

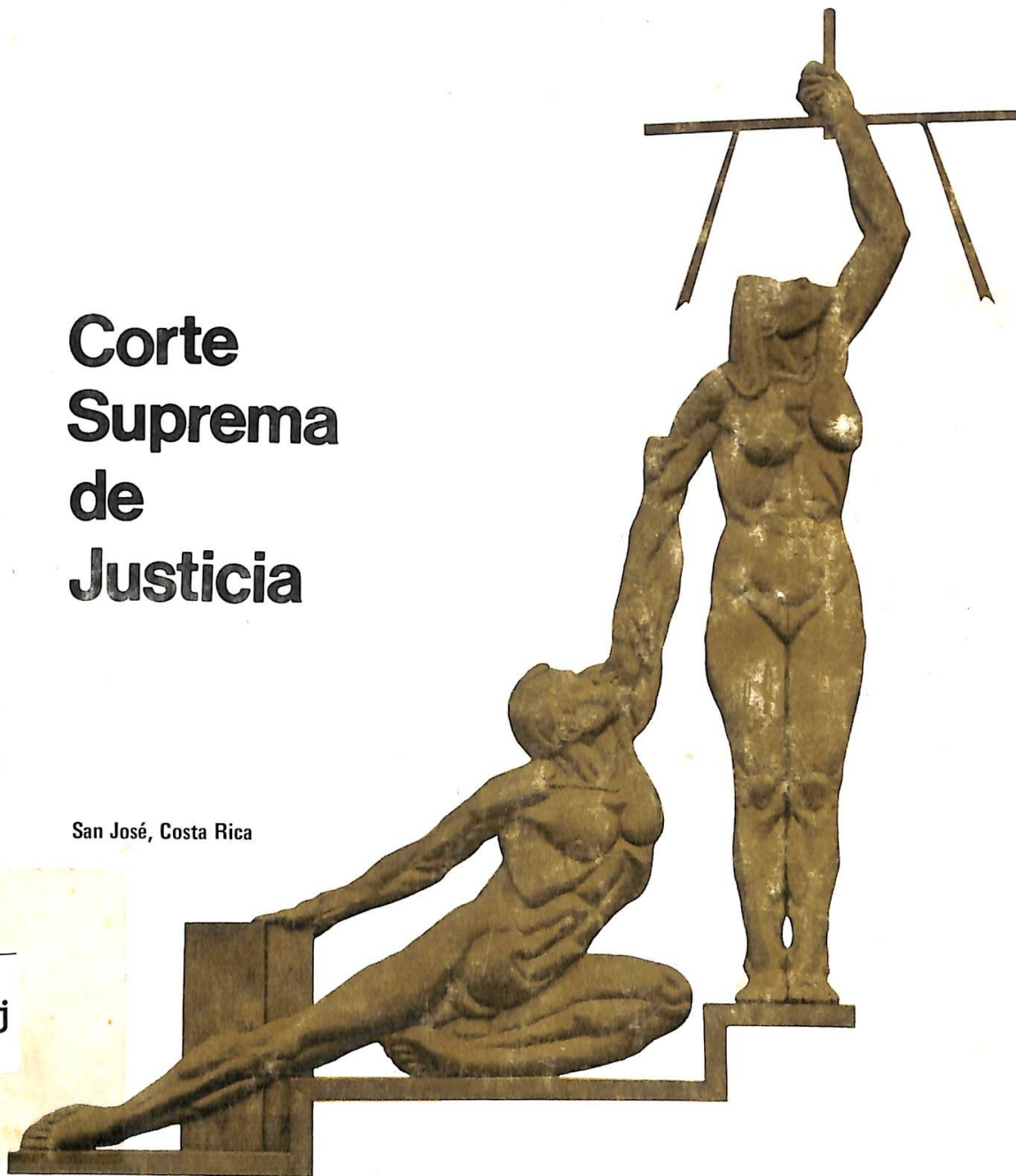
AÑO III

Nº10

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



R340j

Diciembre, 1978

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año III - No. 10 - Diciembre, 1978

