias de derechos sobre bienes valiosos pero también para restringir (por medio de las gravosas formalidades) el número de tales transacciones²². El derecho alemán, uno de los más sensibles a los efectos jurídicos del aviso al público, remonta el origen de su registro inmobiliario (Grundbuch)²³, así como su doctrina de abstracción de la adquisición de bienes muebles a la publicidad igualmente simbólica de la Gewere²⁴, medieval.

Si bien los símbolos romanísticos también tenían propósitos publicitarios, la publicidad derivada del registro o de la posesión de bienes muebles, al igual que la transparencia o notoriedad transaccional que ellas conllevan, dejan de ser simbólicas para convertirse en publicidad puramente funcional. La principal función de esta publicidad es proporcionar la información más relevante posible al potencial acreedor o comprador de bienes muebles de buena fe. El acceso a esta información es un componente esencial de las economías de mercado abierto, componente que uno de los autores de este estudio ha descrito como parte de la equidad y honestidad del mercado abierto²⁵. Para que los mercados de compraventas o préstamos sobre bienes muebles o inmuebles puedan atraer a un creciente número de participantes, los registros tienen que proporcionarles a estos participantes un modicum de información confiable respecto de derechos y gravámenes preexistentes. Siempre que esta información sea considerada como confiable por acreedores y compradores, ellos tomarán sus decisiones de prestar o comprar con mayor frecuencia y volumen.

b) La publicidad funcional del artículo 9 del UCC

La publicidad del artículo 9 del UCC es funcional en el sentido que comunica a terceros confiable, relevante y oportuna sobre el deudor y la garantía en forma poco costosa y accesible. A diferencia de la información proporcionada por el registro de hipotecas inmobiliarias, la descripción de la garantía mobiliaria de acuerdo con el artículo 9 del UCC, no incluye todos los términos y condiciones de la escritura pública o privada de préstamo e hipoteca. De hecho, el registro del artículo 9 del UCC no es de garantías, sino de deudores. La búsqueda se caracteriza por una revisión de los gravámenes constituidos contra bienes de los deudores enumerados en forma alfabética. Según el derecho de los Estados Unidos, los registros de bienes muebles se usan solo cuando el bien dado en garantía es altamente valioso y susceptible de ser identificado por un número de serie o transferido por un certificado del título.

Como la inscripción de un derecho de garantía real sobre bienes muebles debe ser confiable, oportuna, relevante y fácilmente accesible, solo resúmenes del contrato de préstamo son registrados como parte de lo que se conoce en la ley modelo como el formulario registral (en inglés: financing statement), que puede registrarse en formato documentario de papel o en forma de mensaje electrónico.

La funcionalidad de la publicidad también implica que debe ser lo suficientemente flexible para acomodar las necesidades de las varias transacciones y sus participantes. Así, la posesión manifiesta del acreedor proporciona una publicidad eficaz en el caso de la prenda tradicional. Lo mismo sucede con la posesión de terceros, agentes o mandatarios designados como poseedores a nombre del acreedor. Alternativamente, existe publicidad eficaz cuando el prestamista y el prestatario acuerdan que los términos y condiciones del contrato de préstamo y acuerdo de garantía puedan ser examinados por terceros, y especifican el lugar y tiempo para su examen.

c.5. La prioridad de los derechos de garantía real perfeccionados y el principio de prior tempore, potior iure

La prioridad según el artículo 9 del UCC asume la igualdad de casi todos los derechos de garantía real mobiliaria y su sometimiento al principio de prior tempore, potior iure. Por consiguiente, en la vasta mayoría de los casos, el primero en registrar o adquirir posesión de la garantía mobiliaria tiene prioridad sobre los acreedores con garantías posteriormente adquiridas y perfeccionadas. Este principio está sujeto a solo unas cuantas excepciones, las cuales se hacen a favor de aquellas garantías que financian directa y específicamente la compra de ciertos activos, sean ellos bienes de inventario o equipo del deudor. Estos bienes, por lo general, enriquecen el valor total de los activos del deudor y facilitan su capacidad de pago, y de esa manera justifican la presencia de la excepción al principio del prior tempore, potior iure.

c.6. Los gravámenes secretos o no registrados y los gravámenes judiciales

Un sistema funcional de publicidad mobiliaria no tiene peor enemigo que los gravámenes secretos a favor de determinados acreedores, aun cuando estos aleguen ser titulares o dueños de los bienes dados en garantía y, por tanto, no estar sujetos al requisito de la inscripción registral. Una de las principales virtudes del artículo 9 del UCC es su consolidación en una sola figura jurídica de todos los derechos de garantía real pre-existentes; con ello esta norma reduce a un mínimo el efecto pernicioso de los gravámenes secretos. Así, una venta con reserva o retención de dominio no registrado, un gravamen a favor de descontadores de cuentas o títulos de crédito (factors, liens), un recibo fiduciario en poder del acreedor que autoriza el retiro de bienes de vehículos o almacenes, o un arrendamiento financiero simulado desaparecen como garantías mobiliarias y se consolidan bajo la figura de la garantía mobiliaria única (security interest). Esta debe ser registrada o el bien debe ser poseído por el acreedor para que la garantía tenga efecto con respecto a terceros, incluyendo a otros acreedores registrados y compradores de buena fe.

Consistentes con el principio de publicidad funcional, solo aquellos gravámenes judiciales registrados pueden disfrutar de prioridad sobre derechos de garantía real creados de manera contractual y posteriormente registrados. De lo contrario, todo lo que un acreedor garantizado tendría que hacer es obtener un gravamen judicial y aplicarlo con preferencia sobre un derecho de garantía real registrado. Si esto fuera permitido, la publicidad mobiliaria y los préstamos con garantía real mobiliaria dejarían de existir.

c.7. La excepción a favor de compradores en el curso ordinario de los negocios del vendedor, y la continuación del derecho de garantía real mobiliaria en el producto de la venta o el intercambio de los bienes dados en garantía

De acuerdo con la naturaleza auto-liquidadora del préstamo con garantía mobiliaria y con la ubicación del consumidor-comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor, en la base de la pirámide crediticia comercial, la compra por parte de consumidores de bienes del inventario del vendedor debe estar protegida respecto de las garantías mobiliarias perfeccionadas previamente a la compra. Quien vaya a comprar a un establecimiento mercantil no deberá temer que aquello que compra esté sujeto a una prenda flotante sobre el inventario, o a una garantía específica sobre el bien mueble en cuestión. El flujo de caja generado por la compra del consumidor irriga toda la pirámide crediticia: el minorista depende de las ganancias de su venta al comprador en el curso ordinario de sus negocios para pagar su préstamo al mayorista; el mayorista depende del pago del detallista del precio de los bienes de venta al por mayor para reintegrarle al fabricante o financista, y así sucesivamente. Si el comprador de bienes en el curso ordinario de los negocios del vendedor temiese ser desposeído de lo que había comprado del minorista, este temor se traduciría en menos compras y menos flujo de caja hacia las capas superiores de la pirámide crediticia.

La protección del comprador en el curso ordinario no significa que el acreedor garantizado perderá su habilidad de recuperar el producto de la venta en cuestión. Si el deudor vende los bienes dados en garantía en forma fraudulenta o sin autorización por parte del acreedor, o dichos bienes son usados o consumidos por el deudor o un tercero, la garantía mobiliaria continúa gravando los activos que constituyen el reemplazo de los bienes garantizados originales o el producto de su venta, permuta o transformación, independientemente del tipo de transformación efectuada²⁶. En fin, el derecho posesorio preferencial del derecho contemporáneo de garantías mobiliarias y de la ley modelo es un derecho que grava al valor económico o prestado por el acreedor garantizado con base en la garantía mobiliaria, y no a los bienes específicos que la constituyeron original o subsiguientemente.

c.8 La confiabilidad y liquidez de la garantía mobiliaria y la reposición y remate de los bienes dados en garantía

Una de las características más importantes del derecho de garantías reales mobiliarias de los Estados Unidos le permite al acreedor garantizado retener o reposar extra-judicialmente el bien dado en garantía, y revenderlo para pagar la cantidad de la deuda. Si hay un excedente, se retorna al deudor; si hay deficiencia en el saldo de la venta, el acreedor puede recobrar esta deficiencia adquiriendo la posesión o rematando otros bienes del deudor, gravados o no. El acreedor garantizado de los

Estados Unidos puede proceder extrajudicialmente en la medida en que no viole su contrato de garantía mobiliaria con el deudor o, en su defecto no viole el debido proceso constitucional, la paz de la morada o de los negocios del deudor.

Al respecto, el derecho de los Estados Unidos no es distinto del derecho romano antes de la prohibición del pactum commissorium por parte del emperador Constantino²⁷. Este pactum le permitía al acreedor garantizado apropiarse o revender los bienes dados en garantía si el deudor incumplía. Significativamente, la razón más importante dada por Constantino para su prohibición del pactum fue que les permitía a los prestamistas evadir las severas prohibiciones impuestas contra la usura por el derecho romano cristianizado. Durante el reino de Constantino, la usura se definía como cualquier interés, por ínfimo que fuese, cobrado por el préstamo de la cantidad principal²⁸. Al gravar una propiedad con un valor mucho mayor que el del préstamo, un acreedor garantizado que había recuperado dicha propiedad (de mayor valor al momento de la recuperación que el valor del préstamo) mediante el pactum, podría terminar cobrando no solo su interés principal, sino también intereses prohibidos.

A pesar de que la prohibición contra la usura fue considerablemente atenuada en los códigos civiles y de comercio latinoamericanos del siglo XIX, la prohibición del pactum continúa inalterada hasta la fecha en la vasta mayoría de los códigos latinoamericanos. Esta prohibición ha retardado la modernización de la ley de los préstamos con garantía, y del derecho comercial y procesal civil. En contraste con la ley alemana, donde un acreedor y deudor con garantía pueden acordar que en el evento de incumplimiento el deudor transfiera sus derechos sobre el bien dado en garantía al acreedor, quien actúa en capacidad fiduciaria (Sicherungsbergnung) y puede reposar y vender la garantía extrajudicialmente²⁹, el acuerdo sería visto por muchas cortes latinoamericanas como un pactum commissorium ilegal.

Es más, el derecho de acciones por incumplimiento de contratos continúa sufriendo la rigidez procesal inspirada en el pactum en muchos países latinoamericanos, porque las partes no están libres de acordar las bases para una rescisión unilateral del contrato por parte de la parte cumplidora del mismo. Conforme con el espíritu del pactum, la rescisión es de índole exclusivamente judicial. Tal prohibición implica un gran desperdicio económico para las partes contratantes, especialmente cuando los bienes involucrados son perecederos o altamente depreciables. La parte cumplidora queda forzada no solo a cumplir su prestación en forma cabal y hasta espartana (a pesar del incumplimiento de la otra parte, debe cumplir su prestación), o a esperar ser demandado por la parte incumplidora al interponer contra ella su exceptio non adimpleti contractu, sino también a buscar una determinación judicial de su demanda, sentencia que a menudo toma años para obtenerse.

III. El derecho y la práctica de la garantía mobiliaria en Latinoamérica: características comunes

En relación con el gran volumen del crédito comercial y del consumo de Canadá y los Estados Unidos, tales créditos son sumamente escasos y costosos en la América Latina y el Caribe. Esta escasez y alto costo reflejan el elevado riesgo crediticio y las dificultades de un cobro rápido y poco costoso. Hace un par de años, el Banco Central de Brasil reportó que más de un tercio del costo de crédito comercial, definido como la diferencia entre el costo del dinero prestado por el banco-prestamista y la tasa de interés cobrada al prestatario del banco, era atribuible a la incapacidad de cobrar préstamos y ejecutar sus garantías³⁰. El costo para las economías que no cuentan con préstamos con garantía mobiliaria a intereses razonables es sumamente alto: economistas del Banco Mundial han estimado la pérdida del producto interno bruto (PIB) de un país carente de tales préstamos como superior al diez por ciento del PIB³¹.

Numerosas leyes, decisiones judiciales y prácticas comerciales han intentado eliminar los altos riesgos de los préstamos comerciales en América Latina. Desdichadamente, ninguno de estos ha tenido éxito, aunque no por falta de esfuerzos bien imaginativos. Por ejemplo, ya en 1914, Argentina había promulgado una ley de prenda agraria que intentaba lograr la certeza del cobro al registrar la prenda e inmovilizar los bienes dados en garantía³². En muchas de las leyes promulgadas posteriormente en toda América Latina, la falla del deudor de mantener los bienes dados en garantía inmovilizados o bajo llave en su propia bodega o en la de un tercero era considerada delictuosa y punible con prisión por robo o desfalco.

Durante los años 1999 y 2001, con el fin de preparar el primer borrador de la propuesta del Centro Nacional del Derecho de Libre Comercio Interamericano, National Law Center for Inter-American Free Trade (en adelante NLCIFT por sus siglas en inglés) a la OEA, el NLCIFT condujo un estudio comparativo de todas las leyes de garantías mobiliarias latinoamericanas y las clasificó por tipo de garantía, personas capaces de gravar bienes, posibilidad de gravámenes sobre bienes futuros, gravámenes subordinados, gravámenes posesorios y requerimientos registrales, entre otras características³³. Desgraciadamente, ninguna de estas leyes cumplía su finalidad en forma cabal, al contrario, las tasas de interés, a veces impulsadas por la inflación y a veces no, continuaban su ascenso inexorable.

A. Los estudios del NLCIFT en los países del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (en adelante llamado NAFTA, por sus siglas en inglés)

Durante 1993 y 1994 un grupo de estudio, cuyos participantes incluían a los profesores Ronald C.C. Cuming de la Universidad de Saskatchewan, Canadá, como Director de Investigación; Todd Nelson (actualmente profesor en el Instituto Tecnológico de Monterrey) y Boris Kozolchyk, entre otros, condujo un estudio empírico sobre varios escenarios financieros que involucraban préstamos comerciales con garantía en los países miembros del NAFTA³⁴. Uno de los resultados del estudio demostró que la mayoría de los préstamos con garantía mobiliaria comunes en Canadá y los Estados Unidos no podían hacerse en México. Las razones de esta ausencia se encontraban en la inflexibilidad de la ley escrita y del derecho judicial que la interpretaba.

Aun cuando los acreedores garantizados mexicanos tenían acceso a más de veinte transacciones con garantía mobiliaria, pocos se sentían protegidos por la ley. Es más, cuando parecía aplicarse la ley en forma protectora al acreedor, se daba a expensas de la autoliquidación del préstamo. Por ejemplo, los préstamos a productores agrícolas dependían del almacenamiento de las cosechas, pero presuponían la inmovilización de la garantía mobiliaria. Si los granos almacenados eran vendidos o reprecados por el deudor garante, él podría ser culpable del delito de apropiación indebida o desfalco. Similarmente, el inventario del deudor garante no podía ser gravado a menos que fuera descrito muy específicamente (bien por bien). Además, si bien los productos de la venta del inventario eran gravables, la carga se extendía solamente a los bienes de reemplazo del mismo tipo y calidad que el de los bienes gravados vendidos o cambiados. Así podía reemplazarse el préstamo garantizado con frutos agrícolas con el fruto del árbol o con la cría de un animal pero no con el tractor adquirido con la venta de los frutos ni con el depósito en banco a pesar de que era producto de las mismas. Los gravámenes secretos abundaban, como en el caso de las ventas con reserva de dominio, fideicomisos de garantía y arrendamiento real o financiero de equipos, ya

ueran prácticas verdaderas y efectivas. No existía un sistema de publicidad funcional, y la ejecución de gravámenes y prendas era sumamente dilatoria y, por ende, inefectiva.

Al mismo tiempo, parecía que el sistema bancario de México había creado su propio sistema de publicidad interbancaria de facto. En ciudades cuya población superaba los 50000 habitantes, los bancos mantenían sus propios registros de incumplimiento de deudores que compartían entre sí y solo entre sí.

B. Estudios de Centro y Suramérica

Los estudios conducidos para el NLCIFT por parte de los autores de este artículo y otros investigadores en Centro y Suramérica³⁵, confirmaban la presencia en esas regiones de los mismos problemas y fallas observadas en México. Además de las deficiencias sustanciales de la ley, nada ilustra tan dramáticamente la inadecuación de la publicidad funcional como un graffiti a manera de advertencia a investigadores de titulación y gravámenes en un registro de San Salvador: Aquí lloran los valientes.

Con pocas excepciones, la incertidumbre jurídica en la aplicación de préstamos comerciales y de consumo persistió en toda América Latina, al igual que la percepción de prestamistas y de prestatarios de que la otra parte contractual actuaría de mala fe, al dársele la menor oportunidad de hacerlo. Estaba claro que la transparencia de lo prestado, por quién, a quién y con qué garantía mobiliaria era esencial a los efectos de establecer confiabilidad entre los participantes y por parte de terceros acreedores o compradores comerciales de buena fe.

Como reflejo de la tendencia apuntada en los estudios del NLCIFT, la mayoría de los países latinoamericanos habían empezado a depender de las mismas cámaras bancarias de intercambio de información sobre deudores como las mexicanas. En Chile, por ejemplo, la entidad conocida como Central de riesgo ya estaba en línea electrónica accesible a todos los bancos o instituciones financieras autorizadas. Aunque estas cámaras de intercambio de información no contenían registros de garantías mobiliarias sino información bancaria sobre la deuda del deudor en cuestión, incluyendo sus reintegros de los préstamos, la disponibilidad de esta información a prestamistas potenciales aligeró el procesamiento de las aplicaciones de préstamos por un factor de cuatro a uno. Además, en comparación con los países sin tales cámaras o centrales de riesgos, Chile procesaba los préstamos comerciales en una forma tres veces más rápida.

IV. La ley modelo³⁶,

Las demandas de prestatarios y prestamistas en varios sectores comerciales e industriales en el mundo del comercio han producido hasta el momento varios esfuerzos para modernizar la ley de garantías mobiliarias en forma nacional e internacional. Estos esfuerzos intentan crear la certeza y flexibilidad jurídicas necesarias para que el préstamo ocurra, y reducir las tasas de interés para hacer el préstamo más asequible, y así originar un nuevo mercado crediticio nacional y regional capaz de satisfacer las necesidades financieras actuales³⁷.

La ley modelo está diseñada para responder a las mismas demandas en uno de los mercados de consumo y comercial más grandes de la Tierra, el hemisferio occidental; intenta aliviar los obstáculos jurídicos presentes en Latinoamérica y el Caribe. Su principal objetivo es crear un derecho de garantía mobiliario real y no posesorio que les permita a los deudores retener la posesión de los bienes dados en garantía y les permita a los acreedores garantizados ejecutar su derecho de garantía, extrajudicialmente, en caso de incumplimiento. También facilita la creación de un mercado crediticio regional al asentar los fundamentos legales para una red de registros electrónicos en las Américas y el Caribe.

La ley modelo estimula la creación de una sola base de datos del registro por país al recibir su información en forma directa de los acreedores y deudores, o por medio de registros regionales o locales. El registro central contiene todos los derechos de garantía mobiliaria inscritos y promueve la uniformidad sustantiva y registral al permitirles a los países adoptantes optar por un grupo uniforme de reglas de comercio electrónico (Inter-American Rules on Electronic Documents and Signatures, reglas interamericanas sobre documentos electrónicos y firmas, en adelante llamado IAREDS, por sus siglas en inglés). Con la base jurídica proporcionada por las IAREDS será más fácil establecer una conexión estandarizada de registros comerciales electrónicos en todo el hemisferio.

A. Antecedentes

La OEA periódicamente organiza la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Privado Internacional (Inter-American Specialized Conference on Private International Law) que se conoce por las siglas CIDIP en castellano³⁸, para discutir y promulgar tratados, convenciones o, en este caso, una ley modelo, en materia de derecho internacional privado o temas afines como de unificación o armonización del derecho comercial. En 1996, la Asamblea General celebró la sexta conferencia (CIDIP-VI)³⁹, y en 1997, los estados miembros de la OEA y la Asamblea General suministraron sus comentarios y observaciones relacionados con temas propuestos para la agenda de CIDIP-VI, los cuales incluían la armonización y modernización de la ley de préstamos con garantía mobiliaria transnacional⁴⁰.

El Consejo Permanente de la OEA ofició una reunión de expertos en diciembre de 1998 para establecer el ámbito preciso de los temas⁴¹. Las discusiones en esta reunión, así como los comentarios recibidos en relación con la resolución AG/RES 1472 (XXVII-0/97), determinaron el ámbito de la reforma al financiamiento con garantía mobiliaria en conjunto con dos temas adicionales independiente⁴². Esta reunión adoptó en primer término una versión de la ley modelo producida por el NLCIFT como documento de trabajo para el proceso de la reforma⁴³. A partir de esta adopción, los delegados nacionales a la OEA acordaron estudiar el tema de financiamiento con garantía en dos reuniones posteriores de expertos⁴⁴.

La primera reunión de expertos ocurrió en febrero del 2000 en la sede de la OEA en Washington⁴⁵. La delegación de los Estados Unidos presentó como documento de trabajo la versión antes mencionada, preparada por el NLCIFT⁴⁶. La delegación mexicana presentó un segundo documento de trabajo que contenía la enumeración de los principios rectores del derecho de garantías mobiliarias⁴⁷. Los delegados y expertos, a su vez, crearon un Comité de redacción encabezado por las delegaciones de México y los Estados Unidos, que produjo un borrador anotado de la ley modelo en febrero de 2000⁴⁸. El Comité de redacción basó el nuevo documento en los principios jurídicos contenidos en el documento mexicano de trabajo⁴⁹, y en el texto del NLCIFT⁵⁰.

La segunda y última reunión de expertos fue convocada por la delegación de los Estados Unidos al Comité de Redacción CIDIP-VI sobre garantías mobiliarias, y fue organizada por el NLCIFT en noviembre de 2000 en Miami, Florida⁵¹. Esta reunión se enfocó en el texto borrador de la ley modelo redactado por el NLCIFT. Expertos gubernamentales y del sector privado que representaba a quince países Latinoamericanos y del Caribe analizaron las disposiciones de la ley modelo. La delegación de los Estados Unidos también presentó un borrador de las reglas de comercio electrónico (IAREDS) para suplir la aplicación de

la ley modelo cuando los préstamos con garantía fueran ejecutados electrónicamente y cuando la presentación, búsqueda, certificación y cancelación de registros de préstamo con garantía fueran también efectuados electrónicamente.