Publicación trimestral
Director: Dr. Víctor Pérez Vargas



Sede:
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

S U M A R I O

<i>Presentación.</i>	5
<i>Notas sobre el Derecho del mar.</i>	7
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.	
<i>El efecto extensivo de las impugnaciones penales.</i>	27
Dr. Francisco Castillo González.	
<i>El Ombudsman.</i>	35
Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.	
Lic. Carlos Rivera B.	
<i>Los hechos jurídicos.</i>	45
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
<i>Reseñas bibliográficas.</i>	73
(<i>"Metodología de la Ciencia del Derecho", "Precomprensión y selección del método en la determinación del Derecho. Bases de la racionalidad en la práctica de la decisión judicial", "Notas de Introducción al Derecho". La definición de "derecho" y de "norma jurídica", "La jurisprudencia de intereses, orígenes y formación de la metodología sustancial en la Teoría del Derecho de tradición romanista"</i>).	
Dr. Enrique Pedro Haba.	
<i>Información normativa.</i>	77
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.	
<i>Jurisprudencia.</i>	81
Digesto.	
<i>Índice general sobre el contenido de la Revista Judicial (de la No. 1 a la No. 10).</i>	292
Dr. Víctor Pérez Vargas.	

P R E S E N T A C I O N

Al cumplirse el número diez de la Revista Judicial, el doctor Jorge E. Romero Pérez, Director de la Revista de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos ofrece un detallado estudio de los diversos tipos de normas positivas y principios en tema de Derecho del mar. Cabe recordar que en esta materia el doctor Romero fue el relator costarricense en las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado. El estudio se encuentra integrado con referencias a las variables sociológicas en la regulación de la materia.

El profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica, Vicedecano de la Facultad de Derecho Dr. Francisco Castillo González analiza en este número el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales, relativo al efecto extensivo de las impugnaciones que se produce en forma objetiva. Se observa que nuestro Código no regula el efecto extensivo de la sentencia, sino sólo el del recurso con lo que no se cubren todos los casos "en los cuales una extensión de la sentencia es necesaria para evitar contradicciones". Se analizan las condiciones generales para que se produzca el efecto extensivo del recurso: condenatoria por la misma sentencia, existencia del derecho de impugnar en el no impugnante (consecuencia del principio de taxatividad de las impugnaciones), comunidad de gravamen (esto se da cuando el motivo fundamento del recurso pudo haber sido interpuesto válidamente por cualquiera de los imputados), impugnación de uno de los sujetos enumerados en el artículo 455 citado (se observa al respecto que la doctrina reconoce además como sujeto cuya impugnación a favor de un imputado produce efecto extensivo en pro de los imputados no mencionados al Ministerio Público; se aclara sin embargo que se trata de una laguna legislativa que no puede llegarse mediante interpretación extensiva) y, finalmente, la impugnación válida del impugnante y la no impugnación, respecto a los puntos de comunidad de gravamen, del no impugnante. Después de estudiar algunos problemas específicos como el relativo a la calidad de "parte" del "no impugnante", el doctor Castillo realiza algunas críticas sobre las disposiciones vigentes, en particular al hecho de que la previsión del artículo en examen se justifica en un sistema con doble grado de jurisdicción, cosa que no existe en nuestro medio, inexistencia que, a juicio del autor es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la misma Constitución Política. El trabajo concluye con algunas proposiciones "de lege ferenda", anticipándose así el camino que debe seguir la legislación positiva.

El "Ombudsman" es el tema del estudio que nos ofrecen el doctor Hugo Alfonso Muñoz Q. y el licenciado Carlos Rivera B. El tema se ubica dentro de la perspectiva general de la lucha por el respeto de los derechos humanos, afirmándose que la institución en examen contribuye a garantizar tal finalidad. Después de unas breves notas sobre los orígenes de la figura en los países nórdicos de Europa se pasa al estudio de la naturaleza jurídica del "Ombudsman", afirmándose que no es correcto, como se hace frecuentemente, darle ubicación parlamentaria. Se afirma que su aspecto fundamental es "la actividad en favor de los individuos frente al Estado"; a diferencia de la actividad de los otros órganos constitucionales clásicos no impone ni