Los participantes de la reunión de Miami sugirieron cambios a la ley modelo, la mayoría de los cuales se referían a materias de derecho registral y de ejecución privada o extrajudicial del gravamen. En respuesta a la reunión en Miami, las delegaciones de los Estados Unidos y México, jefes del grupo de redacción sobre garantías mobiliarias, redactaron una nueva versión de la ley modelo. La versión revisada de la ley modelo se completó en septiembre del 2001 y se envió, junto con una copia del IAREDS, a la OEA para su presentación a los estados miembros que participaron en el CIDIP-VI.

El trabajo en la OEA culminó con la conferencia plenaria CIDIP-VI, realizada del 4-8 de febrero del 2002, en las oficinas centrales de la OEA en Washington D.C. Esta conferencia fue presidida por la delegación de México en la persona del Lic. José Luis Siqueiros y copresidida por el profesor Boris Kozolchyk, delegado de los Estados Unidos. En la conferencia plenaria, los jefes estadounidenses y mexicanos presentaron la versión revisada de la ley modelo. La delegación de Canadá también presentó numerosas propuestas de revisión que fueron tomadas en cuenta y se convirtieron en parte del texto final. Se creó un comité de redacción para asegurar que todos los cambios aprobados fueran agregados al texto final. Se hicieron varios cambios a las disposiciones de la ley modelo, descritos a continuación, y se aprobaron por unanimidad. La CIDIP-VI concluyó con la aprobación unánime de la ley modelo, la cual fue referida por la OEA a países miembros para su adopción e implementación⁵².

B. El ámbito de la ley modelo y su nuevo concepto de derechos posesorios preferenciales

Consistente con el primer principio del derecho de garantías mobiliarias discutido anteriormente, la ley modelo regula los derechos de garantía respecto a todo tipo de bien mueble, ya sea corporal o incorporeal, presente o futuro⁵³. La ley modelo, sin embargo, se aplica solo a derechos de garantía convencionales y no a los derechos de retención prescritos por la ley⁵⁴. El principal derecho otorgado por la ley modelo al acreedor garantizado que perfecciona su derecho de garantía mobiliaria, al publicarlo en la forma prescrita por la ley modelo se menciona en el artículo 2 de esta ley como derecho preferente a la posesión: Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.

Con base en el principio del reemplazo del derecho a la titularidad por el derecho preferente a la posesión, el derecho preferente se configura como un nuevo tipo que: 1) no depende para su creación, publicidad o aplicación que el deudor sea propietario del bien dado en garantía, y solo depende de que el deudor tenga un derecho de posesión al mismo; 2) le brinda al titular de dicho derecho no solo las acciones y recursos especiales otorgados por la ley modelo, sino que también amplía el ámbito de derechos con garantía mobiliaria. Según lo establece el artículo 2 de la ley modelo, el nuevo derecho se extiende al producto, ganancias de la venta o permuta de los bienes dados en garantía, y de esta manera su ámbito se expande a bienes futuros y a sus reemplazos o sustitutos.

Aunque la ley modelo crea derechos de garantía de tipo real, también reconoce que su creación no es exclusiva y así acepta su coexistencia con leyes especiales que regulan gravámenes por disposición de la ley y garantías mobiliarias sui generis que requieren un régimen publicitario especial tal como el de los títulos valores o representativos desmaterializados. Por ello, la ley modelo acepta la reserva o declaración de no aplicabilidad por parte de estados que tengan una ley aplicable exclusivamente a tales títulos desmaterializados⁵⁵. Debido a su formato desmaterializado, su método de custodia o tenencia indirecta por parte de intermediarios indirectos, así como su transferencia instantánea y prenda por medio de asientos electrónicos en los libros del intermediario financiero (casi siempre un corredor, aunque a veces un banco central), este tipo de garantía requiere regulación especial. Al concluir la CIDIP-VI, varios delegados sugirieron que dada la creciente importancia económica de los títulos valores desmaterializados en un futuro no lejano, la CIDIP-VII deberá agregar a la ley modelo disposiciones apropiadas respecto de las garantías sobre títulos valores desmaterializados.

Otras clases de garantías mobiliarias que pueden excluirse del ámbito de la ley modelo son aquellas reguladas por alguna ley local o internacional, y que pueden requerir registro especial tal como la Convención de garantías reales sobre equipo móvil⁵⁶. Una posible exclusión atañe a las garantías sobre inmuebles por incorporación o destino⁵⁷. Por otra parte, la ley modelo se aplica a garantías sobre bienes muebles cuyo título puede registrarse bajo un régimen distinto al de la ley modelo. Sin embargo, es importante subrayar que en caso de inconsistencia con tal legislación especial o con tratados debidamente ratificados, la ley modelo queda subordinada a tal legislación o norma jerárquica superior, de ser así determinado por el país adoptante⁵⁸.

C. Uniformidad

De acuerdo con el principio de publicidad funcional y con vista a la necesidad de eliminar gravámenes secretos, una de las metas más importantes de la ley modelo es crear una garantía regional uniforme. La uniformidad requiere reemplazar mecanismos o garantías actualmente en uso dentro de muchos de los países de la región, porque estas garantías son susceptibles de crear gravámenes ocultos o métodos de ejecución de la garantía inconsistentes con los de la ley modelo. El ámbito ideal de una ley uniforme de garantías es ofrecer una sola garantía mobiliaria de manera que el perfeccionamiento de la misma y su prioridad estén sujetos a una sola regla basada en el principio prior tempore. Sin embargo, la absorción de garantías de mucha tradición como la prenda posesoria y la eliminación de los contratos de ventas con reserva de dominio y fideicomisos de garantía no resultó posible dentro de una ley modelo aun no expuesta a todas las posibles objeciones locales. Como resultado, la ley modelo usa un enfoque alternativo que permite la coexistencia de algunas de las garantías tradicionales, pero somete a todas las garantías mobiliarias a un solo sistema de registro y de prioridad o prelación de derechos⁵⁹. Según este planeamiento, los estados que adopten la ley modelo deben crear un registro unitario y uniforme para todas sus garantías mobiliarias y la prioridad o prelación de derechos dependerá de la fecha de dicho registro⁶⁰.

La ley modelo permite a los estados que la adoptan continuar el uso de la prenda tradicional o con desplazamiento de la posesión, y agrega nuevas reglas relacionadas a las obligaciones de un acreedor en posesión de la garantía⁶¹. Además, la ley modelo limita la publicidad y el perfeccionamiento de esta prenda a circunstancias en las cuales la posesión es en realidad transferida al acreedor⁶². Esta regla intenta eliminar el uso de prendas donde el deudor, de hecho, retiene la posesión y uso de la garantía aunque pretende su transferencia al acreedor garantizado⁶³.

Es posible que algunos estados se opongan a la absorción de los contratos de venta a consignación, arrendamientos financieros y ventas con reserva de dominio por la garantía mobiliaria y, por ende, al requerimiento de su registro. Afortunadamente, algunas jurisdicciones latinoamericanas ya están exigiendo el registro de arrendamientos financieros y

garantías similares. Esta tendencia facilitará la adopción de la ley modelo al simplemente ampliar el contenido de los derechos registrables y centralizar su ubicación física y electrónica⁶⁴.

Otro tema igualmente crucial para la uniformidad de la garantía mobiliaria en el hemisferio occidental es la absorción de las ventas y cesiones de cuentas por cobrar por la ley modelo⁶⁵. Esta absorción es especialmente necesaria cuando la supuesta venta de cuentas permite que el comprador de las cuentas adquiera una acción de regreso por cuentas no cobradas contra el vendedor de las mismas, ya que claramente no se trata de una verdadera venta de las cuentas, sino de un préstamo con garantía sobre las cuentas o créditos por cobrar⁶⁶. Además, la naturaleza intangible de muchas de estas cuentas (que solo existen como asientos contables en los libros del vendedor) dificulta su tratamiento como bienes en posesión del vendedor o del cesionario de las mismas. Consecuentemente, la implementación adecuada de la ley modelo requiere que los estados adoptantes asimilen estas ventas o cesiones de cuentas o de créditos a contratos de garantía mobiliarias, sujetos a las mismas reglas que las otras garantías mobiliarias respecto a su registro y prelación de derechos o prioridad⁶⁷.

D. Creación

1. El acuerdo de garantía o contrato de garantía

La ley modelo requiere que las partes ejecuten un contrato de garantía por medio de un escrito que satisfaga los requisitos de formalidad establecidos por el derecho contractual correspondiente⁶⁸. De acuerdo con la ley modelo, el contrato de garantía debe, como mínimo, contener los siguientes elementos⁶⁹: a) fecha de ejecución; b) información para identificar el deudor garante y acreedor garantizado⁷⁰; c) firma del deudor garante⁷¹; d) cantidad máxima de la obligación garantizada⁷²; e) descripción de la garantía⁷³; f) indicación expresa de los bienes muebles descritos sobre los que se crea la garantía amén de los bienes adicionales o futuros; y g) descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas⁷⁴. Una vez que el acreedor garantizado y el deudor garante ejecuten el contrato de garantía, el derecho de garantía real será válido entre estas partes.

Como se explicó en relación con los principios reguladores del derecho de garantías mobiliarias modernas, estos son incompatibles con la caracterización de la garantía mobiliaria como accesoria al contrato de préstamo preexistente⁷⁵. Tal accesoria impide el prerregistro necesario para garantizar futuros adelantos⁷⁶. Por ejemplo, asúmase que el prestamista A está dispuesto a extender una línea de crédito de una cantidad especificada al prestatario B; pero solo si puede registrar su derecho de garantía real al momento en que A y B acuerdan los términos y condiciones del préstamo o extensión de crédito. Conforme con el principio explicado de la naturaleza principal y autónoma o abstracta del derecho de garantía mobiliaria real, el prerregistro de esta línea de crédito se hace posible gracias a la ley modelo, al depender de dos documentos básicos: uno, el que contiene el acuerdo de crear una obligación con garantía mobiliaria y el otro, que registra a este derecho. Esta separación entre el préstamo subyacente y el contrato de garantía autónomo hace posible que un acreedor prerregistre y alcance la deseada prioridad sobre los bienes del deudor una vez que acuerde la extensión del crédito, pero antes de hacer el primer desembolso.

2. Deudor garante

Aunque una versión anterior de la ley modelo especificaba las diversas calidades de los deudores garantizantes (personas morales o físicas, comerciantes o no), la versión final decidió no especificarlas debido a la creciente comercialización de actividades otrora civiles, profesionales o de consumo. De hecho, no solo es necesario financiar con garantías mobiliarias actualmente al profesional cuya práctica produce cuentas por cobrar o a la asociación civil en posesión de valiosas propiedades intelectuales, sino también al consumidor que compra para su uso y decide vender o refinanciar su adquisición, pero ya con propósitos de lucro⁷⁷. El borrador de la ley modelo anterior suministraba dos opciones: una permitía que todas las partes, independientemente de su calidad mercantil, pudieran pedir prestado con base en una garantía mobiliaria; otra excluía a los consumidores del ámbito de la ley modelo. Esta dicotomía reflejaba las diferencias entre países que tienen sistemas centralizados de gobierno y de regulación del derecho mercantil (incluyendo el derecho de garantías mobiliarias) y países con sistemas federalistas (no centralizados), incluyendo derechos locales, estatales o provinciales de garantías mobiliarias.

La mayoría de los países latinoamericanos siguen un sistema centralizado donde la ley federal de índole comercial regula tanto los préstamos comerciales como los de consumo. Otros, sin embargo, incluyendo Argentina, Brasil y México, emplean sistemas federalistas de gobierno donde la ley federal regula solo los préstamos comerciales y los préstamos civiles; en algunas jurisdicciones los de consumo (a excepción de los regulados por el derecho de protección al consumidor) son regulados como préstamos civiles por la legislación estatal o local, sean estos códigos civiles o leyes de protección al consumidor. La versión anterior de la ley modelo proponía fórmulas alternativas de implementación, especialmente para países con sistemas federalistas⁷⁸.

La versión final de la ley modelo eliminó estas alternativas y simplemente define al deudor garante como cualquier persona capaz de crear un derecho de garantía real sobre bienes muebles⁷⁹. El consenso entre los expertos que participaron en la reunión de Miami fue que la distinción entre un deudor comercial y civil ha ido desapareciendo en sus países. Ese fue también el consenso al señalar que un pequeño comerciante puede iniciar su ciclo de préstamos como prestatario de bienes de consumo, y puede convertirse en prestatario comercial, por tanto sería beneficiado por la legislación aplicable al crédito comercial con garantía.

3. Acreedor garantizado

Un acreedor garantizado se define en la ley modelo como una persona en cuyo favor se ha creado un derecho de garantía real, posesorio o no posesorio, ya sea para su propio beneficio o el de otras personas, las cuales proporcionan un objeto de valor (bienes, fondos o servicios) al deudor garante⁸⁰. Esta definición, así como la del deudor garante y la siguiente definición de garantía, son consistentes con el principio de universalidad de la garantía mobiliaria, una de las piedras angulares de la ley modelo.

E. Garantía y bienes especialmente atribuibles

Según la ley modelo, las partes pueden crear un derecho de garantía real en cualquier bien mueble presente o futuro, corporal o incorporeal, en la medida que pueda describirse en el contrato de garantía y en el formulario registral⁸¹. Un derecho de garantía real puede cubrir generalmente bienes gravados y bienes atribuibles⁸². La amplitud de la garantía es tal que puede también incluir todo tipo de bienes o activos como el equipo, los enseres, el inventario, las cuentas por cobrar de un comerciante, sus depósitos en bancos u otras instituciones, su propiedad intelectual, etc.⁸³. La ley modelo también permite que la garantía real se extienda a bienes futuros, corporales o intangibles, o adquiridos por el deudor después de la creación y

publicidad del derecho de garantía real, incluyendo bienes atribuibles⁸⁴. Esta garantía es necesaria cuando la garantía original es reemplazada, transformada o de alguna forma alterada durante la vida de la garantía mobiliaria.

Si la ley modelo incluye dentro del concepto de garantía mobiliaria bienes recibidos a consecuencia de la venta, sustitución, o transformación de los bienes dados originalmente en garantía⁸⁵, la garantía real sobre bienes atribuibles está sujeta a dos restricciones en el derecho angloamericano y especial en el canadiense. La primera indica que el deudor debe estar en posesión del bien atribuible; la segunda, que el bien atribuible debe ser identificable y rastreado a partir de la venta, permuta o prenda de los bienes dados en garantía originalmente⁸⁶. La ley modelo no señala expresamente que los bienes atribuibles deben ser identificables y no incluye ninguna directriz para rastrear bienes atribuibles a la garantía original. El grupo de expertos de la reunión en Miami concluyó que las directrices respecto al rastreo y atribución resultarían demasiado casuísticas, y mejor deberían suministrarse por comentarios doctrinales a la ley modelo y no como parte de su texto.

La publicidad de la garantía real sobre bienes atribuibles no es de fácil manejo, especialmente cuando los bienes atribuibles son de un tipo distinto a los bienes de la garantía original. De hecho, es posible que la publicidad requerida para perfeccionar los derechos del acreedor garantizado sobre los bienes atribuibles sea distinta a la publicidad requerida para los derechos sobre los bienes originalmente dados en garantía. Considérese, por ejemplo, el caso en que el acreedor presenta un formulario registral con el que grava el inventario, equipo, cuentas por cobrar, títulos de crédito, más los bienes atribuibles y bienes adquiridos con posterioridad a la inscripción del gravamen. ¿Qué tipo de publicidad será requerida si los bienes en posesión del deudor al momento del registro solo incluían el inventario y equipo del establecimiento, pero luego de las primeras ventas del inventario y como pago de las mismas el deudor adquirió títulos de crédito al portador? En principio, el acreedor asegurado parecería tener una garantía real perfeccionada sobre los títulos al portador como bienes atribuibles. Sin embargo, la inscripción del formulario registral no perfeccionará la garantía real sobre un título al portador, ya que tal perfección solo ocurrirá de acuerdo con la ley modelo cuando el acreedor garantizado adquiera la posesión del título en cuestión. Como resultado, la perfección del acreedor garantizado sobre el título al portador no será mediante la norma aplicable a los bienes atribuibles, sino mediante la norma aplicable a los títulos de crédito como bienes originales e independientes.

Además de las dificultades con la publicidad de la garantía mobiliaria, los derechos de garantía real sobre bienes futuros pueden crear problemas en la descripción de los bienes dados en garantía. Considerando que un derecho de garantía real cubre la garantía sobre un bien inexistente en el momento de la creación y la publicidad, el acreedor garantizado que pretenda describir ese bien en el formulario registral consultado por el público puede solo anticipar la categoría general de bienes o activos a la que tal bien podría pertenecer. Consecuentemente, la ley modelo permite descripciones de los bienes dados en garantía en forma genérica en el contrato de garantía⁸⁷, y en el formulario registral, aun cuando descripciones más específicas sean posibles⁸⁸.

Al autorizar el uso de descripciones genéricas de los bienes dados en garantía, la ley modelo descartó las descripciones de bienes dados en garantía utilizadas por la mayoría de las legislaciones hipotecarias y de prendas mercantiles del siglo XIX y principios del XX. Estas legislaciones requieren que los bienes dados en garantía sean descritos en forma específica y detallada, a fin de identificar con precisión tales bienes, y así también poder relacionar los bienes o activos futuros a los bienes originalmente gravados. Sin embargo, por lo general, los acreedores garantizados contemporáneos no están dispuestos a aceptar que sus derechos sobre bienes futuros, en la forma en que queden gravados por el contrato de garantía, estén condicionados a la posibilidad de poder relacionar por medio de un rastreo o investigación de secuencia al bien o activo futuro con el bien o activo original. Por lo tanto, la ley modelo no requiere que los acreedores garantizados puedan relacionar sus garantías sobre bienes futuros con los bienes de la garantía original, de modo que crea una categoría abstracta de bienes futuros sujetos a la garantía mobiliaria. Parafraseando a la escritora Gertrude Stein, quien describía a su rosa como una rosa que no es mas que una rosa, los bienes futuros de la ley modelo son eso: bienes futuros, sin relación alguna con bienes anteriores.

Finalmente, la ley modelo señala que el derecho de garantía real incluye al derecho a la indemnización por daños y perjuicios sufridos por los bienes dados en tal derecho durante la vida del aval mobiliario⁸⁹. Además, los acreedores garantizados tienen el derecho a percibir el pago de las pólizas de seguros que cubran el valor de los bienes dados en garantía. Estos derechos a la indemnización por daños y perjuicios operan sin la necesidad de mención expresa en el contrato de garantía o en el formulario registra⁹⁰.

F. Adelantos futuros

Una de las garantías mobiliarias contemporáneas de mayor importancia económica es el llamado gravamen o prenda flotante, donde tanto el volumen y valor de los bienes dados en garantía como la cantidad prestada y la obligación garantizada fluctúan de tiempo en tiempo⁹¹. Para asegurarse de que la ley modelo permita esta práctica financiera, ella debe no solo validar los derechos de garantía real en bienes futuros y atribuibles sino también garantizar que cada uno de los adelantos futuros esté acompañado por la misma garantía real que acompaña a los originales. Juntas, estas opciones le permiten al deudor obtener una línea de crédito de monto fluctuante con adelantos presentes y futuros, y al acreedor asegurarse por medio de su garantía real sobre un fondo fluctuante de bienes presentes, futuros y atribuibles como el inventario, los depósitos bancarios, los títulos de crédito y las cuentas por cobrar⁹².

Los ordenamientos hipotecarios y prendarios de los siglos diecinueve y veinte, como se mencionó anteriormente, por lo general requerían que un acreedor garantizado indicara en su contrato y formulario registral la descripción detallada del bien dado en garantía y la especificación de la cantidad exacta de la deuda garantizada. Como es obvio, este prolijo detalle publicitario, por su costo y consumo de tiempo, impide un registro adecuado por los préstamos futuros en forma de líneas de crédito por cantidades indeterminadas al momento de la constitución del préstamo; sobre todo cuando estas líneas de crédito se extiendan en forma rotativa, ya sean acumulativas o no. En contraste con el modelo tradicional publicitario, la ley modelo permite que las obligaciones del deudor sean presentes y futuras, así como determinadas o determinables y que su especificación registral sea genérica y por lo tanto instantánea⁹³. La limitación establecida por la ley modelo es que las partes hagan constar la cantidad máxima que la obligación garantizada pueda alcanzar y que esa especificación se haga tanto en el contrato de garantía⁹⁴, como en el formulario de registr⁹⁵.

Esta limitación fue seriamente debatida durante la reunión del grupo de expertos de Miami así como durante las sesiones del Comité de Redacción CIDIP-VI. Por una parte, los delegados canadienses y norteamericanos argumentaban que la especificación del monto máximo carecía de importancia práctica, pues por lo general los acreedores que extendían líneas de

crédito no la extenderían, al descubrir por medio de la inspección del registro que ya había un registro anterior y que tales acreedores muy raramente aseguraban sus préstamos con el valor residual (no gravado) del inventario o cuentas por cobrar del deudor. Por otra parte, los expertos latinoamericanos y delegados nacionales invocaron el principio de la publicidad funcional y la necesidad de eliminar gravámenes secretos al requerir la mayor verdad y transparencia en la especificación del valor del gravamen. Ellos opinaban que si esta cantidad no se especificaba se estimularían las prácticas de mala fe. Es más, si el deudor garante estaba consciente de que su habilidad de pedir prestado quedaría reducida por la cantidad registrada, él se aseguraría de que dicha cantidad fuera verdadera y realista. Como en última instancia los redactores de la ley modelo tenían que preguntarse cuál norma funcionaría mejor en un ambiente donde los préstamos con garantía mobiliaria aun eran vistos por muchos deudores como una ocupación engañosa o usurera, los argumentos de los expertos y delegados latinoamericanos resultaron los triunfadores.

Igualmente debatida fue la cuestión de si la ley modelo debía retrotraer la prioridad o prelación de los adelantos futuros a la fecha del registro o publicidad original. El grupo de expertos de la reunión de Miami concluyó que la retroacción debería ser determinada por el país adoptante de la ley modelo, especialmente a la luz de su derecho de quiebras y suspensión de pagos. Durante la discusión del Grupo de Expertos se manifestó que la mencionada legislación hipotecaria y prendaria por lo general requiere que el contrato de préstamo y el registro del gravamen expresen una fecha de vencimiento. Sin embargo, durante las discusiones del Grupo de Redacción en la reunión de febrero de 2002 en la OEA también expuso que de requerirse a las líneas de crédito una fecha de pago tras la cual no se podrían crear inscripciones retroactivas al momento de la inscripción original ello crearía un obstáculo al uso de muchas líneas de crédito. Por esta razón, y siendo una de las más importantes metas de la ley modelo facilitar la extensión de líneas de crédito debidamente garantizadas, esta ley no incluye la restricción tradicional y les permite a los países adoptantes y a las partes establecer una fecha de terminación del préstamo o línea de crédito, si así lo desean⁹⁶; pero teniendo en cuenta la concomitante pérdida de crédito.