resuelve; tiene amplios poderes de investigación y tiene gran autoridad moral. Se afirma que la institución es un complemento importante para la protección de los administrados frente al Estado, por lo que "debe subsistir junto a los órganos de control clásico". Se pasa luego a los aspectos relativos a su nombramiento, realizándose un estudio de Derecho Comparado, lo mismo que en cuanto al cese de funciones. Se destaca la importancia de la personalidad del elegido, en particular su integridad moral e independencia. En lo que respecta al procedimiento utilizado se observa, entre otras cosas, la amplitud del recurso (y aún la intervención de oficio), su carencia de formalidades y la posibilidad de realizar inspecciones. En cuanto a la competencia se hace notar que en algunos países llega a cubrir el control de la administración de Justicia, aunque, como se ha hecho ver, esto constituye un peligro para la independencia del Poder Judicial. Se aclara que se trata de una "Magistratura de Influencia", por el carácter no vinculante de sus intervenciones. En las conclusiones los autores plantean la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento una institución del género; para fundamentar esta posición se hace ver que los procedimientos vigentes no siempre son suficiente garantía para el administrado. Se toma conciencia de que la "Magistratura de Influencia" es también insuficiente y que sería necesario darle ciertos poderes como el de sancionar a ciertos funcionarios. Se perfilan finalmente los caracteres que podría asumir la institución en nuestro medio, sin perderse de vista las dificultades prácticas para su funcionalidad.

Presentamos también un estudio sobre "Los hechos jurídicos". En él se ha intentado, con la ayuda de las contribuciones de la Escuela de Messina, una delimitación teórico general del concepto con funcionalidad práctica (ello gracias a que el eje del tema se centra sobre "el interés" jurídicamente relevante) y una clasificación según el origen de la fuerza (evento o comportamiento) y los intereses afectados (esfera física, esfera orgánica, esfera animal, esfera superior) con referencias positivas en el Ordenamiento.

Colabora esta vez con nuestra Revista el Dr. Enrique Pedro Haba, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica con varias reseñas bibliográficas en materias de interés general.

Continuamos también las secciones de Información Normativa y Jurisprudencia.

Ofrecemos finalmente un índice general de la diez revistas publicadas hasta el momento. El índice se encuentra dividido en un índice de trabajos publicados (por materias y por autores) y dos índices más de los períodos de información normativa y jurisprudencia que contiene cada número de la Revista. Se encuentra en preparación un índice analítico detallado de toda la jurisprudencia publicada hasta el momento.

Víctor Pérez Vargas.



NOTAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.
Profesor Investigador. Instituto de Inves-
tigaciones Jurídicas, Facultad de Dere-
cho. Universidad de Costa Rica.*

SUMARIO:

Resumen	8
I. Introducción.	8
II. Derecho y ecología.	8
III. El nuevo derecho del mar.	9
IV. Ordenamiento Jurídico Nacional:	
1) CIAT, 2) Decreto-Ley No. 116/1948, 3) Decreto-Ley No. 117/1948, 4) Decreto-Ley No. 803/1949.	22
V. Reforma a los arts. 4 y 256 del Código Penal.	23
VI. Conclusiones.	25
VII. Bibliografía básica.	

RESUMEN

Este artículo trata de desarrollar el problema del derecho del mar, desde la perspectiva de un país subdesarrollado, como es Costa Rica, y desde el punto de vista de un ciudadano del Tercer Mundo que protesta por la explotación (del mar y de la tierra y de cuantos rincones del globo existan) de parte de las potencias imperialistas de turno.

El derecho, y en este caso, el ordenamiento legal del mar, no pasa de ser la traducción política de la hegemonía de las superpotencias del mundo con respecto a la mayoría de países dominados y dependientes de esos macro centros de poder militar, económico y político.

Precisamente, en este sencillo análisis se observa, esa pelea pacífica develadora del derecho, como instrumento de fijar las reglas de juego entre sujetos jurídicos, formalmente libres e iguales (los Estados), pero sustancialmente desiguales y atados.

Este breve ensayo parte de una introducción del tema, para pasar al detalle del nuevo derecho del mar, a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, con la aplastante dominación de los Estados Unidos sobre la América Latina y el denominado Mundo Occidental; y, posteriormente, pasar revista a varias leyes nacionales referidas al problema en cuestión. Finalmente, las conclusiones de este escrito *minori*, parecen ser un callejón sin salida para los países subordinados a los grandes centros de poder del Orbe.

Se debe hacer la indicación que este derecho del mar, está haciéndose a nivel internacional y en la dimensión nacional, en esa pugna —en la mesa de negociaciones— entre los países ricos y los países subdesarrollados.

I.— INTRODUCCION.

El tema de los aspectos que protege lo que se ha dado en llamar Derecho del mar, como parte específica del Derecho público, adquiere relevancia en virtud del desarrollo tecnológico y científico que le permite a las grandes potencias explotar las riquezas, en flora y fauna, que se encuentran cerca de las costas de los países pobres, empobrecidos o periféricos (en el lenguaje de la CEPAL) del mundo.