G. La garantía mobiliaria de adquisición

El principal objetivo de la garantía mobiliaria de adquisición (Purchase Money Security Interest o PMSI, por sus siglas en inglés) es brindar libertad al deudor garante para obtener crédito de varios acreedores⁹⁷. El uso de la cláusula que incluye dentro de la garantía bienes presentes y futuros limita la capacidad financiera del deudor de obtener financiamiento de otras fuentes. La garantía mobiliaria de adquisición alivia este problema al permitirle a un acreedor garantizado obtener derechos prioritarios o de prelación sobre bienes específicamente adquiridos con base en la garantía mobiliaria de adquisición. Este derecho prioritario permite que un acreedor suministrador de crédito con garantía de adquisición prevalezca sobre otro acreedor con inscripción previa de su garantía mobiliaria de tipo general o sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor garante. De esta forma, un deudor puede obtener financiamiento adicional al originalmente obtenido si limita el gravamen a los bienes específicamente adquiridos con los fondos garantizados. Por ello, esta garantía mobiliaria le permite a un acreedor que cronológicamente es el segundo-en-tiempo convertirse en primero-en-derecho, con respecto a los bienes sujetos a su garantía de adquisición.

La garantía mobiliaria en cuestión asegura el cobro tanto de quien vende a crédito o a plazos como el del prestamista que facilita el precio de compra⁹⁸, y se cifra sobre el valor de los bienes adquiridos o sus bienes atribuibles⁹⁹. Al igual que las otras garantías mobiliarias sin desposesión del deudor esta garantía requiere de publicidad mediante registro¹⁰⁰; sin embargo, a diferencia de las otras garantías mobiliarias dicha publicidad está diseñada teniendo en mente la prelación sobre garantías previamente registradas¹⁰¹. Dada la excepción al principio prior tempore potior iure que representa esta garantía, la ley modelo requiere como publicidad especial una referencia a la misma en el formulario registral¹⁰², una referencia a los bienes muebles específicamente financiados y una notificación directa a los acreedores preexistentes con registro¹⁰³. A manera de protección a los derechos de acreedores con gravámenes preexistentes, el artículo 40 de la ley modelo requiere, en adición a la publicidad anteriormente descrita, que el acreedor garantizado con garantía específica notifique a los acreedores previamente registrados su adquisición de la garantía de adquisición sobre el mismo tipo de bienes anteriormente gravados en forma genérica¹⁰⁴.

La garantía mobiliaria de adquisición sobre bienes de inventario da lugar a problemas bastante complejos. Por naturaleza, el inventario es un conjunto de bienes dedicados a su venta o reventa por parte del deudor garante. Como tal, el inventario inevitablemente crea bienes atribuibles, los cuales a su vez también sirven como garantía del préstamo original o adicionado por medio de adelantos futuros¹⁰⁵. En casos donde coexisten garantías mobiliarias genéricas y específicas o de adquisición sobre los mismos bienes de inventario, la determinación de la prelación de créditos no siempre es fácil. Las versiones anteriores de la ley modelo no limitaban el derecho del acreedor con garantía de adquisición sobre bienes específicos a perseguir bienes atribuibles a sus bienes gravados. Por el contrario, le permitían perseguir los nuevos bienes de inventario o sus sustitutos ad infinitum¹⁰⁶. La versión final de la ley modelo, sin embargo, limita el derecho de persecución a los bienes, incluyendo al efectivo, solamente a aquellos bienes o efectivo obtenidos directamente de la venta de los bienes específicamente adquiridos¹⁰⁷. En otras palabras, el acreedor con garantía de adquisición no tiene derecho prioritario sobre bienes atribuibles que no sean los de la llamada primera generación tras su venta o permuta. Esta limitación fue justificada por todos los expertos en la reunión de Miami debido a la necesidad de preservar un mínimo de activos, para proteger los derechos de los acreedores quirografarios en la quiebra del deudor garante.

H. Publicidad

Según se ha explicado, una ley de garantías mobiliarias contemporánea no puede existir sin una publicidad efectiva de los derechos de garantía real dirigida especialmente hacia los terceros de buena fe¹⁰⁸, y basada en el principio del primero-en-tiempo, mejor en derecho, aunque sujeta a algunas excepciones como la anteriormente discutida respecto de la garantía de adquisición¹⁰⁹. El método más común de publicidad de garantías mobiliarias en el comercio contemporáneo es el registro público¹¹⁰. Casi por definición, este es un registro abierto a la inscripción de la vasta mayoría de garantías mobiliarias. La publicidad registral o posesoria perfecciona el derecho del acreedor garantizado y con ello afecta los derechos de terceros, pues otorga prioridad al acreedor registrante y al poseedor de buena fe¹¹¹. Esa prioridad se traduce en la autorización al acreedor garantizado con registro o posesión a reposar y disponer de los bienes dados en garantía, sin necesidad de publicidad ulterior cuando exista acuerdo al respecto entre el deudor garante y el acreedor garantizado¹¹².

1. Métodos de publicidad

La ley modelo brinda tres métodos de publicidad a la garantía mobiliaria: registr¹¹³, y notificación a otros acreedores¹¹⁵. A diferencia de otras leyes de garantías mobiliarias contemporáneas, la ley modelo no otorga períodos de gracia para el registro de derechos ni tampoco períodos de publicidad automática temporal para determinados tipos de préstamos.

La mayoría de los expertos, así como delegados a la OEA y miembros del comité de redacción, llegaron a la conclusión que los períodos de gracia o los registros automáticos temporales (o por períodos especificados) solo estimularían las prácticas registrales fraudulentas o de mala fe. Cuando la garantía mobiliaria no es posesoria, la ley modelo requiere de la publicidad inherente a la inscripción de un formulario registral estándar que describe tanto al deudor garante como a la garantía mobiliaria¹¹⁶. Cuando el derecho de garantía real es posesorio, la ley modelo requiere la publicidad posesoria inherente a la entrega de la posesión del bien garantizador al acreedor garantizado¹¹⁷. Cuando el derecho de garantía mobiliaria le permite a un tercero retener posesión de la garantía bien a nombre del acreedor o del deudor, la ley modelo permite la publicidad inherente a la notificación personal a ese tercero¹¹⁸.

Similarmente, como se acaba de explicar, un acreedor garantizado con bienes específicos debe de recurrir a la publicidad inherente en la notificación directa y personal a otros acreedores garantizados con derechos reales previamente registrados sobre el mismo tipo de bien. A continuación, una breve descripción de los métodos de publicidad asignados a las diversas categorías de bienes garantizadores.

2. La garantía mobiliaria real no posesoria

La inexistente o inadecuada publicidad a las garantías mobiliarias reales no posesorias en la legislación y jurisprudencia latinoamericanas no brinda la protección requerida tanto por las partes en el contrato de préstamo y garantía como por los terceros de buena fe. En contraste, la ley modelo protege a los acreedores garantizados y a terceros al requerir la publicidad de los derechos de garantía real en el formulario registral¹¹⁹. Con respecto a los derechos de terceros, el registro contemplado por la ley modelo es sustantivo: una vez registrado, el derecho de garantía real es válido contra terceros¹²⁰.

Dada la amplitud de los derechos reales registrables en la ley modelo¹²¹, el formulario registral que le otorgue publicidad al derecho de garantía real no posesorio debe ser breve¹²². La brevedad de la descripción se mantiene aun cuando la garantía cubra bienes futuros y atribuibles o incorporables tales como las cuentas por cobrar y otros bienes intangibles; todos estos se pueden describir en forma genérica o por categoría, como por ejemplo: cuentas por cobrar¹²³.

3. Cuentas por cobrar (referidas en la ley modelo como créditos)

La publicidad de derechos de garantía mobiliaria en cuentas por cobrar en la ley modelo sigue de cerca la normativa en la Convención de las Naciones Unidas sobre Transferencia de Cuentas por Cobrar en el Comercio Internaciona¹²⁴. Por lo general, el financiamiento de las cuentas por cobrar se lleva a cabo por prestamistas especializados, como banqueros comerciales o factores. En un financiamiento típico participan tres partes: El deudor garante (primera parte), quien cede o vende sus cuentas por cobrar al acreedor garantizado (segunda parte), y finalmente el deudor de la cuenta por cobrar, deudor del crédito o deudor del deudor garante (tercera parte). En contraste con esta convención, la ley modelo selecciona al registro como único método para darle publicidad a la garantía real sobre estas cuentas¹²⁵. Esta regla es consistente con el principio de la publicidad funcional y con su corolario que aboga por la eliminación de gravámenes secretos. Gravámenes secretos podrían surgir si solo el deudor de la cuenta por cobrar es quien se notifica. De esta manera, el deudor garantizado podría ceder o vender sus cuentas al acreedor garantizado 1 (AG1) al igual que a AG2 y AG3 etc., sin conocimiento por los mismos de la cesión a AG1.

En caso de falta de pago de la deuda garantizada por el cedente de la cuenta, la ley modelo le permite al acreedor garantizado cobrar directamente esta obligación del deudor de la cuenta al notificarle la petición de remisión del pago directamente al acreedor garantizado¹²⁶. Sin embargo, a menos que se acuerde lo contrario, la ley modelo no le permite al acreedor garantizado notificar y solicitar el pago del deudor de la cuenta, a menos que haya habido un incumplimiento del deudor garante¹²⁷.

Al igual que la Convención de las Naciones Unidas, la ley modelo prohíbe el uso de cláusulas de intransferibilidad de cuentas por cobrar¹²⁸. Según la ley modelo, un derecho de garantía real en cuentas por cobrar es efectivo, sin importar si hay un acuerdo entre el deudor de la cuenta y el deudor garante que limite el derecho del último de usar sus cuentas por cobrar como garantía o cualquier otra prohibición de la transferencia de cuentas por cobra¹²⁹. La ley modelo, sin embargo, no afecta la responsabilidad en que haya incurrido el deudor garante por haber incumplido su acuerdo con el deudor de la cuenta de no crear una garantía mobiliaria sobre la misma o su pacto de intransferencia de la cuenta¹³⁰. Además, la ley modelo le permite al deudor de la cuenta interponer cualquier excepción o defensa, incluyendo su derecho a la compensación del crédito que tenga contra el deudor garante, siempre y cuando tales excepciones y defensas surgieran de la transacción o contrato que dio origen a la cuenta por cobrar¹³¹.

Finalmente, la ley modelo cubre las transferencias de cuentas al acreedor garantizado aun cuando la cesión no fue hecha con propósitos de garantizar la obligación contraída entre el deudor garante y el acreedor garantizado, sino con el propósito de vender las cuentas¹³². La justificación de esta regla radica en la dificultad de distinguir en la práctica y jurídicamente entre las ventas o transferencias de cuentas por cobrar y su cesión en garantía¹³³. Esto es especialmente cierto si la venta de las cuentas permite a su comprador una acción de regreso contra el vendedor en caso de incumplimiento del deudor o deudores de las cuentas¹³⁴. Consistente con su principio de publicidad funcional, la ley modelo requiere, para ser efectiva contra terceros, que la venta de las cuentas sea registrada. Por otra parte, la falta de publicidad de acuerdo con la ley modelo no anula la transferencia entre las partes, solo afecta su perfeccionamiento y prioridad como garantía mobiliaria; es decir, respecto de terceros¹³⁵.

4. Reclamaciones contractuales o extracontractuales por montos indeterminados durante la creación de la garantía mobiliaria (obligaciones no monetarias en la ley modelo)

El apetito de los mercados financieros por flujos de capital con cierto grado de certeza de cobro es tal, que a veces reclamaciones resultantes de contratos y de obligaciones extracontractuales sin monto determinado, hasta la constitución de la garantía son objeto de garantías mobiliarias. El principio de la universalidad de la garantía (es garantía todo aquel bien susceptible de evaluación pecuniaria) requiere que la garantía sobre este bien intangible también sea regulada por la ley modelo. Así, una garantía mobiliaria sobre obligaciones contractuales o extracontractuales se perfecciona de acuerdo con la ley modelo por medio de su registro¹³⁶. Todo lo que requieren estas obligaciones y reclamaciones para poder ser objeto de

garantías mobiliarias es ser susceptibles de valoración monetaria, ya sea en el momento de la creación del derecho de la garantía real, o con posterioridad al mismo¹³⁷. Igual que con las cuentas por cobrar (cuyo monto monetario es por lo general preestablecido), la ley modelo le permite al acreedor garantizado reclamar y ejecutar su garantía mobiliaria sobre estas obligaciones por medio de la notificación de su petición de pago a la persona obligada contractual o extracontractualmente¹³⁸. Sin embargo, este tipo de garantía mobiliaria puede ser ejecutado por el acreedor garantizado solo si el derecho aplicable a la obligación contractual o extracontractual así lo permite¹³⁹. Por otra parte, la persona obligada en la reclamación no puede rehusar cumplirla cuando así lo exija el acreedor garantizado, a menos que haya una causa razonable para su incumplimiento¹⁴⁰.

5. Créditos documentarios

Los estudios preparativos del NLCIFT demostraron que unos de los bienes de garantía más deseables en el sector de comercio exterior y, aun así, poco utilizados en América Latina y el Caribe eran: 1) el crédito documentario en sí (también conocido en algunos países de América Hispana como carta de crédito comercial) y el crédito contingente o standby letter of credit; 2) la cesión del derecho al pago de estos créditos, una vez que sus condiciones se hubiesen cumplido por su beneficiario (assignment of proceeds); y 3) el derecho al giro o demanda de pago en calidad de causahabiente del beneficiario (transfer of the letter of credit and of the right to draw or demand payment).

Según la ley modelo, los derechos de garantía mobiliaria sobre los créditos documentarios que requieran la presentación del documento operativo del crédito (también conocido en algunos países de Hispanoamérica como acreditivo) se perfeccionan y obtienen su publicidad por medio de la entrega del acreditivo al acreedor garantizado¹⁴¹. Este es un derecho de garantía real negativo, en el sentido que solo impide físicamente que el deudor garante, en su calidad de beneficiario del crédito documentario, presente al acreditivo cuando esta presentación constituye una condición del pago del mismo. Sin embargo, la posesión por parte del acreedor garantizado del acreditivo no legitima a este acreedor para girar contra el banco emisor del crédito documentario, como si fuera el beneficiario de ese documento¹⁴².

La garantía mobiliaria sobre la cantidad debida por el banco al beneficiario del crédito, si bien es una cesión del derecho al cobro (y en efecto la cesión de una cuenta por cobrar contra el banco), se perfecciona por medio del registro de la cesión¹⁴³. La validez de esta garantía requiere: primero, el entendimiento por las partes de que la existencia de la garantía mobiliaria está condicionada a que el beneficiario cumpla estrictamente con todos los términos y condiciones del crédito¹⁴⁴; segundo, que la intención de crear tal garantía por parte del deudor garante y el acreedor garantizado no afecta la discreción del banco emisor o confirmador, que puede aceptar o rechazar dicha cesión aun cuando esté perfeccionada por registro¹⁴⁵. En otras palabras, a pesar del registro, el banco pagador puede siempre elegir pagarle al beneficiario del crédito o al tenedor, en debida forma de letra de cambio girada contra el banco en vez de pagarle al cesionario del derecho al cobro o acreedor garantizado. Esta regla se debe a la difícil situación en que se encuentra un banco pagador cuando el beneficiario del crédito (deudor garante) decide ignorar su propia cesión y endosa su letra de cambio girada contra el banco pagador a un tercero tenedor en debida forma o con buena fe. Cuando el crédito documentario es pagadero contra la presentación de una letra de cambio acompañada de los documentos especificados en el crédito, el banco pagador, de aceptar la cesión, sería responsable por el mismo pago ante un banco negociador de la letra y documentos, y el cesionario del crédito, como acreedor garantizado. Es por ese motivo que el banco pagador de un crédito pagado contra letras negociables puede elegir no aceptar la cesión del crédito y pagarle solo a quien presente la letra de cambio debidamente endosada y con los documentos apropiados.

La ley modelo también le permite a un deudor, beneficiario del crédito documentario, transferir su derecho de giro contra el banco emisor o confirmador a un acreedor garantizado en su carácter de recipiente de la llamada transferencia del crédito documentario¹⁴⁶. Para llevar a cabo la creación de esta garantía mobiliaria las partes deben obtener la emisión de un crédito transferible al acreedor garantizado¹⁴⁷. Sin embargo, la ley modelo facilita que la validez y efecto de la transferencia sea puesta en orden por las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional, también conocidas como el UCP 500 o sus sucesores¹⁴⁸.

Finalmente, la ley modelo requiere, en el caso de la cesión del derecho al cobro de un crédito documentario, cuyas condiciones hayan sido satisfechas por el beneficiario-deudor garante, que el acreedor garantizado le pague, otorgue crédito u algún objeto de valor al deudor garante en forma oportuna después del perfeccionamiento de la garantía y la aceptación por parte del banco pagador de su obligación de pagar al acreedor garantizado¹⁴⁹. De no proporcionar el acreedor garantizado el efectivo o valor requerido dentro de los 30 días posteriores a la aceptación del pago por el banco, la garantía real termina automáticamente. Además, el registro podrá ser cancelado y el acreedor garantizado debe firmar un escrito de liberación al banco pagado¹⁵⁰. Esta regla tiene como propósito proteger al deudor garante contra maniobras fraudulentas por parte del acreedor garantizado, quien puede exigir la cesión del producto de un crédito documentario como garantía a cambio de su propia extensión de crédito o pago de determinada cantidad. De no extender el crédito o realizar el pago requerido durante el período señalado para el cumplimiento de la misma, él perdería su garantía.

6. Títulos de crédito y documentos representativos

Otra forma de garantía que los estudios del NLCIFT calificaron como subutilizada en América Latina y el Caribe es la constituida sobre los títulos de crédito (referidos en la ley modelo como instrumentos) y documentos representativos (referidos en la ley modelo como títulos representativos de las mercaderías). Ambos efectos de comercio requieren que la suma de dinero, el inventario o los bienes transportados o almacenados a los que ellos se relacionan sean pagados, vendidos o reprimados a fin de poder pagar los préstamos preexistentes. El problema con las prácticas crediticias actuales de muchos países en la América Latina consiste en que los bienes relacionados a los títulos representativos permanecen inmovilizados en almacenes generales de depósito o en bodegas del deudor bajo custodia de los acreedores. Tal como se discutió en relación con el principio de la autoliquidación del préstamo, la inmovilización de los bienes sujetos a estas garantías impide su comercio y, por ende, el más fácil pago de la obligación crediticia. Por otra parte, es cierto que ni la venta ni la repignación de tales bienes podrían realizarse sin un mecanismo de publicidad adecuado. Según la ley modelo, la publicidad de los derechos de garantía real sobre títulos de crédito y documentos representativos, al igual que sobre los bienes corporales involucrados, se da por medio de entrega al acreedor o por su registro¹⁵¹.

Cuando los instrumentos o documentos son negociables, la ley modelo requiere publicidad por medio de la entrega de la posesión al acreedor, con o sin endoso de los mismos, según la endosabilidad del título o documento¹⁵². Además, cuando una transferencia o prenda de un documento ocurre en forma electrónica (o en un registro electrónico), se aplicarán las reglas

especiales para este registro electrónico¹⁵³. Si los bienes muebles, cuya titularidad está representada en un documento, se encuentran en posesión de un tercero depositario o consignatario, la publicidad del derecho de garantía real sobre dichos bienes puede ser hecha por notificación escrita al tercero en posesión de los mismos¹⁵⁴. La ley modelo les permite a las partes alterar el método de publicidad al optar por el registro; y en la medida en que el derecho de garantía real no haya perdido su perfección, su prioridad estará dada por la fecha original de la publicidad¹⁵⁵.

7. La publicidad de las garantías sobre bienes especiales

Como se mencionó anteriormente, la publicidad de la garantía mobiliaria en la mayoría de los bienes se da por medio de su registro¹⁵⁶. Aunque la ley modelo no especifica la ubicación del registro¹⁵⁷, presupone la creación de un registro nacional¹⁵⁸, y eventualmente su concatenación con otros registros nacionales en todo el hemisferio occidental. Consecuentemente, la garantía mobiliaria, a pesar de ser inscrita en un registro central, podrá presentarse en un registro o punto de entrada registral local si este punto de entrada está conectado con el registro central.

La ley modelo admite la coexistencia de su registro con otros especiales (con la misma o distinta ubicación física) para garantías sobre ciertos tipos de bienes¹⁵⁹. En la actualidad, existen registros especiales para la titulación, transferencia o pignoración de automóviles, aeronaves o propiedad intelectual, entre otros. La ley modelo reconoce la posibilidad de que muchos de los países adoptantes preferirán preservar sus registros especiales. Las versiones anteriores de la ley modelo detallaban las garantías mobiliarias que requerían registro especial¹⁶⁰. La versión final de la ley modelo descartó esta enumeración y asume que un registro especial será necesario para bienes muebles de alto valor y bienes susceptibles de ser descritos por número individual y de serie.

8. Bienes inmuebles por incorporación o destino

Los bienes inmuebles por incorporación o destino también son poco utilizados en garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe. Al igual que los bienes especiales enumerados en el acápite anterior, su publicidad necesita un registro especial. Cuando estos bienes muebles son adheridos o incorporados a bienes inmuebles, la ley modelo requiere que el acreedor garantizado registre un documento adicional para asegurar su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente. Por otra parte, al igual que los derechos de garantía real sobre cualquier otro tipo de bien mueble, la garantía mobiliaria sobre bienes adheridos o incorporados a inmuebles también exige su inscripción en el registro de garantías mobiliarias, por medio del formulario de registro estándar. La perfección y prelación de los derechos mobiliarios relacionados, adheridos o incorporados a los bienes inmuebles con respecto a estos últimos bienes, dependerá de su inscripción en el registro inmobiliario con anterioridad al momento de su adhesión o incorporación al inmueble¹⁶¹.

9. Garantía posesoria

Las prendas posesorias han existido en América Latina desde su colonización y, por tanto, antes de la adopción de los Códigos Civiles francés y español en el siglo XIX. Básicamente, todas las legislaciones latinoamericanas exigen en este tipo de garantía la transmisión de la posesión al acreedor garantizado¹⁶². La efectividad de esta legislación radica en la eficacia de su publicidad: al igual que el registro público, la posesión manifiesta del bien prendado (visible tanto a acreedores del deudor garante o a compradores del bien prendado) brinda publicidad contra terceros, desde el momento en que el deudor entrega el bien o bienes al acreedor o al tercero designado como custodio o depositario¹⁶³. La ley modelo preserva esta normativa y regula solamente las obligaciones del acreedor garantizado en posesión de la garantía¹⁶⁴. En términos generales, esta ley requiere que el acreedor garantizado en posesión ejercite un cuidado razonable respecto al bien en su custodia, lo mantenga en forma identificable y lo usa solo en la forma contemplada por las partes¹⁶⁵. Estos aspectos de la prenda con desposesión del deudor no son por lo general regulados por el derecho latinoamericano actual.

Finalmente, como ya se mencionó, una garantía mobiliaria posesoria puede convertirse en una garantía no posesoria y retener su prioridad como garantía¹⁶⁶. La ley modelo requiere que la garantía posesoria continúe siendo pública a través de su registro, antes de que el acreedor garantizado por medio de su posesión entregue el bien dado en garantía al deudor garante¹⁶⁷.

I. Registro

Unos de los principales objetivos de la ley modelo es establecer un balance adecuado entre la protección requerida por los registrantes, tales como la oportunidad, celeridad e inclusividad de sus inscripciones y la de los terceros interesados en obtener la información más actual, exhaustiva y confiable posible respecto del deudor y sus bienes. Este balance se obtiene por el sistema de registro basado en una inscripción que contiene solo la información esencial que le brinde al tercero una idea correcta, pero no muy detallada, de los gravámenes inscritos y que al mismo tiempo permita una inscripción muy rápida y con un mínimo de calificación registral.

1. Formulario registral

Con el fin de permitir la máxima flexibilidad en cuanto a la notificación a terceros, la ley modelo exige como formulario registral un documento de una extensión no mayor de una página¹⁶⁸. El formulario de registro de la ley modelo solo requiere el nombre y dirección del deudor, el nombre y dirección del acreedor garantizado, la cantidad máxima de la obligación con garantía y una descripción de los bienes dados en garantía¹⁶⁹.

a) Ventajas

La inscripción del formulario propugnado por la ley modelo ofrece varias ventajas sobre el registro del contrato de garantía. En primer lugar, el registro de un breve formulario limita la información contenida a lo más esencial y suministra de esa forma mayor privacidad y confidencialidad a las partes¹⁷⁰. En segundo lugar, el formulario ofrece mayor flexibilidad ya que puede ser utilizado para una o más extensiones de crédito¹⁷¹. Es más, el formulario registral de la ley modelo puede ser inscrito incluso antes de que exista o se perfeccione un contrato de garantía¹⁷². Por último, por su brevedad y estandarización, un formulario facilita el registro a distancia o por acceso desde puntos remotos al registro central¹⁷³. Aunque la ley modelo no pretende regular el funcionamiento de formularios registrales estandarizados, excepto en la medida que se tornen en mensajes electrónicos o información asentada, de acuerdo con las disposiciones de IAREDS, un moderno sistema registral debe contemplar el uso de un formulario uniforme especialmente en forma electrónicamente estandarizado¹⁷⁴.

b) Descripción de los bienes

Muchas leyes latinoamericanas requieren que el documento registrado describa la garantía mobiliaria real en forma indubitable, lo que significa una descripción bien detallada frecuentemente comparada a la provista por el número de serie del bien. Las descripciones detalladas obstaculizan, entre otros elementos, la perfección de los derechos de garantía real que se

extendiendo a bienes futuros o atribuibles, por no ser ellos susceptibles a ser descritos en forma detallada previa a su existencia. Los bienes fungibles como granos y ciertas materias primas, así como bienes renovables y reemplazables por otros de distinto tipo como los bienes de inventario, tampoco pueden ser descritos en tal detalle. Consecuentemente, de necesitarse una descripción exhaustiva, estas clases de bienes carecerían de publicidad adecuada, y por tanto quedarían sus garantías excluidas del financiamiento con garantía mobiliaria. Por estas razones, la ley modelo opta por descripciones más genéricas y escuetas, tanto en el contrato de garantía¹⁷⁵, como en el formulario de registro¹⁷⁶.

c) Firmas

Las versiones anteriores de la ley modelo exigían distintas firmas en el contrato de garantía y el formulario de registro. La versión final requiere solamente la firma del deudor en el contrato de garantía¹⁷⁷, pero no pide su firma en el formulario registral¹⁷⁸. Esta regla responde a la necesidad del aceleramiento de transacciones en los centros más activos de financiamiento con garantías mobiliarias¹⁷⁹, e intenta facilitar el registro electrónico del formulario registral sin necesidad de retransmitir el formulario de registro al deudor para su firma en cada nueva extensión de crédito¹⁸⁰. Las reglas IAREDS reflejan esta tendencia.

2. Cálculo del tiempo

Como se indicó previamente, el momento del comienzo de la publicidad determina la prioridad de la garantía real mobiliaria. La prioridad, a su vez, se decide de acuerdo con el principio prior tempore y sus pocas excepciones. O sea, la parte que publica su garantía real mobiliaria primero (ya sea por registro, posesión o notificación ad hoc cuando la así lo permita) prevalece. Esta regla requiere que acreedores y terceros determinen el momento de la publicidad y estimula a la diligencia del registrante; mientras antes registre mejor. Así las cosas, no es sorprendente que los acreedores de líneas de crédito presenten su formulario registral tan pronto hayan decidido extender sus líneas, aun antes de realizar sus primeros desembolsos¹⁸¹.

a) Intervalo de registro

La inscripción de garantías mobiliarias en América Latina a partir de su presentación al registro exige, por lo general, un intervalo de varios días y a veces de varios meses¹⁸². Este retraso, frecuentemente causado por la necesidad de la calificación registral del documento registrado, no afecta a la prioridad del registrante que generalmente se retrotrae al momento de la presentación del documento pero sí afecta los derechos de terceros de buena fe que confían en la apariencia registral mientras el registro aun no se haya consumado¹⁸³.

La ley modelo solo requiere la presentación de un formulario registral de una página y no el contrato de préstamo o el de garantía, ella elimina la necesidad de revisión y calificación de documentos de registro. Aparte de revisar que los espacios designados en el documento escrito o mensaje electrónico para el nombre y dirección de las partes, la obligación y garantía real mobiliaria contengan la información requerida no hay más nada que revisar o calificar en el formulario registral. Consecuentemente, el registrador puede proceder a registrar el formulario sin necesidad de calificación y sin intervalo entre la presentación

y

registro.

b) Prerregistro

El prerregistro se refiere a la práctica de presentar un formulario registral, ya sea antes de que las partes firmen un contrato de garantía o antes de que el acreedor garantizado adelante fondos al deudor. Varias actividades de financiamiento, incluyendo la habilidad de garantizar futuros adelantos, líneas de crédito y gravámenes flotantes, dependen de la habilidad de prerregistrar. Esta acción les permite a las partes asegurarse de que el acreedor podrá contar con la prioridad deseable. Esta es una consideración importante durante el proceso de negociación, y a veces facilita un quid pro quo por el cual el acreedor obtiene su deseada prioridad a cambio de su consentimiento a un desembolso anterior al que él había planeado originalmente.

Aunque el prerregistro de hipotecas u otros gravámenes inmobiliarios es frecuente en América Latina, no sucede lo mismo con la garantía real mobiliaria; de hecho, el sistema de registros comerciales y de prenda o hipoteca mobiliaria es contrario al prerregistro. Debe recordarse que el prerregistro no es posible cuando el préstamo y la garantía han de ser registrados simultáneamente¹⁸⁴.

c) Adelantos futuros

Los adelantos futuros son los fondos desembolsados por el acreedor después del primer adelanto hecho al amparo de la ejecución del contrato de garantía o del registro del formulario registral¹⁸⁵. La garantía real mobiliaria que acompaña a estos adelantos representa una de las normas más innovadoras en las leyes modernas de financiamiento con garantía mobiliaria¹⁸⁶. El prerregistro de adelantos futuros también les permite a las partes establecer la deseada prioridad preocuparse de que se pierda entre el momento de la negociación y la fecha del registro¹⁸⁷.

Muchas legislaciones latinoamericanas indirectamente prohíben los adelantos futuros con garantía mobiliaria al requerir que las obligaciones pecuniarias con garantía real sean ciertas en cuanto a su fecha de celebración y monto¹⁸⁸. Además, los sistemas actuales latinoamericanos de registro mobiliario no cubren líneas de crédito y otros tipos de adelantos futuros¹⁸⁹. La ley modelo permite que un formulario registral cubra tanto los desembolsos presentes como los futuros¹⁹⁰. Como se ha explicado, la única limitación es que el formulario de registro debe suministrar el dato de la cantidad máxima que la obligación con garantía pueda alcanzar¹⁹¹. Como resultado de esta innovación normativa, el acreedor garantizado podrá registrar su garantía mobiliaria antes de adelantar fondos al deudor. Por otra parte, si dicho derecho es abusado, el acreedor garantizado estará sujeto a las sanciones civiles o penales establecidas por la ley nacional.

3. Ubicación

El derecho de garantías mobiliarias latinoamericano utiliza diversas locaciones para el registro de garantías mobiliarias¹⁹². La mayoría de las leyes de garantía real mobiliaria se inclina por el registro del lugar en que se ubica la garantía¹⁹³. La minoría se inclina, respectivamente, por registros situados bien en la residencia del deudor, del acreedor o por el registro del lugar en el que se concluyó el contrato de garantía¹⁹⁴. Algunas leyes permiten que las partes elijan a cualquier registro en sus contratos, independientemente de sus contactos con los elementos anteriormente enumerados¹⁹⁵.

Teniendo en mente que una de las metas más importantes de la ley modelo es la de facilitar un mercado de crédito regional, y a ese efecto crear una red internacional de registros electrónicos, la ley modelo asume que existirá una sola base de datos registrales para cada país. Esta base de datos deberá contener todas garantías mobiliarias inscritas y estos registros centrales deberán estar conectados, a su vez, con registros locales y con registros centrales similares en otros países del hemisferio¹⁹⁶. Como ya se había mencionado anteriormente, los sistemas centralizados son posibles en la mayoría de los países

latinoamericanos, dado que en muchos de ellos el derecho registral es de índole nacional o federal¹⁹⁷.

Un registro federal centralizado debe suministrar puntos de acceso desde cualquier ubicación, incluyendo registros gubernamentales locales al igual que oficinas de los profesionales del mercado crediticio tales como bancos, financieras, corredores, abogados y notarios y, eventualmente, cuando la tecnología y la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones lo permita, desde los domicilios de deudores y acreedores. El acceso generalizado de las partes y de terceros interesados es un elemento esencial del éxito de la inscripción de garantías mobiliarias reales contemplado por la ley modelo, un registro que eventualmente pueda ser consultado desde cualquier país y localidad de la región hemisférica.

Como también se discutió anteriormente¹⁹⁸, las garantías sobre bienes inmuebles por incorporación o destino constituyen una de las excepciones al ámbito del registro central de garantías mobiliarias pues las garantías sobre bienes inmuebles por incorporación o destino tienen que registrarse en el registro de la propiedad inmueble¹⁹⁹. Por lo general, el registro de la propiedad inmueble está ubicado en el lugar donde se colocan los bienes inmuebles adheridos o incorporados. Consecuentemente, el comprador o acreedor de buena fe que confíe en el valor de bienes inmuebles por incorporación o destino del deudor garante tendrá que extender su búsqueda al registro inmobiliario correspondiente.

a) Registros estatales vs. federales

En países latinoamericanos con sistemas federalistas (incluyendo Argentina, Brasil y México), la competencia registral puede ser estatal, provincial o municipal²⁰⁰. Algunos estados subdividen su sistema de registro local en condados o distritos judiciales²⁰¹. Cada estado (y cada distrito dentro del estado) tiene su propio registro público. Consecuentemente, la ubicación de registro competente para hacer la presentación del formulario registral requiere de la determinación del estado, provincia o distrito judicial en la cual se encuentre el registro. Esta determinación no siempre es fácil y varía de país a país.

México ha adoptado el sistema propugnado por la ley modelo y ha remplazado al sistema de registro de las garantías mobiliarias en los registros comerciales estatales por un registro electrónico federal o centralizado²⁰². El marco tecnológico y jurídico que se está elaborando en México descansa sobre un modelo de computación uniforme y compatible, el cual se usa en los estados u otros puntos de ingreso de información al registro central²⁰³. Así, el proyecto de reforma del registro mexicano crea la red de registro nacional unitario al tiempo que preserva la naturaleza descentralizada del registro de comercio actual y le permite a los estados continuar operando sus registros respectivos. Sin embargo, el sistema vincula todos los sistemas de registros municipales o locales y crea una base de datos central en cada estado. De igual forma, el sistema vincula todos los registros estatales y crea una base de datos nacional que contiene todas las inscripciones del país²⁰⁴.

b) Registro especial
Con respecto a las garantías sobre bienes o equipos valiosos identificables por signos especiales o números de serie, al igual que para bienes incorporados o adheridos a inmuebles, el registro puede efectuarse en dos ubicaciones. Una podría ser la del registro especializado, que podría tener su propia ubicación física o podría funcionar como una sección o parte del registro para garantías reales mobiliarias o inmobiliarias²⁰⁵. La necesidad de un registro especializado para ciertos tipos de bienes se debe a que el registro de garantías reales mobiliarias utiliza como dato organizador al nombre del deudor y no la descripción del bien²⁰⁶. Dicho sistema (el del nombre del deudor) es el único que puede funcionar cuando el bien dado en garantía no es susceptible a ser identificado individualmente, como es el caso del inventario presente y futuro o de las cuentas por cobrar, o de bienes fungibles.

La inscripción por nombre de deudor no funciona bien cuando el bien dado en garantía es un bien de gran valor y de fácil identificación como algunos vehículos, motores, turbinas, u otros equipos o refacciones de gran valor²⁰⁷. Un tercero que planea comprar tal equipo o prestar con base en la garantía del mismo, por lo general ni sabrá ni podrá averiguar fácilmente los nombres de los posibles deudores garantes relacionados con el equipo y por ello no podrá organizar su búsqueda registral en torno a los respectivos nombres. Dado su interés en comprar el equipo o prestar sobre el valor del mismo, el tercero por lo general tendrá detalles que identifiquen al equipo, detalles estos que le permitirán la búsqueda en el registro especial²⁰⁸.

La ley modelo reconoce la posibilidad de que otra ley o convención internacional pueda requerir el registro especial de títulos respecto a bienes muebles valiosos o identificables por números de serie²⁰⁹. Las versiones anteriores de la ley modelo expresamente requerían un registro especial para los siguientes tipos de garantía: naves aéreas, botes, vehículos motores, equipo valioso y otra garantía, la cual, de acuerdo a tratados de legislación nacional o internacional, requerían un registro especial²¹⁰. La versión final de la contiene la misma deferencia a registros especiales pero sin enunciar los tipos de garantía reales mobiliarias que puedan requerir un registro especial.

4. Consideraciones adicionales sobre el registro

a) Presentación

El primer paso que un acreedor garantizado u otro registrante toma en el proceso de registro es presentar el formulario registral al registro. La mayoría de los registros latinoamericanos en la actualidad aun requieren que las partes registrantes aparezcan personalmente para presentar los documentos por registrarse. La ley modelo acepta la regla de presentación en persona pero también la presentación por varias formas de transmisión electrónica (v.g., correo, módem, courier, EDI, etc.)²¹¹. La presentación electrónica debe seguir reglas tales como en IARED²¹².

b) Calificación

Según la mayoría de los sistemas registrales en vigor en Latinoamérica, una vez que un documento es presentado para su registro, el funcionario del registro determinará si este cumple con los requisitos sustantivos y procesales prescritos por la ley o reglamento²¹³. Si el documento pasa esta evaluación, se registra; si no, se rechaza y regresa a quien lo intenta registrar²¹⁴. Como se explicó anteriormente, el momento en el cual ocurre el examen oscila entre unos días y a veces meses desde su presentación. Una vez que el examen esté completo y los documentos son aprobados para registro, los documentos son integrados en portafolios e inscritos cronológicamente.

La ley modelo no elimina el procedimiento de revisión y calificación del registro actual, pero reduce sensiblemente el ámbito de la calificación. Atento a que ella requiere la presentación sólo de formularios registrales (y no de los contratos subyacentes), la necesidad de la revisión y calificación se reduce enormemente²¹⁵. Según la ley modelo, la calificación no determinará la validez legal del documento registrado y se limitará a determinar si la parte registrante presentó el formulario registral, pagó los derechos aplicables y brindó información que identifica adecuadamente al deudor garante, al acreedor garantizado y a los bienes dados en garantía²¹⁶.

c) Índice y registro por el nombre del deudor

Los registros de garantías mobiliarias contemporáneas organizan su índice en torno al nombre del deudor²¹⁷. La ley modelo requiere el uso de este tipo de índice²¹⁸, y por tanto la inclusión del nombre del deudor en el formulario registral trae como consecuencia la creación del índice alfabético²¹⁹.

Varias opciones importantes de un sistema de financiamiento con garantía mobiliaria permiten búsquedas de nombres relacionados a los de la raíz patronímica buscada²²⁰, y también permiten la rápida localización de los bienes gravados por medio del sistema de descripción general de la garantía²²¹. Consecuentemente, el registro de la ley modelo funciona solo con los nombres del deudor como criterio de búsqueda²²².

d) Descripción de la garantía

Según la ley modelo, el requerimiento de identificación de la garantía se satisface si el formulario de registro contiene una descripción específica de la garantía²²³. Sin embargo, la ley modelo también permite la identificación de la garantía en términos genéricos²²⁴. En otras palabras, cualquier descripción de garantía de bienes muebles es suficiente, sea o no específica o genérica, siempre y cuando sirva para identificar los bienes sujetos a la garantía real²²⁵. Cabe mencionar que uno de los criterios utilizados por los tribunales norteamericanos para determinar la idoneidad de la descripción registral es el impacto que tiene esta sobre la capacidad de identificación del bien gravado por parte de un tercero comprador o prestamista promedio, actuando en el giro comercial, financiero, industrial o agrícola en cuestión. Si la descripción es tal que pone sobre aviso a un tercero de conocimiento y diligencia promedio, ella será aprobada por el tribunal.

Las versiones anteriores de la ley modelo requerían una anotación especial en aquellos casos en los que la garantía real cubría categorías completas de un tipo de bien dado en garantía (v.g. todo el inventario, todo el equipo, artefactos eléctricos, o todas las cuentas por cobrar, etc.)²²⁶. La versión final no requiere tal anotación. Cuando las partes no pretendan que un derecho de garantía real grave todos los bienes muebles del deudor, o todos los bienes dentro de una categoría, solo es menester la mención de los bienes excluidos. Por ejemplo, si los activos del deudor garante son los de su negocio de venta de automóviles, las partes pueden escoger una descripción muy general como todos los activos o pueden limitar su ámbito (v.g., todos los activos que no sean automóviles en inventario o vendidos a plazo).

e) Firmas

El formalismo de los registros latinoamericanos requiere el uso de firmas manuales y algunos casos de la protocolización y ratificación de tales firmas ante notario público²²⁷. Afortunadamente, varios países latinoamericanos han comenzado a promulgar reglas menos formalísticas²²⁸, aunque la eliminación del formalismo ancestral de la firma no es tarea fácil; se prescinde de ella en el formulario registral²²⁹. Algunos miembros del Grupo de Expertos y delegados argumentaron que esta regla podría sacrificar importantes protecciones contra la mala fe negocial y registral. Sin embargo, la mayoría de los expertos y delegados concluyeron que con el registro electrónico de la ley modelo se estaba creando un sistema más cierto, rápido, eficiente y menos costoso de verificación de autenticidad de la voluntad de las partes registrales. La opinión de expertos en materia de registros electrónicos internacionales apoyó este punto de vista²³⁰. Como resultado, finalmente hubo consenso sobre no exigir una firma en el formulario registral²³¹. Esto no quiere decir que la ley modelo ignore la mala fe registral controlada en cierta forma por el requisito de la firma manual²³²; la ley modelo y las reglas IAREDS logran una mayor protección contra la mala fe al establecer controles electrónicos de la autenticidad de firmas y certificaciones, y al penalizar la obtención de inscripciones impropias o incorrectas²³³.

f) Discrepancias y sistemas registrales

Las discrepancias y los errores en sistemas de registro son inevitables, como las faltas de ortografía, nombres incorrectos, etc. Aunque hay sistemas que rechazan inscripciones con cualquier tipo de error aparente y sobre todo de índole gramatical, estos sistemas tienen serios inconvenientes²³⁴. Los mejores sistemas parecen ser aquellos que permiten la fácil enmienda de errores en vez de su tajante rechazo. Desafortunadamente, la ley modelo no aborda este tema pero, sin duda, la política de facilitar las correcciones es la más recomendable²³⁵.

Los errores comunes pueden ser exacerbados cuando los criterios de búsqueda de nombres de deudores son demasiado específicos, ya que estos se podrían satisfacer solamente con resultados exactos²³⁶. Por ello, la implementación debería seguir criterios de búsqueda que se satisfagan por medio de coincidencias con bastantes posibles similitudes. Este criterio es aconsejable porque las búsquedas por nombre del deudor a menudo resultan en múltiples coincidencias especialmente en jurisdicciones con muchos nombres y apellidos comunes. En tales jurisdicciones es recomendable que en adición al nombre y apellidos del deudor se requiera el uso de otros métodos de identificación tales como su número de seguro social, de contribuyente fiscal o, de ser extranjeros, su pasaporte o visas.

g) Aceptación y validez

Como se ha apuntado anteriormente, las leyes registrales tradicionales requieren el registro del contrato de garantía²³⁷, al igual que su calificación para su aceptación y validez contra terceros²³⁸. Ya que la ley modelo solo registra al formulario registral²³⁹, elimina la necesidad de la calificación del contrato de garantía real. Esto no significa que los formularios deben ser aceptados como válidos solamente por su presentación puesto que el registrador ha de rechazar formularios de registro que no identifiquen al deudor, el acreedor garantizado y el bien dado en garantía²⁴⁰. En la práctica, los programas de computación determinan si el formulario suministra tal información y, de no hacerlo, los rechazan por incompletos.

Un formulario registral puede contener todos los elementos requeridos para su registro pero, a pesar de ello, puede carecer de efectos contra terceros por contener información errónea²⁴¹. Si un registrador rechaza un formulario cuando debió haberlo aceptado o lo acepta cuando debió rechazarlo, la inscripción puede llegar a tener efectos contra terceros. Un registro rechazado que debió haber sido registrado, es efectivo excepto cuando el bien dado en garantía fuese adquirido por un tercero de buena fe confiado en la ausencia de una inscripción registral. De igual forma, si un formulario es registrado cuando debió haber sido rechazado, no tendrá efectos contra el acreedor garantizado o comprador de la garantía real mobiliaria que confió en el registro y así prestó o pagó basado en la información incorrecta²⁴².

El rechazo de un formulario registral debe ser seguido de una pronta notificación al registrante. Esta notificación contendrá la(s) razón(es) del rechazo, así como la fecha y hora en que el formulario hubiera sido registrado si la oficina de registro lo hubiera aceptado. Esta notificación no es expresamente requerida por la ley modelo pero la mejor práctica registral sugiere su adopción en la correspondiente ley o reglamento.

h) El deber de consulta adicional

De acuerdo con el principio de la publicidad funcional crea un sistema de tificación-registro cuya tarea es meramente informar a terceros que ciertos bienes del deudor están sujetos a una garantía mobiliaria. Frecuentemente el registro no agota la necesidad de información de los terceros con respecto a, por ejemplo, el monto exacto de la cantidad debida en un momento determinado por el deudor garante, o los términos y condiciones de pago, etc. En tales situaciones es deber de diligencia del tercero interesado en prestar o comprar realizar consultas adicionales en especial con el deudor deseoso de obtener más crédito de ese tercero²⁴³.

i) Duración

Aunque las versiones anteriores de la ley modelo no establecían un período de duración de la inscripción en el registro, la versión final sí la establece²⁴⁴. En aras de la armonización hemisférica, esta versión establece una duración de cinco años, similar a la de las inscripciones en los Estados Unidos²⁴⁵. Sin embargo, la tecnología registral moderna permite a los registros establecer períodos de duración basados en consideraciones transaccionales bien flexibles. Por ejemplo, los registros en la mayoría de las provincias canadienses les permiten a las partes escoger el número de años de validez de la inscripción y, en algunos casos (pagando una cantidad mayor a la normal), permiten una validez ad infinitum.

j) Costo

La ley modelo no aborda el tema de costo de registro. La mayoría de los registros latinoamericanos calculan el costo a manera de una tarifa basada en un porcentaje de la cantidad del préstamo con garantía²⁴⁶. En realidad, estas tarifas funcionan más bien como un gravoso impuesto sobre el crédito comercial y del consumidor. A la postre ellas disminuyen el uso del registro y terminan reduciendo su recaudación, ya que el éxito económico de un registro de transacciones en principio muy numerosas depende del alto volumen de inscripción, y no del alto rédito de solo parte de estas inscripciones. Como contraste, las tasas de registro en los Estados Unidos y Canadá generalmente oscilan de US\$5 a US\$25 por registro, independientemente de la cantidad prestada²⁴⁷. Considerando que los gobiernos latinoamericanos han dependido tradicionalmente de los registros para cubrir muchos de sus gastos administrativos, la transición, a pesar de ser esencial, no va a ser fácil²⁴⁸. Teniendo en mente que el alto costo de la inscripción también contribuirá con la creación de gravámenes ocultos, es recomendable que desde el momento de la adopción de la ley modelo se establezcan las más bajas tarifas de inscripción posibles²⁴⁹.

k) Amplitud

Para que la ley modelo funcione en su forma más transparente e impulse la certeza y la abundancia del crédito comercial, es esencial que su inscripción incluya a todas las garantías mobiliarias reales así como sus equivalentes funcionales²⁵⁰. En esta última categoría debe incluirse cualquier acuerdo que resulte de la separación entre los derechos de titularidad y posesión. Es bien sabido que frecuentemente no solo el acreedor, presunto propietario, sino también el deudor en posesión de los bienes intenta vender o gravar el mismo bien sin revelar los derechos reales previamente constituidos, ya sean del tipo propietario o posesorio. Los arrendamientos financieros²⁵¹, las ventas a consignación²⁵², y las cesiones de cuentas por cobrar²⁵³, son ejemplos de dichos acuerdos. Consecuentemente, aun cuando tales transacciones no se rotulen como garantías mobiliarias reales, frecuentemente lo son de hecho, y la ley modelo requiere su registro con el fin de asegurar la protección tanto de las partes como de los terceros²⁵⁴.

l) Computarización

La ley modelo propugna la creación de registros electrónicos al requerir un folio electrónico para la inscripción de los formularios registrales²⁵⁵; adicionalmente, requiere que los registros brinden a sus usuarios acceso remoto²⁵⁶. Por último, ella también permite que los usuarios tengan acceso electrónico al registro para enviar formularios de registro y conducir búsquedas y otros trámites²⁵⁷. La tecnología indudablemente desempeñará un papel central en la mejora de las operaciones del registro²⁵⁸, considerando siempre que el registro electrónico es más rápido y flexible que el basado en documentos escritos y asientos en papel²⁵⁹. Por lo tanto, desde un punto legislativo, debe asumirse que eventualmente los diversos procedimientos de inscripción serán completamente o casi completamente automatizados²⁶⁰.

Una de las primeras áreas de automatización la constituyen los formularios electrónicos, los cuales simplifican el proceso de presentación, calificación, registro, enmienda y cancelación, de modo que reducen los costos operativo²⁶¹. Un sistema electrónico de inscripción también aumenta la exactitud de los registros al facilitar la creación de modelos operativos y programas de computación, incluso para la corrección de errores²⁶². El registro computarizado promueve la uniformidad de procedimientos para todos los participantes en la red o cadena de registros y reduce las dificultades de ubicación²⁶³, ya que hace posibles las inscripciones y búsquedas en todo el país desde un solo lugar. En este sentido, la ley modelo interactúa con las reglas IAREDS, cuyo propósito es adaptar el uso de las garantías reales mobiliarias en el mundo del comercio electrónico²⁶⁴.

J. Excepciones al principio de la prioridad

Como se recordará, la ley modelo concede la prioridad a quien primero le dé publicidad funcional a su garantía mobiliaria²⁶⁵, inclusive si esta publicidad tiene lugar antes del primer desembolso²⁶⁶. No obstante, existen excepciones a este principio de prioridad que conviene recalcar.

1. Excepción del comprador en el curso ordinario de los negocios

Al proteger al comprador de bienes en el curso ordinario del negocio del vendedor, la ley modelo le permite al comprador adquirir sin riesgo de estar sujeto a la ejecución de ningún gravamen²⁶⁷. Esta regla se aplica aun cuando se le ha dado la debida publicidad a la garantía real o si se prueba que el comprador conocía la existencia del derecho de garantía real²⁶⁸. Sin embargo, para gozar de la protección de la ley modelo, el comprador de buena fe debe cumplir dos condiciones. La primera que, en relación con su compra, pague un precio razonable o proporcione un valor nuevo; es decir, no pague por el bien mediante la condonación de una deuda preexistente o con una dación en pago²⁶⁹. La segunda condición es que el bien se haya adquirido de un vendedor cuyo negocio consista en vender el mismo tipo de bien adquirido por el tercero; v.g., una joya debe haber sido adquirida de un joyero y no de un vendedor de automóviles ²⁷⁰.

2. Excepción de la garantía de adquisición

Los acreedores que hayan financiado la adquisición de bienes específicos, como se explicó anteriormente, tienen prioridad sobre acreedores garantizados anteriores²⁷¹. Una garantía de adquisición le ofrece al acreedor garantizado prioridad ante aquellos cuya adquisición fue financiada respecto a acreedores con garantías inscritas anteriormente sobre el mismo tipo de bien, pero sin garantía de adquisición o en forma generalizada. Así, quien financia la adquisición por una galería de arte de un cuadro del gran pintor costarricense Rafa Fernández adquiere prioridad sobre ese cuadro y sus bienes atribuibles, en contra de

los gravámenes constituidos previamente sobre el inventario de la misma galería, a pesar de haber sido previamente registrados²⁷². Se recordará que a los efectos de evitar el debilitamiento del principio de la publicidad funcional, la ley modelo requiere que los acreedores prioritarios hagan referencia al carácter especial de esta garantía en el formulario registral²⁷³, y al mismo tiempo limita la prioridad a los bienes muebles específicos adquiridos con los fondos designados para ello²⁷⁴. Además, el acreedor prioritario debe notificarles a los acreedores anteriores que él tiene o espera adquirir anterioridad en los bienes designados²⁷⁵; en el caso de bienes de inventario (como en el ejemplo del cuadro de Rafa Fernández en una galería), la ley modelo limita el alcance de los bienes atribuibles al efectivo obtenido con la venta del cuadro de Fernández²⁷⁶.

3. Acuerdos de subordinación

La ley modelo le permite a un acreedor garantizado renunciar a su prioridad al subordinarla al gravamen de otro acreedor garantizado²⁷⁷; acuerdo que debe ser por escrito²⁷⁸. Sin embargo, un acuerdo de subordinación no puede afectar los derechos de terceros que hayan comprado o prestado con base en lo registrado antes o después del acuerdo de subordinación²⁷⁹.

4. Excepción de los inmuebles por incorporación o destino

La ley modelo le da prioridad a la garantía mobiliaria sobre inmuebles por incorporación o destino en contra de la hipoteca sobre bienes inmuebles que también cubra a los bienes adheridos al inmueble, si estos no han perdido su identidad de bienes muebles, aunque la hipoteca inmobiliaria haya sido registrada de manera previa a la garantía mobiliaria²⁸⁰. Esta prioridad de gran aporte a la industria de la construcción por facilitar la financiación de inmuebles por incorporación o destino requiere que el acreedor garantizado con estos bienes registre su derecho de garantía real antes de que el deudor garante adhiera los bienes al inmueble²⁸¹.

5. Otras reglas de prioridad

Otras reglas de prioridad que deben tenerse en mente con respecto a la ejecución de la garantía mobiliaria recaen sobre títulos representativos. Quien tenga un gravamen sobre dicho título tiene prioridad en relación con la garantía mobiliaria sobre el bien o bienes cubiertos por dicho título²⁸². Por otra parte, el tenedor legítimo de un recibo negociable de almacén general de depósito que cubre el depósito de ajonjolí, pignora al recibo del almacén con el Banco Maurice y también lo pignora con el Banco Cosmo. Para que el Banco Maurice triunfe sobre el Banco Cosmo, debe registrar su garantía mobiliaria a continuación de haber recibido el título representativo, y no es suficiente que descansa en la publicidad derivada de su posesión del recibo²⁸³.

En contraste, la ley modelo establece que el acreedor garantizado que reciba efectivo o un título de crédito negociable y endosado o al portador, para garantizar el cumplimiento de una obligación, adquiere tanto el dinero como los títulos libres de cualquier derecho de garantía real preexistente, siempre y cuando los hubiese adquirido en el curso ordinario de los negocios²⁸⁴. Por último, ella establece que un acreedor garantizado sobre el producto de un crédito documentario tiene prioridad contra otros acreedores del beneficiario-cedente desde el momento en que recibió la notificación del banco pagador que acepta pagar el producto al cesionario del mismo²⁸⁵. Esta prioridad se aplica sin importar el momento de la publicidad obtenido por otro acreedor garantizado que no recibió dicha aceptación o que lo recibió en una fecha posterior²⁸⁶.

K. Ejecución de la garantía mobiliaria real

Los bienes muebles dados en garantía poseen valor de mercado para el acreedor, solamente si pueden ser repositados, embargados y vendidos rápida, fácilmente y a buen precio²⁸⁷. Los procedimientos de ejecución sobre garantías vigentes en Latinoamérica y el Caribe han sido inspirados en gran parte por el derecho de garantías inmobiliarias, cuyo valor de mercado por lo general se mantiene estable o sube con el transcurso del tiempo, y por ello no es afectado por la larga duración de los procedimientos de ejecución. A diferencia de los bienes inmuebles, los bienes muebles se deprecian rápidamente y pueden ser sustraídos fácilmente de la jurisdicción de ejecución. Consecuentemente, una vez que los deudores incumplan su obligación de reintegro, los acreedores garantizados con bienes muebles deben tener el derecho de repositar, embargar y vender los bienes en la forma más pronta y rentable posible²⁸⁸.

Sin haber atraído tanta atención y dudas sobre su constitucionalidad, estas medidas extrajudiciales han sido otorgadas a varios acreedores tanto por el derecho romano previo a Constantino y su prohibición del pacto comisorio, emulada por los códigos civiles y de comercio del siglo XIX de procedencia francesa e hispánica. Entre estos acreedores se encuentran aquellos cuyas demandas son líquidas, están en posesión de fondos del deudor y así tienen derecho a compensar sus deudas contra sus créditos sin tener que acudir a los tribunales. Este es el caso de la llamada compensación del derecho bancario. Algunas jurisdicciones como México han respondido a la velocidad vertiginosa de las transacciones bursátiles con la llamada caución bursátil la cual le permite al intermediario en posesión de títulos valores o bonos disponer de ellos extrajudicialmente. Durante la reunión en Miami del Grupo de Expertos, además se puso de manifiesto que otras medidas de recuperación y disposición de los bienes dados en garantía también se están usando en Brasil, Chile y Colombia.

La ley modelo establece un procedimiento novedoso que combina la necesidad de celeridad procesal con la observancia de estándares básicos de protección constitucional. Este procedimiento comienza con el requerimiento formal de pago del acreedor garantizado antes de que pueda ocurrir cualquier acción de ejecución²⁸⁹. El requerimiento formal debe ocurrir ante un notario, corredor público o funcionario judicial²⁹⁰. La ley modelo también requiere el registro de un formulario de ejecución en el registro²⁹¹. El acreedor garantizado debe entregar una copia de este formulario al deudor garante con el fin de comenzar procedimientos de ejecución²⁹².

La acción de ejecución empieza una vez que el acreedor requiere el pago y entrega una copia del formulario de ejecución al deudor. El deudor garante tiene tres días después del recibo de la notificación de la ejecución para objetar a los procedimientos de ejecución²⁹³. Dicha objeción tiene una base única: la prueba fehaciente (ante juez o notario) de que el deudor ha hecho el pago total de la cantidad adeudada²⁹⁴. No se admite ninguna otra excepción o defensa en este punto del proceso de ejecución²⁹⁵. Además, y en forma alternativa, el artículo 62 de la ley modelo se inspira en el derecho alemán y les permite a las partes determinar convencionalmente sus propias reglas de ejecución incluyendo la reposición extrajudicial de los bienes dados en garantía.

1. Reposición judicial de los bienes dados en garantía

Para efectos de lograr la más rápida ejecución posible²⁹⁶, la ley modelo le permite a un acreedor garantizado que embargue los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento. Al momento de finalizar el período de tres días después de la entrega del formulario de registro al deudor garante, el acreedor puede solicitarle al juez que dicte una orden de desposesión de los

bienes dados en garantía²⁹⁷. Esta solicitud solo recae en garantías mobiliarias sobre bienes corpóreos²⁹⁸. En contraste con la objeción permitida contra la notificación inicial de la ejecución, la subsiguiente orden de desposesión se dicta sin necesidad de audiencia para el deudor²⁹⁹. El deudor debe presentar su excepción y objeción a través de una acción judicial independiente, de acuerdo con el derecho procesal local³⁰⁰. Sin embargo, dicha acción judicial será una especie de apelación a un solo efecto y no evitará que el acreedor garantizado ejercite sus derechos de ejecución contra la garantía adicional. El deudor garante o cualquier tercero interesado tiene el derecho de terminar la acción de ejecución y pagar la cantidad adeudada junto con los costos de ejecución razonables³⁰¹. La ley modelo permite la terminación de la ejecución por medio de la novación del contrato de garantía al pagar los adeudos atrasados junto con los costos de ejecución³⁰². Sin embargo, este derecho de novación solo está disponible para obligaciones con garantías pagaderas a plazos, y cuando el deudor repare cualquier otra causa de incumplimiento³⁰³.

2. Disposición de los bienes dados en garantía

La ley modelo le ofrece discreción al acreedor garantizado con respecto a la disposición de la garantía. Dados los altos costos y retrasos que acompañan al procedimiento judicial de remate y venta, el acreedor puede disponer de los bienes dados en garantía por venta privada, si dicha venta (u otra enajenación) se hace en una forma comercialmente razonable³⁰⁴. Debe recordarse que el artículo 62 de la ley modelo les permite a las partes acordar, en cualquier momento, sobre un procedimiento convencional para la reposición y disposición de la garantía. Si el procedimiento elegido es el judicial, una vez que el acreedor garantizado ha iniciado las acciones de ejecución y ha obtenido la posesión de la garantía, el acreedor puede solicitar la disposición de la garantía en la siguiente manera: los bienes pueden ser vendidos a precios de mercado cuando la garantía consiste en bienes muebles susceptibles de ser vendidos a precios de mercado en el estado, provincia o distrito en el cual ocurre la ejecución³⁰⁵. Ejemplos de tales bienes son los productos de primera necesidad que sean parte del inventario de un almacén de víveres o los muebles del inventario de una mueblería.

Si la garantía consiste en cuentas por cobrar o pagarés, la ley modelo le permite a un acreedor garantizado cobrar fondos adeudados, sin la intervención de la corte, al simplemente notificarle al obligado el requerimiento de pago³⁰⁶. Para proteger a los deudores de las cuentas, la ley modelo les brinda la oportunidad de objetar el pago de las mismas, incluyendo las excepciones contra el deudor garante y sus compensaciones y reconveniciones³⁰⁷.

Cuando los bienes dados en garantía consisten en acciones u otros títulos valores, la ley modelo le permite al acreedor garantizado ejercitar los derechos del deudor garante respecto de estos títulos³⁰⁸, incluyendo los derechos de tanto o adquisición preferente, redención, retiro, voto y cobro de dividendos u otros ingresos derivados de la tenencia de esos títulos³⁰⁹.

La ley modelo le permite al acreedor garantizado disponer de los bienes dados en garantía por venta privada o subasta pública³¹⁰. En el caso de venta privada, se requiere una valoración fidedigna de la garantía antes de que ocurra la venta³¹¹, y la venta debe producir el precio de dicha valoración³¹². El acreedor garantizado puede también elegir vender los bienes dados en garantía en una subasta pública³¹³. La subasta venderá los bienes al mejor postor sin una oferta mínima y deberá anunciarse en dos medios de mayor circulación al menos cinco días antes de que la subasta ocurra³¹⁴.

El producto de la disposición de los bienes se aplicará en primer lugar a los costos de ejecución³¹⁵. En segundo lugar, el producto se aplicará al pago de los impuestos que graven la ejecución de la garantía real, si existen³¹⁶. En tercer lugar, el producto se aplicará al pago de la cantidad aun debida en la obligación con garantía³¹⁷; después del pago completo al acreedor garantizado, la cantidad restante se aplicará al pago de otras obligaciones con garantía real en el orden de sus prioridades³¹⁸. Por último, el remanente será retornado al deudor garante³¹⁹.

La ley modelo también incluye una regla con respecto a la deficiencia en el cobro de la cantidad debida. De existir tal deficiencia el acreedor garantizado tiene el derecho a pago de cualquier saldo no cubierto por el producto de la disposición³²⁰.

Es importante subrayar que el rechazo del derecho al cobro de la deficiencia trajo como consecuencia de la reciente renuencia de los bancos y otros prestamistas a prestar en algunos países como México.

3. Características especiales de la ejecución

A manera de resumen parcial debe llamarse la atención sobre ciertas características de la ejecución de la garantía en la ley modelo. Tomando en cuenta los retrasos causados por los múltiples recursos de apelación y revisión, muchos de los cuales conllevan un efecto suspensivo, la ley modelo provee que las apelaciones o recursos no suspenderán los procedimientos de ejecución³²¹. Considerando las modernas tendencias de legislaciones europeas y norteamericanas, la ley modelo les permite a las partes acordar sobre los términos de la desposesión o entrega de los bienes al acreedor garantizado, y también sobre los términos de la venta o subasta u otra disposición³²². Este acuerdo puede concluirse antes o durante el procedimiento de ejecución³²³. Sin embargo, cualquier acuerdo de este tipo no puede afectar los derechos de terceros, lo que incluye a los acreedores con garantías reales mobiliarias de rango inferior³²⁴.

La ley modelo le facilita al deudor garante demandar los daños y perjuicios causados por el acreedor garantizado que abusó de sus derechos de cobro en el ejercicio de cualesquiera de los procedimientos de ejecución³²⁵. Esta ley también les permite a los acreedores subsiguientes acordar con los anteriores la subordinación de los derechos de estos últimos³²⁶. Además, les concede a los acreedores la garantía mobiliaria, el derecho a suspender las ventas o transferencias de bienes en el curso ordinario de los negocios del deudor garante, desde el momento en que este deudor recibe notificación del comienzo de los procedimientos de ejecución³²⁷. Esta suspensión continúa hasta la finalización de los procedimientos de ejecución, a menos que el acreedor garantizado apruebe lo contrario³²⁸. Por último, establece que cualquier controversia que surja de la interpretación y cumplimiento de un derecho de garantía mobiliaria puede ser sometida a arbitraje³²⁹.

L. Conflictos de leyes

La ley modelo regula su aplicación territorial cuando los derechos de garantía real tienen contactos con el derecho de más de un estado adoptante. En relación con las garantías reales mobiliarias sobre bienes corporales, la ley modelo establece que la ley del estado donde se localizan los bienes al momento en que se crea el derecho de garantía real gobierna la validez, publicidad y prioridad de la garantía³³⁰. Cuando la garantía es movida de su localización original, esta ley establece que la ley del estado de su nueva ubicación regulará la publicidad y la prioridad del derecho de garantía real en relación con los acreedores sin garantía y a terceros que adquieran derechos en la garantía después de la reubicación³³¹. Sin embargo, cuando los bienes muebles corporales sean movidos de un estado a otro, la ley modelo les da a los acreedores garantizados

En la ubicación original un período de 90 días para registrar su garantía real en el nuevo estado, y así mantener su original prioridad³³².

Respecto de los derechos de garantía real no posesorios sobre bienes incorpóreos o intangibles, así como también en relación con bienes corpóreos destinados a ser alquilados y transportados, la ley modelo provee que la ley del estado donde se domicilia el deudor garante en el momento en que se creó el derecho de garantía real gobierna la validez, publicidad y prioridad del derecho de garantía real³³³. Si el deudor garante cambia su domicilio, la ley del nuevo domicilio regula los asuntos relacionados a la publicidad y prioridad del derecho de garantía real contra los acreedores sin garantía y terceras personas que adquieran derechos sobre los bienes dados en garantía después de su registro³³⁴. Como el caso de las garantías sobre bienes corporales, la prioridad del derecho de garantía real adquirido, bajo la ley de la ubicación previa del deudor con garantía real, se preserva si el derecho anteriormente adquirido se registra de acuerdo con la ley del estado de la nueva ubicación del deudor dentro de los 90 días después de ocurrida la misma³³⁵.

Por último, la perfección y prioridad de garantías mobiliarias no posesorias sobre títulos representativos negociables, tales como conocimientos o guías de embarque o recibos de almacenes de depósito es gobernada por la ley del estado donde la garantía se inscribe. Sin embargo, la ley que gobierna la publicidad y prioridad de los derechos sobre los bienes cubiertos por los títulos antes mencionados es la ley de la ubicación de tales bienes, y en caso de un conflicto entre esta ley y la de la creación de la garantía sobre los títulos prevalecerá la ley de la ubicación de los bienes³³⁶. La justificación de estas últimas reglas de conflicto se halla en las expectativas razonables de los terceros potenciales compradores o acreedores respecto a la ley aplicable al estatus de los bienes corporales. Los terceros generalmente asumen que los bienes corporales dados en garantía están sujetos a la ley de su ubicación.

V. Conclusiones

La escasez y el alto costo del crédito comercial se cuentan entre los problemas económicos más significativos que enfrentan América Latina y el Caribe. De hecho, muchos de estos países y sus deudores solventes tienen que recurrir a garantías mobiliarias contemporáneas cuando intentan obtener crédito en el mercado internacional. Es más, como se estableció en la introducción de este estudio, la posibilidad de obtener préstamos por parte de los bancos centrales de América Latina y el Caribe, así como la de sus bancos miembros, está sujeta a reglas supranacionales sobre la adecuación de su capital y la transparencia en la clasificación de sus préstamos que requieren una dependencia directa de la garantía autoliquidadora propugnada por la ley modelo. Al aprobar esta ley, la Organización de Estados Americanos ha tomado el liderazgo de la reforma del sistema jurídico del hemisferio, y ha sentado las bases para un mercado de crédito comercial hemisférico anclado en la red de registros electrónicos dotados de publicidad funcional.

Esta ley modelo no es una traducción del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code) de los Estados Unidos o de las leyes canadienses sobre la Garantía de Propiedad Personal (Canadian Personal Property Security Acts). Más bien, es un puente cuidadosamente construido entre instituciones de efectividad probada tanto en los sistemas jurídicos romanistas como en el common law. Su concepto central de garantía mobiliaria como un derecho posesorio (no de dominio) preferente está inspirado en el análisis de los elementos de la posesión y de las acciones posesorias de Rudolf von Jhering. Igual sucedió con lo referente a la publicidad funcional; su apertura y amplitud respecto de los bienes dados en garantía y a sus garantías reales están inspiradas en las prácticas financieras y jurídicas del mercado norteamericano. Sus procedimientos de ejecución reflejan tanto la jurisprudencia y doctrina alemana como el pensamiento agudo y vivaz de los distinguidos juristas latinoamericanos que las redactaron con vista al balance equitativo entre los derechos de los acreedores y deudores.

La ley modelo no pretende brindar respuestas a todos los problemas presentes y futuros previsible del derecho de garantías mobiliarias en Latinoamérica y el Caribe. No es ajena al consejo inmortal de Portalis (uno de los redactores principales del código civil francés): Seamos modestos, no pretendamos preverlo y resolverlo todo. De hecho, la meta principal de la ley modelo es servir como ley habilitadora que haga posibles los préstamos con garantía mobiliaria en el mayor número de transacciones. Como ley habilitadora también debe ser educacional; debe enseñar los nuevos conceptos en la medida en que los prescribe. Esto explicará el tono didáctico ocasional de algunas de sus disposiciones y el hecho de que muchas reglas giran en torno a los tipos de garantía real mobiliaria más deseables y subutilizadas en América Latina y el Caribe, tal y como lo reveló la investigación previa desarrollada por el NLCIFT. Los autores del presente estudio están convencidos que gracias a este esfuerzo pionero de la OEA, América Latina y el Caribe están al borde de una reforma significativa de sus leyes de garantías mobiliarias reales y de un confiable y abundante acceso al crédito comercial con tasas razonables de interés, especialmente por parte de sus pequeños y medianos comerciantes.

* Boris Kozolchik dedica este estudio a su amigo y mentor Dr. Oscar Salas Marrero, eminente especialista en materia de derechos reales y registral quien con su trayectoria humana y científica inspiró mucha de la labor reflejada en este estudio. Los autores expresan su gratitud a los siguientes expertos y funcionarios gubernamentales que dedicaron mucho tiempo y esfuerzo a la ley modelo de la OEA. El profesor Ronald Cuming de la Universidad de Saskatchewan, uno de los expertos mundiales en ley de transacciones con garantía, director del estudio que hizo la redacción posible. Profesor Todd Nelson, abogado con gran experiencia en transacciones con garantía y el primer coordinador del proyecto de ley de transacciones con garantía del Centro Nacional del Derecho del Libre Comercio Interamericano (National Law Center for Inter-American Free Trade) (en lo sucesivo, NLCIFT, por sus siglas en inglés). El Profesor Todd Nelson es actualmente profesor de derecho del Instituto Tecnológico de Monterrey. El Lic. Francisco Ciscomani, anteriormente del Ministerio de Economía de México y actualmente de la Comisión Regulatoria Federal de México, quien fue parte del primer equipo de redacción de la propia ley de transacciones con garantía de México, la cual culminó en el llamado documento de la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (SECOFI) de 1999. Este documento sirvió como base para la ley Mexicana del 23 de mayo del 2000, que desafortunadamente alteró algunas de las mejores características del documento de SECOFI previo a su promulgación. El documento de SECOFI había sido precedido por un primer esfuerzo muy fino por parte de la Asociación Mexicana de Notarios, dirigida por los Lic. Adrián Iturbide, Miguel Alessio Robles y Javier Arce Gargollo. En este esfuerzo y en el contacto con los notarios colaboraron efectiva y desinteresadamente el Lic. José Roldán Xopa, en la actualidad profesor del ITAM y el Dr. Octavio Rivera Farber, presidente de la Asociación del Notariado de Sinaloa, Mexico. Posteriormente, al contacto con la Asociación de Notarios de México, John Wilson, uno de los autores, trabajó de cerca con un equipo de consultores legales del Ministerio de Relaciones Exteriores de México para desarrollar un documento conjunto (México y Estados Unidos) para ser presentado a la OEA por los dos países. Este equipo estaba formado por distinguidos eruditos y profesionales, entre ellos, los Lic. Alejandro Ogarrío, Leonel Pereznieto, Jorge Sánchez de Cordero, José Luis Siqueiros, así como Funcionarios del Ministerio del Exterior, María Isabel Garza, Reyna Martínez y Eli Rodríguez. Además, el Lic. Hugo Ricardo De La Rosa, del Ministerio de Economía de México, ha contribuido a la creación de un sistema de registro electrónico y centralizado, que establece un precedente para que otros países adopten las disposiciones de registro de la ley modelo. Entre los asesores internacionales participaron los siguientes expertos: profesores William Boyd de la Universidad de Arizona; James E. Rogers College of Law; Ulrich Drobnig del Max Planck Institute, Hamburgo, Alemania; Louis Del Duca de la

Dickinson School of Law; Alejandro Garro de la Columbia University School of Law; Lynn Lopucki de Cornell Law School; y Dale Furnish de Arizona State University School of Law; Lic. José Astigarraga de Astigarraga, Davis; Lic. Edwin Smith de Bingham, Dana and Gould; Lic. Harry Sigman, y el Lic. Everett Wohlers de NIC-Conquest. Asimismo se agradece por las muchas buenas sugerencias a la profesora Catherine Walsh de McGill University en Montreal y Louis Payette, asesor del Departamento de Justicia Canadiense, miembros primero del Grupo de Expertos de Canadá y posteriormente delegados canadienses de CIDIP-VI. El NLCIFT, a su vez, está profundamente agradecido con Harold Burman, Jeffrey Kovar y Mary Helen Carlson del Departamento de Asesoría Legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos por su generosa ayuda en el proceso de CIDIP-VI de la OEA. Además, todos los participantes en el proceso de discusión y redacción están muy agradecidos con el Dr. Enrique Lagos de la OEA por su ayuda durante las deliberaciones formales de los delegados y el grupo de redacción en la OEA, especialmente por haber sugerido una fórmula de compromiso sobre el alcance de la ley modelo. Se debe, además, expresar el reconocimiento al Dr. Ronald Herbert de la delegación uruguaya y Jefe del Comité de Redacción, sin cuya intervención la versión final de la ley modelo no hubiera sido posible. El liderazgo del Dr. Herbert a la cabeza de un esforzado equipo de redactores que trabajaron durante varios días y noches, compuesto por Catherine Walsh, Louis Payette, Eduardo Vescovi, Dale Furnish, Diego Fernández Arroyo, Daniela Vargas, Jan Kleinheisterkamp, José Palli, Geraldo Faco Vidigal y los autores hizo posible la creación de un documento final que reflejó fielmente las discusiones de cada día. Los autores también reconocen con gratitud la asistencia editorial dedicada de Billie Kozolchyk, María Alejandra Rodríguez y Kevin O'Shea. Por último, los autores le agradecen al Dr. Herbert Kronke, Secretario General de UNIDROIT, y a la Sra. Frederique Mestre de la Uniform Law Review, por su apoyo y por suministrar un foro en el cual discutir este importante desarrollo en el campo creciente de la reforma a las transacciones con garantía.

1 Departamento De Estudios E Pesquisa, Banco Central Do Brasil, Juros E Spread Bancário no Brasil (1999) (en adelante el Estudio BCB).

2 La dependencia de los préstamos comerciales extendidos a comerciantes minoristas o al por mayor auto liquidadores, se debió a las políticas crediticias del Bank of England. Esta fue descrita en los siguientes extractos de Nicholas Barbon, a Discourse of Trade (1690), reimpreso en Money and Banking in England, B.L., p. 132 (Andersen & P.L. Cottrell ed., 1974):

Hay dos tipos de crédito; el que se basa en la habilidad del comprador y el que se basa en su honestidad: El primero... implica un hombre capaz; quien por lo general compra a corto plazo para pagar en un mes, lo que se reconoce como de contado, y el precio se determina de inmediato. El otro es conocido como el préstamo al hombre honesto; puede ser pobre; generalmente compra a tres o seis meses o más, con el fin de pagarle al comerciante con las ganancias de sus propios bienes...La mayoría de los comerciantes minoristas compran con este tipo de crédito y son por lo general depositarios de confianza en un porcentaje más del doble de lo que valen.

Para un análisis contemporáneo de la atracción del documento autoliquidador para banqueros centrales y especialmente para el Bank of England, refiérase a R.S. Sayers, Modern Banking 182-87 (7d., 1967). Para un antecedente histórico y comparativo, refiérase a Boris Kozolchyk, The Transfer of Personal Property by a Non-Owner: Its Future in Light of its Past, 61 Tulane L. Rev. 1490-1499 (1987) (en adelante llamado Kozolchyk, Transfer).

3 Refiérase a art. 2502 et seq. del Código Civil argentino. Artículo 2502: Los derechos in rem pueden solo crearse por ley. Artículo 2503: Los siguientes son los derechos in rem: 1. Dominio y condominio; 2. Usufructo; 3. Uso y habitación; 4. Servidumbre; 5. Hipoteca; 6. Prenda; 7. Anticresis; 8. Área forestal. Artículo 2505: La adquisición o transmisión o derechos in rem en bienes inmuebles, se considerará perfeccionada por la inscripción de los títulos respectivos en los registros de bienes raíces de la jurisdicción correspondiente. Dichas adquisiciones o transmisiones no son válidas ante terceros hasta que estén registradas. En:

<<< http://www.derechoargentino.com.ar/codigo_civil.htm>>>

(accesado el 14 de junio, 2002) . Se puede encontrar un texto similar en el art. 732 de Código Civil chileno: Artículo 732. El dominio (definido en el Artículo 582 como propiedad) puede limitarse en varias formas: Por gravamen del usufructo, uso o habitación, al cual una persona tiene derecho sobre las cosas que pertenecen a otro; y por las servidumbres. En:

<<< <http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil2.html>>>>

(accedido el 14 de junio, 2002). Otros Códigos Civiles como el C.C.F. Mexicano

<<< <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/2/>>>>

(CCF), el código civil venezolano

(en <<http://fpantin.tripod.com/index-24.html>>)

(CCV) y el código civil boliviano (en:

<<< <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/ley11.HTM>>>>)

(CCB) no enumeran específicamente los derechos in rem tan claramente como el código argentino, pero incluyen varios artículos que esbozan los derechos limitados in rem que pueden crearse sobre los bienes inmuebles e incluyen una lista detallada de los documentos propiciadores de derechos in rem que deben ser registrados para ser aplicables. Por ejemplo, refiérase a: (i) C.C.F. arts. 980-1048 (usufructo), 1049-1056 (uso y habitación), 1057-1134 (servidumbres); (ii) CCB arts. 216-249 (usufructo), 250-254 (uso y habitación) y 225-290 (servidumbres); y (iii) CCV arts. 582-623 (usufructo), 624-631 (uso y habitación), 632-643 (habitación), 644-758 (servidumbres).

4 Refiérase a, Boris Kozolchyk, What to do About Mexico's Antiquated Secured Financing Law, 12 Ariz. J. Int. & Comp. L. 523 (1995); refiérase también a: Boris Kozolchyk, The Basis for the Proposed Legislation to Modernize Secured Financing in Mexico, U.S.-Mex. L.J. (1997).

5 UCC § 1-201(37), UCC § 9-109 (todas las referencias a UCC §9 son al artículo 9 revisado, 2000 Revisión).

6 Id. § 9-102(a)(44) & comentario oficial UCC § 9-102(4)(a).

7 In re C.C. & Co., Inc., 86 B.R. 485, Bkrtcy. E.D. Va. (1988).

8 UCC § 9-204.

9 Id. § 9-108.

10 Id. § 9-205.

11 Walsingham's Case (1579) 2 Plowd. 547, 555, 75 E.R. 805, 817 (Exch.) citado en Law Reform Commission of British Columbia, Report on Co-ownership of Land (1988), en

<< www.bcli.org/pages/publications/lrcreports/reports/html/lrc100endonotes.html>

<< <http://www.bcli.org/pages/publications/lrcreports/reports/html/lrc100endonotes.html>>>>

(accedido el 10 de junio, 2002, en archivo con autor).

12 Véase a J.A.C. Thomas, Textbook of Roman Law, 206 (North-Holland Publishing Company) (1976): ...el legado fue la fuente original y más común de estos derechos pero podrían también entrar en existencia por *cessio in iure*, *deductio* en una *mancipatio* o *adiudicatio* en una acción divisoria... en el último imperio el paterfamilias tenía un usufructo sobre propiedad dada a los miembros de la familia... Típico de las características personales de estas iura era que estos derechos se extinguían no solo con su duración especificada, sino también con la muerte o *capitis diminutio* del titular...

13 Refiérase a Friedrich Karl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Westport, Conn. Hyperion Press (1848) Erskine Perry trans., reimpresso S. Sweet, London (1979).

14 Refiérase a Rudolph von Jhering, *Über den Grund des Besitzeschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz* (1869); reimpresso Aalen Scientia (1968).

15 Véase a J.A.C. Thomas, supra nota 12 at 140: Para Savigny el, *animus* era la intención de retener la cosa como propia, i.e., el *animus domini*: en su opinión, el hombre que tenía control de una cosa de facto con la intención de ejercer ese control para sí mismo era legalmente su poseedor y se le otorgarían los interdictos posesorios. Esta teoría, acuerda con la mayoría de los casos de posesión...pero no explica la posesión del precario *tenens*, *sequester*, acreedor de la prenda y del *emphyteuta*... (La opinión de Jhering era)... que la posesión era en sí la manifestación externa de la titularidad pero... el *animus* era meramente un reflejo de las múltiples situaciones de hecho en las que se protegía a los poseedores que no poseían como dueños... (paréntesis y énfasis agregados).

16 Refiérase a Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property* 66-68, Vol. I. (Boston, Little, Brown) (1965).

17 Refiérase a: Arg. Cod. Civ. art. 2505, supra nota 3, C.C.F. art. 3042 et. seq. y CCV. art. 1920 et. seq.

18 Refiérase a: UCC § 2A-306; UCC § 7-209(1)

19 Id. § 9-109(d)(2).

20 Id. § 9-501 et. seq.

21 Refiérase a la infra Sección IV (F).

22 Refiérase a, Kozolchyk, *Transfer*, supra nota 2, p.1459, refiérase también a Boris Kozolchyk, Comentarios introductorios como Presidente de la Reunión del Grupo de Expertos de OEA-CIDIP-VI, Transcripción de la Conferencia en, 18 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 342, 3 (2001) (en lo sucesivo referida como Reunión de Expertos OEA-CIDIP-VI).

23 Refiérase a <<<<http://www.grundbuch.de/>>>>.

24 Reunión OEA-CIDIP-VI, supra nota 22 p. 7.

25 Boris Kozolchyk, *Fairness in Anglo and Latin American Commercial Adjudication*, 2 B.C. Int'l. & Comp. L. Rev. 219, 233, 235, 248 (1979).

26 Refiérase a UCC § 9-306.

27 Const. Constantine de 324 & Justiniano 3rd Const. Cod. 7, 54. Este pacto fue prescrito durante el reinado de Constantino en 326 A.D. de la siguiente forma: Puesto que entre otras prácticas capciosas la discordancia de la disposición para decomiso (*lex commissoria*) está creciendo especialmente, es nuestro deseo que esta disposición sea invalidada... De *Commissoria Rescindenda*, Constantine Augustus ene. 31, 326, citado y traducido por Pharr, *El Código Teodosiano* 65 (1952). El *pactum* fue usado de nuevo durante la Edad Media como un método de asegurar el pago de intereses para préstamos al transferir al acreedor un objeto de mayor valor que la cantidad prestada. Sobre la interacción entre usura y la invalidación del *pactum commissorium*, refiérase también a, Boris Kozolchyk, *Law and the Credit Structure in Latin America*, 7 Va. J. Int'l L., 10, 11 (1967).

28 Id.

29 Refiérase a, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema Federal de Alemania (BGH, VIII ZR 322/99 del 15 de noviembre 2000) donde el Bundesgerichtshof apoya la apropiación del acreedor de un derecho de garantía real sin la intervención de las cortes. Se trataba de un préstamo hecho por una cervecería a los propietarios de un restaurante-bar. En retorno, ellos prometían comprar exclusivamente la cerveza de la cervecería. Parte del equipo del bar fue transferido como hipoteca mobiliaria a la cervecería. Más adelante la cervecería rescindió el contrato de préstamo y demandó a los propietarios por una cantidad de aproximadamente 77,000.00 marcos alemanes. Después, la cervecería ejecutó extrajudicialmente la hipoteca mobiliaria en la cantidad de 11,500.00 marcos alemanes y redujo la demanda a 65,500.00 marcos alemanes. La Corte sostuvo que el acreedor estaba justificado en actuar como lo hizo. Los autores están en deuda con la Lic. Susan Butler de LLM por el resumen y traducción de esta decisión.

30 Estudio BCB, supra nota 1.

31 The World Bank Group, *Secured Transactions: The Power of Collateral*, (1996) en

<< www.worldbank.org/fandd/english/0696/articles/0150696.htm>

<< <http://www.worldbank.org/fandd/english/>

[0696/articles/0150696.htm](http://www.worldbank.org/fandd/english/0696/articles/0150696.htm)>>>

(accedido el 11 de junio, 2002, en archivo con autor). Refiérase también a The World Bank Group, *México Country Brief*, (2000)

< <http://inweb18.worldbank.org/External/lac/lac.nsf/>

[d5c7ea5f4536e705852567d6006b50ff/b32b6c2eebdcbb8f852567ea0006a0ca](http://inweb18.worldbank.org/External/lac/lac.nsf/d5c7ea5f4536e705852567d6006b50ff/b32b6c2eebdcbb8f852567ea0006a0ca)

>>>

<< <http://inweb18.worldbank.org/External/lac/lac.nsf/>

[d5c7ea5f4536e705852567d6006b50ff/](http://inweb18.worldbank.org/External/lac/lac.nsf/d5c7ea5f4536e705852567d6006b50ff/)

[b32b6c2eebdcbb8f852567ea0006a0ca?OpenDocument](http://inweb18.worldbank.org/External/lac/lac.nsf/b32b6c2eebdcbb8f852567ea0006a0ca?OpenDocument)>>>

(accedido el 11 de junio, 2002, en archivo con autor).

32 Refiérase a Der. Arg. 9644, publicado en el Boletín Oficial del 20 de Nov., 1914, en:

<< <http://www.secretariojuridicp.com.ar/leyes/leyscom/9644.com.htm>>

<< <http://www.secretariojuridicp.com.ar/leyes/leyscom/9644.com.htm>>>

(accedido el 10 de junio, 2002, en archivo con autor).

33 Este estudio está disponible en la base de datos del National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT) en:

<< <http://www.natlaw.com>>>

<< <http://www.natlaw.com/>>>.

34 Boris Kozolchyk, et. al., Harmonization of the Secured Financing laws of the NAFTA partners: Focus on México, National Law Center for Inter-American Free Trade (1998).

35 Toward a Theory, supra nota 35, pp. 721-733, y especialmente nota 183.

36 La ley modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA) revisada por el Comité de Estilo (en adelante llamada ley modelo), aquí adjunta como anexo 1.

37 Además de la OEA, las N.U. recientemente adoptaron una Convención sobre la Cesión de Cuentas por Cobrar en el Comercio Internacional,

A/CN.9/WG.II/WP.104 (Dec. 2001), texto disponible en

<< <http://www.uncitral.org/stable/res5681-e.pdf>>

<< <http://www.uncitral.org/>>>

(en adelante la Convención de las N.U.); el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT) recientemente adoptó un protocolo sobre Convención de Garantías Reales sobre Equipo Móvil bajo auspicio conjunto con la Organización Internacional de Aviación Civil, en Cape Town (en adelante Convención de Cape Town) (29 oct. al 16 nov. 2001), texto disponible en:

<<<[http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/](http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/conference2001/finalact.pdf)

[conference2001/finalact.pdf](http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/conference2001/finalact.pdf)>>>;

y la Conferencia de Hague sobre Derecho Privado Internacional está trabajando en una Convención sobre la Ley Aplicable a Garantías Reales sobre Títulos Valores en manos de Intermediarios (Abr. 2002), texto preliminar disponible en:

<<< ftp://hcch.net/doc/sec_pd10e.doc>>>.

38 Resoluciones de la Asamblea General de la OEA que crean la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Privado Internacional (en adelante CIDIP), <<<<http://www.oas.org/>>>>.

39 Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 1393(XXXVI-O/96).

40 Id. AG/RES 1472 (XXVII-o/97).

41 Resolución del Consejo Permanente de la OEA CP/RES. 732 (1173/98).

42 Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 1558 (XXVIII-O-98); Documento de la OEA RE/CIDIP-VI/doc.9/98. Los otros dos temas de reforma son: 1) documentación comercial estandarizada para el transporte internacional con referencia especial a la Convención Interamericana de 1989 sobre Contratos para el Transporte Internacional de Bienes por Carretera; y, 2) conflictos de leyes sobre responsabilidad extra-contractual, con énfasis en responsabilidad internacional para contaminación tras-fronteras.

43 Supra nota 41.

44 Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 1558 (XXVIII-O/98).

45 Reporte de la Reunión de Expertos Gubernamentales para Prepararse para la CIDIP-VI, OEA/Ser.K/XXI; REG/CIDIP-VI/doc./00, 17 Feb, 2000.

46 REG/CIDIP-VI/INF.3/00; Resumen de REG/CIDIP-VI/INF.3/00, OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/INF.5/00, 14 Feb, 2000.

47 OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/INF.2/00, 14 Feb, 2000, (en adelante el Documento de Trabajo Mexicano).

48 Reporte de la Reunión de Expertos Gubernamentales para Prepararse para la CIDIP-VI, OEA/Ser.KXXI, REG/CIDIP-VI/doc./00, 17 Feb, 2000.

49 Id. Estos principios incluyen los expuestos en este artículo.

50 Reporte de la Reunión de Expertos Gubernamentales para Prepararse para la CIDIP-VI, OEA/Ser.KXXI, REG/CIDIP-VI/doc./00 17 Feb, 2000.

51 Reunión OEA-CIDIP-VI, supra nota 22 p. 3.

52 Acta Final, CIDIP-VI, Oficinas Centrales de la OEA, Washington, D.C. Feb, 4 - 8, 2002, OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.24/02 rev. 2 (Mar. 5, 2002).

53 Ley modelo, supra nota 39, art. 1

54 Id. art. 5.

56 Convención de Cape Town, supra nota 40.

57 Ley modelo, supra nota 39, art. 52(IV).

58 Id. art. 37.

59 Id. art. 1.

60 Id.

61 Id. art. 33.

62 Id. art. 10.

63 Un ejemplo de la prenda de posesión simulada puede encontrarse en el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México de 27 de agosto de 1932, el cual requiere que el deudor entregue la posesión de la garantía al acreedor. Sin embargo, de acuerdo con el subpárrafo (IV) de este artículo una prenda puede estar constituida al depositar los bienes con un tercero designado, quien deberá mantenerlos a disposición del acreedor. La intención de esta disposición es despojar al deudor de la posesión de la garantía. Desafortunadamente, este mecanismo es comúnmente usado como una garantía sin desposesión. En este caso, en lugar de nombrar un custodio independiente para que actúe como depositario, el acreedor nombra un funcionario o accionista del deudor como su agente. Los activos permanecen en posesión del deudor y son usados en las operaciones del deudor. La ley modelo rechaza este tipo de transacción porque crea un gravamen secreto. Refiérase a Boris Kozolchik et al., supra nota 34, p. 87.

64 Ley modelo, supra nota 39, arts. 35-46.

65 Id. art. 13. Refiérase también a Boris Kozolchik et al., supra nota 34, páginas 88-91.

66 Ley modelo, supra nota 39, art. 13.

67 Id. art.1.

68 Id. arts. 6-7. El documento o escrito puede llevarse a cabo por cualquier método que preserve una versión permanente del consentimiento de las partes para la creación del derecho de garantía real, incluyendo télex, telefax, intercambio de información electrónica, correo electrónico y cualquier otro método óptico o similar, de acuerdo con las normas aplicables sobre este asunto y tomar en cuenta la resolución de esta Conferencia adjunta a esta (CIDIP-VI/RES. 6/02 con referencia a las IAREDS en el apéndice de esta publicación).

69 Id.

70 Id. Con el propósito de lograr la máxima flexibilidad, la requiere identificación solo por nombre y dirección y permite un tercero garante si la persona que otorga el derecho de garantía real es distinta al deudor con garantía.

71 Id. La firma puede ser escrita o electrónica. No requiere la firma de la parte garantizada.

72 Id. El requerimiento de que el contrato de garantía incluya la mención expresa de la obligación con garantía es ampliamente incompatible con muchas prácticas de préstamos con garantía, como líneas de crédito y adelantos futuros, pero es sin embargo requerido por el derecho civil y aduanas. La reduce el impacto negativo de este requerimiento al permitirle a las partes brindar una cantidad máxima (más que suma-cierta) que puede alcanzar la obligación con garantía.

73 Id. La identificación de la garantía adicional presenta otro asunto difícil. Según los sistemas de ley civil tradicionales, las descripciones de la garantía adicional deben ser indubitable por naturaleza. Este requerimiento de especificidad es similar a pruebas de identificación de número serial en las cuales la marca, modelo y número de serie deben usarse para describir la garantía adicional. Aunque dichas descripciones funcionan bien con automóviles y otros elementos big-ticket, no funcionan bien con bienes fungible, intangibles e inventario. Este requerimiento de descripción también crea problemas con procedimientos y una garantía adicional adquirida después. La ley modelo permite descripciones específicas cuando sean posibles pero también permite las descripciones genéricas cuando la garantía adicional consiste en inventario (por definición un bien rotativo), bienes fungibles y futuros, así como intangibles.

74 Id. Alternativamente, la ley modelo le permite a terceros cumplir con este requerimiento al brindar un método o fórmula desde el cual puede determinarse la cantidad máxima o la efectiva.

75 John M. Wilson, *Legal Standards and Industry Practices: Reforming Latin America's Secured Financing System*, 36 (1999), p 40.

76 Refiérase a infra sección IV. F.

77 La versión de la ley modelo interamericana de los préstamos con garantía, preparada por el NLCIFT y presentada por la Delegación de los Estados Unidos a la OEA, OEA Documentos de la Reunión Preparatoria de Expertos del Gobierno para la CIDIP-VI, Dec. 1998 (Documento de trabajo de una ley modelo Interamericana de Transacciones con Garantía, Reporte de la Reunión de Expertos Gubernamentales para la CIDIP-VI, OEA/Ser.KXXI, REG/CIDIP-VI/doc./00, 17 Feb, 2000 (en adelante Versión anterior de la ley modelo), art. 7. Este documento establece que cualquier persona calificada como entidad comercial puede crear un derecho de garantía real sobre sus bienes muebles presentes y futuros...La persona que crea un derecho de garantía real mueble se conoce como deudor garante...

78 La consideración principal era la posibilidad de que la ley modelo de aplicación federal no afectara las transacciones del consumidor en países con sistemas federalistas a menos que entidades federativas individuales promulgaran la reforma dentro de su Código Civil. La promulgación dentro de cada estado (como los 31 estados en México) probablemente sería una tarea difícil. Como resultado, la versión anterior de la ley modelo, suministró una alternativa de redacción a esos países que no podían fácilmente incluir deudores no comerciantes dentro del ámbito de esta reforma, refiérase a la Versión anterior de la ley modelo, supra nota 80.

79 Ley modelo, supra nota 39, art. 3(II). La definición del deudor garante también le permite a terceros que contribuyan su garantía actuar como deudores.

80 Id. art. 3(III).

81 Id. art. 2. Los derechos de garantía real pueden cubrir uno o varios bienes descritos en forma específica o categorías genéricas de bienes muebles, a todos los bienes muebles ya sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporeales, en la medida que sean susceptible de valoración pecuniaria.

82 Id.

83 Id.

84 Id. art. 3(VI). La ley modelo usa el término bienes muebles atribuibles como el más compatible con el derecho de raigambre romanística. La ley modelo define al bien mueble atribuible como aquellos que se puedan identificar como derivados de los originalmente gravados tales como sus frutos que resulten de su venta, transformación o sustitución.

85 Id.

86 Catherine Walsh, *An Introduction to the New Brunswick Movable Property Security Act*, 137 (1995).

87 Ley modelo, supra n. 39 artículos 2, 7(iv)

88 Id. art. 38(IV).

89 Id. art. 3(V).

90 Id.

91 Walsh, supra nota 89, at 89-91.

92 Id.

93 Ley modelo, supra nota 39, art. 1 establece que el objetivo de la ley modelo es garantizar cualquier obligación, presente o futura, determinada o determinable de cualquier naturaleza.

94 Id. art. 7(III).

95 Id. art. 38(IV).

96 Id. art. 7. El único requerimiento de fecha en el texto de la es la fecha de ejecución del contrato. La única otra limitación de tiempo bajo la permite adoptar estados para limitar el número de años.

97 En el artículo 3, IX, la ley modelo usa el término Garantía mobiliaria de adquisición como una garantía real a favor de un acreedor, incluyendo un proveedor, quien financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corpóreos objeto del derecho de garantía. Tal derecho de garantía puede asegurar la compra de bienes muebles presentes o futuros.

98 Ley modelo, arts. 3 (IX) 40 y 51.

99 Id. Considere el lector, por ejemplo, un préstamo en el que el acreedor garantizado (AG1) crea y registra una garantía mobiliaria de carácter genérico sobre el equipo para la siembra y recolección de productos agrícolas y lo garantiza con todos los bienes presentes o futuros del deudor. Más adelante, un vendedor del mismo tipo de equipo, pero más moderno (acreedor garantizado dos, o AG2) vende el equipo nuevo al deudor garante y crea una garantía de adquisición y la registra. La pregunta es si el AG1 retiene prioridad sobre el equipo de agricultura vendido por AG2. Bajo la ley modelo, la respuesta tendría que ser negativa.

100 Ley modelo, supra nota 39, art. 12.

101 Id. arts. 40 y 51. Según la ley modelo, una garantía de adquisición tendrá prioridad sobre un derecho de garantía real anterior que grava bienes muebles futuros del deudor con garantía, en la medida que se cree de acuerdo con las disposiciones de esta ley, aun cuando se registrara con posterioridad a la garantía anteriormente registrada.

102 Id. art. 12.

103 Id. arts 40 y 51.

104 Id. Para ilustrar, considere el caso del acreedor garantizado uno (AG1) que crea y registra una garantía mobiliaria sobre el equipo agrícola ya sea en la forma de bienes presentes o futuros. Más adelante, el acreedor garantizado dos (AG2) le brinda al mismo deudor fondos para comprar ganado -el cual no puede caracterizarse como equipo agrícola-. En lugar de comprar el ganado, sin embargo, el deudor con garantía específica compra un tractor y un sistema de irrigación. Bajo la regla de la ley modelo, AG1 preservaría su prioridad previamente adquirida sobre el tractor y el sistema de irrigación de acuerdo con el derecho de garantía real registrada en esos bienes. Este resultado está basado en el principio de la publicidad funcional, ya que la garantía específica inscrita por AC2 fue una garantía específica sobre ganado, no sobre equipo agrícola y AC2 está en una mejor posición que AC1 para asegurar que los fondos de la compra específica fueron usados de acuerdo con el uso registrado. Sin dicha disposición, los deudores y acreedores posteriores que actúan de mala fe podrían socavar la garantía mobiliaria de un acreedor previo de buena fe. Precisamente, para evitar la malversación o mal uso de fondos prestados, es común que AC2 le entregue su cheque o efectivo directamente al vendedor del ganado (cuya venta AC2 financió específicamente) en lugar de hacer la entrega del dinero o título al deudor garante.

105 Refiérase a la sección IV (E).

106 Versión anterior de la ley modelo, supra nota 81, arts. 77-78.

107 Ley modelo, supra nota 39, art. 51. La razón de esta limitación surge de las prácticas que se originan en los Estados Unidos y Canadá con relación a las líneas de crédito. Las prácticas de los E.E.U.U. y Canadá les permiten a los deudores con líneas de crédito retirar fondos en la línea de crédito en la medida soportada por el activo base representado por el inventario y las cuentas por cobrar del deudor garante. Así las cosas, un deudor podría aumentar su activo-base con el inventario adquirido de un proveedor asegurado por una garantía de adquisición. El deudor garante podría mostrar una base de activos mayor que aquella poseída en la realidad, incluyendo en esa base al inventario gravado por la garantía de adquisición y sin notificar al acreedor con inscripción previa la presencia de la nueva prioridad retroactiva. De esta manera, el deudor garante podría retirar en su línea de crédito cantidades desproporcionadas a los activos verdaderamente disponibles. En consecuencia, la ley modelo intenta resolver este problema al excluir activos gravados por una garantía de adquisición del cálculo del activo base al requerir que un acreedor con garantía de adquisición notifique a la parte con garantía original y limitar el derecho del acreedor con garantía de adquisición al efectivo directamente atribuible a la venta del inventario.

108 Edward S. Adams, et al., *A Revised Filing System: Recommendations and Innovations*, 79 Minn. L. Rev. 877, at 879.

109 Ley modelo, supra nota 39, arts. 35 a 38.

110 Id. art. 35.

111 Id.

112 Id. arts. 54-67.

113 Id. art. 10. En general, la publicidad del derecho de garantía mobiliaria es por medio de registro incluyendo en estos los derechos de garantía real sobre cuentas por cobrar y otros bienes y derechos intangibles. (art. 14), los derechos sobre reclamos no-monetarios (art. 21), sobre el producto del cobro de cartas de crédito o créditos documentarios (art. 25) sobre el producto de los bienes cubiertos por documentos representativos una vez entregados estos documentos al deudor garante (art. 29), sobre bienes de inventario (art. 31), sobre propiedad intelectual (art. 32) y sobre bienes adquiridos por medio de garantía de adquisición (art. 12).

114 Id. art. 10. Sin embargo, un derecho de garantía mobiliaria puede ser publicados por entrega de la posesión o control solo si la naturaleza de la garantía adicional lo permite o la entrega se efectúa en la manera contemplada por la ley modelo.

115 Id. art. 30.

116 Id. arts. 35 & 38.

117 Id. art. 10.

118 Id. art. 30. El acreedor garantizado puede retener la posesión a través de un tercero y hacerla pública a terceros notificándola por inscripción del formulario registral. Además, cuando la garantía mobiliaria recae sobre bienes cubiertos por un documento representativo el acreedor garantizado puede hacer pública su garantía notificándole por aviso al tercero depositario o consignatario en posesión de los bienes cubiertos por el documento. (art. 29). En casos de garantías mobiliarias sobre el producto del pago de cartas de crédito, la ley modelo establece que el banco que pague sobre la carta de crédito no estará sujeto a la garantía mobiliaria a menos que dicho banco haya sido notificado de la garantía mobiliaria y aceptado pagar con base a esa garantía. (art. 25).

119 Id. arts. 35 & 38.

120 Id. arts. 10 & 47.

121 Id. art. 1 & 2. Según la ley modelo, los derechos de garantía mobiliaria pueden cubrir uno o varios bienes muebles especificados, categorías genéricas de bienes muebles, o todos los bienes muebles del deudor con garantía, presentes o futuros, corporales o incorporales, en la medida que sean susceptibles a una valoración monetaria.

122 Id. art. 38(IV). Si bien el formulario registral permite la inscripción de descripciones de bienes en forma genérica o específica, la especificidad contemplada es solo de unas cuantas palabras y no la especificidad de una típica escritura notarial o la de una inscripción de una venta o hipoteca inmobiliarias.

123 Id.

124 Convención de las N.U., supra nota 40; ley modelo, supra nota 39, arts. 13-20. La versión castellana de la ley modelo se refiere a la cesión de créditos y a quien este artículo se refiere como deudor de la cuenta, como deudor del crédito. Al revisar la versión castellana de la ley modelo, uno

de los autores de este artículo inquirió respecto a esta terminología con investigadores del NLCIFT procedentes de varios países latinoamericanos junto con múltiples juristas de la región. Casi unánimemente, la frase deudor de la cuenta resultó ser preferida por los investigadores y juristas consultados, por ser más clara ya que el término crédito puede referirse al crédito otorgado por el acreedor garantizado al deudor garante al igual que al de este último a deudor. Por ello, los términos cuenta por cobrar y deudor de la cuenta serán usados en este artículo en lugar de los términos crédito, deudor del crédito.

125 Ley modelo, supra nota 39, art. 14. Varias delegaciones sugirieron la publicidad por notificación del derecho de garantía mobiliaria al deudor de la cuenta y a las otras partes interesadas en el cobro de la cuenta por cobrar. Sin embargo, un derecho de garantía mobiliaria sobre cuentas por lo general cubre la mayoría (si no todas) de las cuentas del deudor garante y estas por lo general son bien numerosas. De ahí, que la publicidad por notificación a cada deudor de cuenta sería impráctica. Es más, el proceso de pago y extensión de crédito es continuo y a veces simultáneo, lo que hace a la notificación personal poco práctica. Un tercero con garantía tendría que monitorear el negocio del deudor con garantía con el fin de notificar a cada deudor de cuenta nuevo. Dadas las dificultades prácticas, los costos e incertidumbres de la publicidad de la notificación, la ley modelo optó por permitir la publicidad por registro exclusivamente.

126 Id. art. 17. La notificación al deudor de la cuenta puede hacerse por cualquier medio de comunicación generalmente aceptado. Para que dicha notificación sea efectiva, debe identificar la cuenta por cobrar con respecto a la cual se solicita el pago e incluir suficientes instrucciones de pago para permitir que el deudor de la cuenta cumpla.

127 Id.

128 Id. art. 19. El siguiente ejemplo ilustra la importancia de prohibir el uso de cláusulas de intransferibilidad: el comprador (deudor del deudor garante) compra bienes a crédito del vendedor (deudor garante), generando una cuenta por cobrar. El comprador demanda una cláusula de intransferibilidad en su cuenta por cobrar del vendedor, quien acepta. El vendedor solicita un préstamo del acreedor garantizado el cual requiere una garantía mobiliaria sobre las cuentas por cobrar del vendedor. El vendedor, en su carácter de deudor garante otorga la garantía mobiliaria y recibe el préstamo. Si el derecho de garantía mobiliaria no cubre la cuenta no-transferible ello significaría que el acreedor garantizado tendría que contactar a todos los deudores del deudor garante para establecer qué cuenta es transferible. Esta tarea impediría la creación de muchas de las garantías mobiliarias sobre cuentas por cobrar.

129 Id.

130 Id.

131 Id. art. 20. El deudor de la cuenta puede presentar contra el acreedor garantizado todas las excepciones y derechos de compensación que surgen del contrato original, o cualquier otro contrato que era parte de la misma transacción que el deudor de la cuenta podría presentar contra el deudor garante. Para mayor ampliación, véase el artículo 20 de la ley modelo.

132 Id. art. 13. El ámbito de la ley modelo cubre todo tipo de transferencia de cuentas por cobrar. Refiérase a la supra sección IV (C).

133 Refiérase a las supra notas 69-71 y texto adjunto.

134 Id.

135 Id.

136 Ley modelo, supra nota 39, art. 21. Tanto la versión castellana como la inglesa de la ley modelo utilizan la terminología obligaciones no monetarias (Non-Monetary Obligations). Esta terminología es confusa porque en algún momento, durante o con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria, la obligación contractual o extracontractual deberá tener un contenido monetario.

137 Id. art. 2.

138 Id. art. 22.

139 Id.

140 Id.

141 Id. art. 23. Según la ley modelo, una garantía mobiliaria sobre un crédito documentario que requiere su presentación para obtener su pago deberá ser publicada por medio de la entrega del crédito documentario por parte de su beneficiario (el deudor garante) al acreedor garantizado siempre que dicho crédito documentario o carta de crédito no prohíba su entrega a una persona distinta al banco pagador.

142 Id. A menos que el crédito documentario o carta de crédito haya sido modificado para permitir el pago al acreedor garantizado, la entrega al acreedor garantizado no le permite al último a demandar el pago del crédito documentario o carta de crédito.

143 Id. art. 25.

144 Id.

145 Id.

146 Id. art. 24.

147 Id.

149 Ley modelo, supra nota 39, art. 26.

150 Id.

151 Id. art. 27.

152 Id.

153 Id. art. 28.

154 Id. art. 29.

155 Id. arts. 10 y 29. Se establece, por ejemplo, que si el acreedor garantizado publica su derecho de garantía real por posesión y endoso del documento pero posteriormente lo entrega al deudor con garantía por cualquier propósito (retiro, almacenamiento, fabricación, embarque o venta de la bienes muebles representada por el documento), el acreedor garantizado debe registrar su derecho de garantía real antes de que el documento sea retornado al deudor con garantía con el fin de retener la publicidad.

156 Id. Véase por ejemplo, los artículos 12, 14, 21, 25, 27, 29, 31, 32.

157 Id. arts. 71-92.

158 Ley de Registro Comercial, redactada por la Dirección General de Registros Comerciales del Ministerio de Comercio (SECOFI), publicada en el Diario Oficial, 28 de Mayo, 2000, Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, y de la Ley de Instituciones de Crédito de la H. Cámara de Diputados, 9 de diciembre 1999. (en adelante la Ley de Registro Comercial) arts. 18-32.

159 Ley modelo, supra nota 39, art. 37.

160 Versión anterior de la ley modelo, supra nota 81, art. 73.

161 Ley modelo, supra nota 39, art. 52 (IV). Una garantía mobiliaria perfeccionada sobre un bien mueble adherido o incorporado a un bien inmueble en forma tal que retenga su identidad como un bien mueble, tiene prioridad sobre los derechos de garantía real en el inmueble, siempre que la garantía mobiliaria haya sido inscrita en el registro de bienes inmuebles antes de la fijación del bien mueble.

162 Véanse, por ejemplo, las siguientes normas en los respectivos países: Arg. código civil art. 3204 et. seq.; Brasil C.C. art. 758 et. seq.; Chile código civil art. 2384 et. seq.; Costa Rica código civil art. 441, et. seq.; República Dominicana código civil art. 2073 et. seq.; Ecuador código civil art. 2310 et. seq.; El Salvador código civil art. 2134 et. seq.; Guatemala código civil art. 880 et. seq.; Honduras código civil 2056 et. seq.; C.C.F. art. 2856 et. seq.; Nicaragua código civil 3728, et. seq.; Panamá código civil art. 1548 et. seq.; Paraguay código civil art. 2294 et. seq.; Perú código civil art. 1055 et. seq.; Uruguay código civil art. 2292 et. seq.; y CCV art 1837 et. seq.

163 Id.

164 Ley modelo, supra nota 39, art. 33.

165 Id. La ley modelo requiere que un acreedor en posesión del bien debe ejercitar cuidado razonable en su custodia y preservación. El cuidado razonable incluye la obligación de tomar los pasos necesarios para preservar el valor de la garantía. El acreedor debe asimismo mantener la garantía en tal forma que permanezca identificable, a menos que el bien sea fungible y se limite el uso del bien por parte del acreedor a lo establecido en el contrato de garantía.

166 Refiérase también a supra sección IV (H) (6).

167 Ley modelo, supra nota 39, arts. 10 & 34.

168 Id. art. 38. Algunas leyes de garantías mobiliarias crean sistemas de registro donde lo que queda registrado es el contrato de garantía y no su resumen. Este sistema requiere el registro de este contrato no solo para notificar a terceros de su existencia, sino también, a veces, para crear un derecho de garantía vinculante entre las partes originales de la transacción. Para una copia de los formularios de registro según el sistema de registro mexicano revisado, refiérase a << <http://www.siger.gob.mx>>>.

169 Id. Como lo expresa el profesor Ronald Cuming, el formulario registral debe ser un documento simple o, incluso puede serlo lo que aparece en una pantalla de computadora, debe contener solamente la información básica sobre el acreedor garantizador y el deudor garante y la garantía. Véase Ronald C.C. Cuming, Saskatchewan Personal Property Registry, Saskatchewan, Personal Propiedad Registry (May, 1998), at 1-4.

170 Cuming, supra nota 172, p. 2.

171 Id.

172 Id.

173 Id.

174 Un estado financiero uniforme preparado para la revisión del artículo 9 del UCC puede ser consultado por los estados que adopten la ley modelo a Harry Sigman, *The Filing System Under Revised Article 9*, 73 Am. Bkcy. Law J.61 (1999).

175 Ley modelo, supra nota 39, art. 7(IV).

176 Id. art. 38(IV). Ejemplos de descripciones generales serían: todo el inventario presente y futuro, todo el equipo, todas los artefactos y bienes atribuibles a ellos, todos los bienes presentes y futuros. Un ejemplo de una descripción mas detallada sería todos los refrigeradores General Electric easy-clean®.

177 Id., art. 7(IV).

178 Id., art. 38.

179 Refiérase a UCC §§ 9-502, 9-509. El estado financiero no requiere la firma del deudor.

180 Id.

181 Id.

182 Según el derecho latinoamericano actual, un registro es generalmente efectivo si se dan las tres siguientes condiciones: 1) las partes presentan un documento de préstamo ratificado; 2) todos los derechos de registro están pagados; y, 3) un funcionario del registro revisa el documento de préstamo y determina que es legalmente válido e inscribible. Cuando estas condiciones se dan, el documento se inscribe en el registro. Según este sistema, el momento de la presentación del documento registral determina la prioridad aun cuando el documento no se registre hasta un tiempo ulterior a su calificación registral. Respecto a estas leyes, véase John M. Wilson, *Latin American Registries: Recommendation for Reforming the Current Framework*, at 14-15 (2000).

183 El siguiente ejemplo ilustra los problemas creados por el intervalo del registro a terceros de buena fe. El 1ro de marzo, el comerciante (D) obtiene un préstamo del acreedor garantizado (AG) para la compra de maquinaria. El mismo día, el AG presenta un formulario de registro que grava la maquinaria de D como garantía para el préstamo. El 2 de marzo, un tercero de buena (TBF) interesado en comprar la maquinaria de D hace una consulta al registro para determinar si hay gravámenes contra la maquinaria de D. Dado que el intervalo promedio entre la presentación y el registro se extiende por varios días, es muy posible que el derecho de garantía de AG no aparezca en el registro hasta el 3 de marzo. Consecuentemente, el TBF confía en su consulta del día anterior y compra la maquinaria de D. Sin embargo, el derecho de garantía del AG sobre la maquinaria afecta a TBF desde la fecha de su presentación, no la fecha de su registro eventual. Por lo tanto, los derechos de TBF sobre la maquinaria que compra de buena fe están subordinados al interés anterior, aun cuando TBF haya confiado en lo que a todas luces parecía ser una apariencia registral. Obviamente, mientras más se alarga el intervalo entre la presentación y el registro, mayor es la probabilidad de que las búsquedas posteriores no descubran la existencia de gravámenes válidos y aumente así el volumen de gravámenes ocultos. Las oficinas del registro en algunos países proporcionan una notificación preventiva o interina, la cual alerta a las partes interesadas en que un registro ocurra en el futuro cercano. No obstante, algunas jurisdicciones no brindan tal notificación.

184 William Boyd, *CANINE: The Complete Article 9*, en el Capítulo 12-13, << www.law.arizona.edu/forums/forums.html >> << <http://www.arizona.lawforums.com/>>>> (1999).

185 Refiérase a la supra nota 96 y texto adjunto. Las líneas de crédito son ejemplos típicos de adelantos futuros donde un deudor tiene flexibilidad en cuanto a la cantidad retirada en el crédito y la fecha en que ocurre el retiro. Otro uso importante de adelantos futuros es el gravamen flotante; este gravamen permite que tanto la garantía como la obligación con garantía fluctúen. Con el gravamen flotante, el acreedor garantizado obtiene una garantía mobiliaria sobre un fondo fluctuante de los bienes dados en garantía presentes o futuros. A su vez, un deudor obtiene acceso a una línea de crédito fluctuante tanto de fondos presentes como de futuros.

186 Refiérase a la supra sección IV (F), nota al pie 96 y texto adjunto.

187 Francisco Ciscomani Frenner & John M. Wilson. La garantía mobiliaria, *Revista Jurídica Universidad Iberoamericana*, vol. 29 (1999), p 17. El siguiente escenario demuestra el significado práctico del preregistro: Comerciante (D) solicita un préstamo comercial de AG. AG inmediatamente registra un estado financiero que describe a D como deudor y especifica los tipos de propiedad que D otorga como garantía. AG se cerciora por medio de una búsqueda de su prioridad y con base en ella le otorga su préstamo a D.

188 Id. at 17.

189 Id.

190 supra nota 40, art. 2.

191 Id. art. 38(III).

192 Ciscomani, supra nota 190, at 14-16.

193 Wilson, supra nota 79, at 18.

194 Id.

195 Id.

196 Ley modelo, supra nota 39, art. 44. Refiérase también a, Adams, supra nota 111, p. 889.

197 Aun cuando estos países emplean sistemas federalistas del gobierno, donde los estados tienen jurisdicción sobre las transacciones con garantía del consumidor, cada uno sigue la jurisdicción federal sobre transacciones comerciales/mercantiles, incluyendo préstamos con garantía. Wilson, supra nota 78, p.19.

198 Refiérase a supra Sección IV(H)(8).

199 Ley modelo, supra nota 39, art. 40.

200 Wilson, supra nota 78, pp. 19-20.

201 Id.

202 Ley de Registro Comercial, supra nota 161.

203 Id.

204 Id. El sistema mexicano puede suministrar una base para el diseño de un sistema de registro central. Refiérase a, << <http://www.economia.gob.mx>>>.

205 Cuming, supra nota 172, at 4-5.

206 Id.

207 Id.

208 Id. Piénsese en el caso de un acreedor garantizado (AG) que registra su derecho de garantía mobiliaria sobre una máquina de coser industrial que pertenecía al fabricante (A). A luego transfiere la máquina a un tercero (B) sin notificarle la venta a AG e inscribe un formulario registral bajo el nombre de A (como vendedor impago). Una parte subsiguiente que compra o presta a B tendrá poca oportunidad de descubrir el derecho de garantía real de AG. Usando el sistema de registro de garantías mobiliarias de la ley modelo, el comprador buscaría bajo el nombre de B (el deudor garante inicial) y no el de A. En esta circunstancia, un registro especializado brindaría mejor publicidad porque el criterio de búsqueda- registro se basaría en la descripción de la máquina y no en el nombre de A. En lugar de buscar un gravamen sobre la máquina de coser de B, el comprador buscaría un gravamen sobre la máquina de coser Singer sews-a-lot® número de serie 12345. Considerando la naturaleza de garantía específica de un registro especializado, el comprador descubriría el derecho de garantía real de AG sin importar quién está en posesión de la garantía al momento de la búsqueda.

209 Ley modelo, supra nota 39, art. 37.

210 Id. arts. 40-41. Como ejemplo de una convención especial que requiere un registro separado para derechos de garantía en tipos especializados de garantía véase la Convención de Cape Town sobre garantía en equipo móvil y su protocolo de naves aéreas que requieren un registro especial para derechos de garantía sobre la nave aérea, supra nota 40.

211 Ley modelo, supra nota 39, art. 45. Para el registro y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y electrónico a los usuarios que lo soliciten.

212 Las reglas IAREDS aparecen como son un apéndice a la ley modelo al amparo de la resolución de la OEA CIDIP-VI/RES. 6/02. Estas reglas tienen la intención de satisfacer la necesidad para permitir que las disposiciones facilitaran la adaptación de las transacciones con garantía al mundo electrónico.

213 Wilson, supra nota 78, pp. 23-24.

214 Id.

215 Everett Wohlers, Reporte de estudio legislativo y registral: Visita a los registros de Estados Unidos y Canadá, Report on Legislative and Registry Study: Visits to the Registries in the United States and Canada, en el Anexo E, Centro de Registro Nacional, San Salvador, El Salvador (1998).

216 Id.

217 Ciscomani, supra nota 190 p. 13.

218 Ley modelo, supra nota 39, art. 43. Establece que el estado operará y administrará el registro, que será público y automatizado y en la cual habrá un folio electrónico, que será indexado por el nombre del deudor garante.

219 Cuming, supra nota 172, p. 4. Una vez presentados, revisados y aceptados, los formularios registrales son indexados según el nombre del deudor. Por ejemplo, donde el nombre correcto es García, el formulario registral debería indexarse alfabéticamente con los nombres que empiezan con G. Un buscador que contemple otorgar crédito con base en una garantía mobiliaria a este deudor, debería buscar bajo el nombre García. Programas de computación contemporáneos facilitan la búsqueda de nombre relacionados a García, como Garcidiego, indicando que la búsqueda debe hacerse en relación con nombres de la raíz Garci... de manera de incluir a Garcidiego entre otros.

220 Id.

221 Id. Por ejemplo, la garantía puede así recaer sobre todos los bienes muebles que el deudor adquiera en el futuro. Los bienes futuros no pueden ni tienen que ser descritos y, por lo tanto, no hay necesidad de indexarlos. Lo mismo ocurre con las garantías sobre cuentas por cobrar, bienes incorporeales y fungibles.

222 Es esencial en un registro de nombre de deudores que tanto el acreedor garantizado-registrante como el tercero- investigador en el registro usen el mismo nombre. Si el acreedor garantizado usa un nombre y el tercero busca a otro la búsqueda se frustraría. Es cierto que pueden presentarse dificultades imprevistas al hacer la búsqueda. Por ejemplo, determinar el nombre del deudor es difícil en casos cuando el deudor usa un alias o cuando es una entidad de negocios que no está archivada con el estado o que utiliza un nombre ficticio o comercial distinto al generalmente conocido.

223 Ley modelo, supra nota 39, art. 38(IV).

224 Id.

225 Id. La descripción de la garantía, contenida en un formulario registral informa a los terceros interesados que cierta propiedad está sujeta a una garantía mobiliaria inscrita. Sin embargo, considerando que los sistemas de registro modernos emplean un enfoque de registro de simple notificación, la información suministrada no será necesariamente completa con relación a los bienes sujetos a la garantía. El investigador es solo notificado que una persona tiene un derecho de garantía real sobre el bien que el investigador está considerando como garantía y que a mayor abundamiento debe consultar al acreedor inscrito, al deudor garante o a ambos.

226 Versión anterior de la supra nota 81, art. 75(d).

227 Ley de Registro Comercial, supra nota 161, exposición de motivos; refiérase también a, Ciscomani, supra nota 190, pp. 17-18.

228 Organization of American States, Responding to the Legal Obstacles for Electronic Commerce in Latin America, Materials on Electronic Commerce in Latin America, (conferencia en conjunto con el Centro Nacional de leyes para el Tratado de Libre Comercio Interamericano) (1999) en <<< <http://www.natlaw.com/ecommerce/materials.htm>>>>.

229 Ley modelo, supra nota 39, art. 38.

230 Refiérase a Harry C. Sigman, The Filing System Under Revised Article 9, 73 Am. Bkcy. Law J.61 (1999).

231 Además de eliminar firmas en el formulario de registro, también reduce el número de firmas requeridas en el contrato de garantía. Refiérase a las supra notas 182-184, y el texto adjunto.

232 UCC § 9-402.

233 Cuming, supra nota 172 p.3.

234 Id. at 6.

235 Una posible solución al problema de los inevitables errores es permitir que el formulario registral se inscriba si los errores que contengan no son seriamente engañosos a terceros. Así, los países adoptantes podrían seguir una regla que establece que un error es mayor y por tanto conducente al rechazo de la inscripción si impide que el tercero pueda llevar a cabo una búsqueda adecuada o que gane acceso al formulario registral correcto.

236 Cuming, supra nota 172. Por ejemplo, si el nombre del deudor buscado es Juan García una coincidencia exacta no revelaría el registro de una fórmula registral a nombre de Joan García. Por ello una búsqueda de J. García sería más fructífera que la de Juan García.

237 Refiérase a, por ejemplo, Angelina Muñoz & John M. Wilson, The Sonoran Registry System, en Relaciones Comerciales: Transacciones con Garantía y Sistemas de Registro, Hermosillo, Sonora, (1995) p. 3.

238 Id. y refiérase también a la supra sección IV(I)(4)(b).

239 Ley modelo, supra nota 39, art. 38; refiérase también a Mexican Federal Registry, <<< <http://www.sigerweb.gob.mx>>>>, Formulario de registro precodificado, número M21.

240 Refiérase a supra sección IV(I)(1).

241 Wilson, supra nota 78, p. 31. Por ejemplo, un estado financiero que identifica a Juan García como el deudor, Banco Cosmo como acreedor garantizado, y todos los refrigeradores de Juan García como los bienes dados en garantía, brinda suficiente información para su registro pero carece de efectos contra terceros si el verdadero acreedor es el Banco Maurice o si los bienes en realidad son enseres o inmuebles por incorporación o destino.

242 Id.

243 Id. El sistema de publicidad funcional de la ley modelo asume que el deudor garante tiene interés en brindar la mayor información posible a sus potenciales prestamistas o compradores. Si no existe dicho interés, el deudor no necesita brindar información adicional al tercero interesado. Refiérase también a, William Boyd, supra nota 187.

244 Ley modelo, supra nota 39 art. 39.

245 Id.

246 Muñoz & Wilson, supra nota 240, p. 9. Algunos países establecen una cantidad máxima que oscila entre US\$3000 y US\$5000.

247 Wilson, supra nota 78, p. 35.

248 Id.

249 Id. Las tasas de registro deberían calcularse solamente sobre el gasto operacional incurrido por la oficina de registro al recibir, procesar y guardar la información registrada a la vez de mantener el constante mejoramiento del registro. En ese plano, el registro se convierte en un agente poderoso del desarrollo económico del país en vez del recaudador de impuestos indirectos.

250 Ley modelo, supra nota 39, arts. 1 & 2. Refiérase también a la supra sección IV (B).

251 El llamado arrendamiento financiero consiste en un arrendamiento de bienes muebles por un prestamista quien financia la adquisición del uso del bien por el llamado arrendatario. Este arrendamiento, que generalmente le otorga una opción de compra al arrendatario. Se diferencia del arrendamiento tradicional porque en este último el propietario, sin necesidad de la intervención de un prestamista, arrienda la posesión del bien directamente al arrendatario, y solo excepcionalmente acompaña su arrendamiento con una opción de compra.

252 La ley modelo cubre las consignaciones en las cuales el propietario de los bienes entrega la posesión de estos a un agente que coloca los bienes a la venta con la condición de que si no venden dentro de un plazo acordado, pueden ser regresados a su vendedor original.

253 La ley modelo incluye la venta de cuentas por cobrar como garantía mobiliaria registrable.

254 Ley modelo, supra nota 39, art. 1.

255 Id. art. 43.

256 Id. art. 45.

257 Id. art. 46. Los usuarios tendrán una clave confidencial para ingresar al sistema de registro con el fin de inscribir sus garantías mobiliarias al enviar el formulario registral por medios electrónicos o por otro método autorizado por la legislación de este estado; así como con el fin de conducir sus búsquedas y hacer sus solicitudes de certificaciones, enmiendas o cancelaciones.

258 Refiérase a generalmente Adams et al., supra nota 111, pp. 914-924.

259 Refiérase a Cuming, supra nota 172.

260 Id.

261 Id.

262 Wilson, supra nota 78, at 20 et. seq.

263 Muñoz & Wilson, supra nota 240, pp. 3-5.

264 Refiérase a la nota 55 y el texto adjunto.

265 Ley modelo, supra nota 39, arts. 47-48.

266 Refiérase a la supra sección IV(I)(2)(b).

267 Ley modelo, supra nota 39, art. 49.

268 Id. Además de la protección a los compradores de curso ordinario, la ley modelo establece que un acreedor garantizado no puede interferir con los derechos de un arrendatario o concesionario bajo un arrendamiento o una licencia otorgada en el curso ordinario del negocio del arrendador o concedente después de la publicación de la garantía mobiliaria.

269 Id. art. 3(IV). Un comprador en el curso ordinario del negocio se define por la ley modelo como un tercero que, con o sin conocimiento del hecho que el bien comprado esta sujeto a un garantía real da algo de valor como precio de adquisición y compra el bien de una persona que se dedica a vender bienes de esa naturaleza. Esta excepción se conocía tanto en el derecho francés o inglés de principios del siglo XIX como compra en market ouvert.

270 Id.

271 Id. art. 51.

272 Id. art. 51. Según la ley modelo, una garantía de adquisición tendrá prioridad sobre un derecho de garantía real previo que grava la propiedad mueble futura del deudor con garantía, en la medida que sea creada de acuerdo a las disposiciones de esta ley, aun cuando fue publicada después del derecho de garantía anterior.

273 Id. art. 12.

274 Id. art. 51.

275 Id. art. 40.

276 Id. art. 40 & 51.

277 Id. art. 50.

278 Id.

279 Id.

280 Id. art. 52 (IV).

281 Id.

282 Id. art. 52 (I).

283 Interpretación analógica del artículo anterior.

284 Id. art. 52 (II).

285 Id. art. 52 (III).

286 Id.

287 Refiérase generalmente a Kozolchyk, et al., supra nota 34, pp. 139-140; Andrés Portilla Herrera, The Need for Reform of the Secured Financing Systems in Latin America, estudio independiente bajo la supervisión del Prof. Louis Del Duca, La Dickinson School of Law, at 10-11 & 22-31.

288 Kozolchyk, et al., supra nota 34, p.138. La reposición extrajudicial y la disposición comercialmente razonable de los bienes dados en garantía son controversiales en Latinoamérica aunque es cierto que todos los países que permite dichas disposiciones, incluyendo los Estados Unidos, han tenido que lidiar con la alegada inconstitucionalidad de dichas medidas. A diferencia de los Estados Unidos, es muy posible que la gran parte de la jurisprudencia y doctrina latinoamericana califique dichas medidas como violativas del debido proceso y de la prohibición de hacerse la justicia por mano propia. Portilla, supra nota 290, at 24-25; Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-2018, 15 de julio, 1992; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia D-1122, 16 de Mayo, 1996; Prenda, Constitucionalidad del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que Establece el Procedimiento para la Venta de la tesis seleccionada, instancia: pleno, Corte Suprema de Justicia de México, Octava Época; Semanario Judicial de la Federación, parte: II p. 30; Prenda, constitucionalidad del artículo 341 de la ley general de títulos y operaciones de crédito que establece el procedimiento para la venta de la tesis seleccionada, instancia: pleno Corte Suprema de Justicia de México, Época: Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Parte: 187-192 p. 77; Amparo en revisión 1613/94. Jorge Amado López Estolano Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II p. 240, (Dec. 1995).

289 Ley modelo, supra nota 39, art. 55.

290 Id. La ley modelo establece que, en caso de incumplimiento, el acreedor garantizado requerirá el pago del deudor garante. La notificación de este requerimiento será ante un notario (agente público) o en formulario judicial, a opción del acreedor, a la dirección del deudor que se indica en el formulario registral. En el proceso de requerimiento o notificación, el deudor recibirá una copia del formulario de aplicación presentado en el registro.

291 Id. art. 54.

292 Id. Este formulario debe describir el incumplimiento, la garantía y la cantidad pendiente. Además, debe contener una declaración de los derechos suministrada y las acciones decididas por el acreedor garantizado.

293 Id. art. 56.

294 Id.

295 Id.

296 Refiérase a supra comentarios introductorios a la sección IV.

297 Ley modelo, supra nota 39, art. 57.

298 Id.

299 Id.

300 Id.

301 Id. art. 58(I).

302 Id. art. 58(II).

303 Id.

304 Kozolchyk, et al., supra nota 34, at 139-140.

305 Ley modelo, supra nota 39, art. 59 (I).

306 Id. art. 59(II) & 17 con relación a cuentas por cobrar; y art. 22 con relación a otras obligaciones.

307 Id. art. 20.

308 Id. art. 59(III).

309 Id.

310 Id. art. 59(IV).

311 Id. Un tasador o perito valorador único calificado, designado por el acreedor, puede realizar la valoración.

312 Id.

313 Id.

314 Id.

315 Id. art. 60. Dichos costos incluyen almacenamiento, reparación, seguro, conservación, venta y cualquier otro costo razonable en que incurrió el acreedor.

316 Id. art. 60(II).

317 Id. art. 60(III).

318 Id. art. 60(IV)

319 Id.

320 Id.

321 Id. art. 61.

322 Id. art. 62.

323 Id.

324 Id.

325 Id. art. 63.

326 Id. art. 64.

327 Id. art. 65.

328 Id.

329 Id. art. 68.

330 Id. art. 69. La única excepción a esta regla son los derechos de garantía posesorios en propiedad mueble incorporal. Id.

331 Id.

332 Id.

333 Id. art. 70. El deudor garante se considera localizado en el estado donde esta parte mantiene la administración central de su negocio. Si el deudor con garantía no opera un negocio o no tiene un lugar de negocios, el deudor con garantía se considera localizado en el estado de su residencia habitual. Id. art. 72.

334 Id. art. 70.

335 Id.

336 Id. art. 71.