Gobiernos, ordenamientos legales y hombres de los países subdesarrollados y explotados del globo terráqueo, observan —casi indefensos— cómo y de qué forma los países imperialistas y explotadores se llevan la riqueza constituida por los bienes del mar de los estados ribereños o costeros.

Ante esta perspectiva de saqueo de los mares, las naciones débiles claman por el imperio del Derecho, pues no pueden enfrentarse en el mismo terreno a las naciones superdesarrolladas militar, política, económica y tecnológicamente.

La famosa tesis de Hugo Grocio sobre la libertad de los mares, que le sirvió a las potencias impe-

rialistas de la época para explotar a sus competidores y a sus colonias, sigue siendo un bastión importante para las potencias de hoy, que al igual que ayer, usan su poder integral para sojuzgar pueblos y succionarles sus bienes terrenales. Por ello, Vicente Sáenz decía que las riquezas en recursos naturales les ha servido a los países que las tienen para su desgracia, en lugar de ser utilizadas en bien y en provecho de su pueblo.

Actualmente, japoneses, estadounidenses, canadienses, etc., llegan a nuestras costas y se llevan los bienes de nuestro mar patrimonial ante la debilidad de nuestra nación.

Ante ello el jurista tiene una responsabilidad con su país y con el pueblo al cual pertenece. Debe ayudar a que los recursos de su nación favorezcan a su comunidad; e incluso, impedir que en su colectividad los recursos sean instrumentalizados por una minoría para su enriquecimiento y fortalecimiento como élite super rica en una sociedad empobrecida, dando lugar al colonialismo interno del que habló Pablo González Casanova.

II. DERECHO Y ECOLOGIA.

Ante el desarrollo de la ciencia y de la tecnología marinas, la explotación de las riquezas del mar se lleva a cabo en forma ilimitada, irracional y destructiva. El hombre reitera su afán de hacer añicos la naturaleza y destrozarse su hábitat. Desde este ángulo, la ecología y la conservación de los ecosistemas biológicos, son desdeñados por las grandes empresas transnacionales y por las superpotencias que dominan el mundo.

Ante esta desoladora perspectiva, se le debe exigir a los gobernantes responsabilidad, también, en el campo de la sobrevivencia humana y una preocupación constante y permanente por todo lo que la ecología significa e implica para el desarrollo de cada ser humano y el de cada grupo social.

Pero, no sólo las enormes transnacionales explotan sin misericordia las riquezas de los países subdesarrollados y empobrecidos por ellas mismas, sino que en el interior de cada nación del Tercer Mundo, existen clases políticas (como dijo Gaetano Mosca) que explotan esas riquezas naturales en beneficio propio e irracionalmente. Por ello, el problema se debe analizar desde el ángulo del colonialismo exterior e interior. A pesar de todos estos obstáculos, las normas jurídicas que se promulguen por esas clases políticas, deben ser aplicadas en función de la protección, preservación y explotación racional de los bienes terrenales.

En este sentido, el derecho puede ser una solución parcial a los problemas de los desequilibrios ecológicos, máxime cuando la destrucción de la naturaleza y del hábitat también perjudican los intereses de las clases sociales dominantes en todas las naciones del mundo.

III.— EL NUEVO DERECHO DEL MAR.

Puede decirse que por Derecho del mar cabe

entender las convenciones, tratados, leyes, decretos ejecutivos (normas jurídicas, en sentido general) tendientes a regular (tanto como ordenamiento interno y externo o internacional) todo lo relacionado con la explotación, investigación, pesca, límites, zonas de territorio jurisdiccional de cada país, etc., en el espacio denominado como marítimo.

El viejo Derecho del mar, que se puede situar antes de 1949 (convencionalmente) tuvo tesis clásicas de las cuales partía, por ejemplo: mar abierto, libre o alta mar, a partir de las tres millas náuticas contadas de la línea de baja mar del Estado ribereño o costero. Así, se sostuvo que el mar territorial tenía una anchura de tres millas marítimas, las cuales se ampliaron a doce millas. Como veremos, el vigente tratado de alta mar, afirma que el alta mar o mar libre empieza a partir de la terminación de las doce millas de mar territorial nuestro, negando o contradiciendo el anunciado constitucional del artículo sexto que indica un mar jurisdiccional de 200 millas (12, de mar territorial más 188, de mar patrimonial o jurisdicción especial).

Esta tesis favoreció, en América a los Estados Unidos quien hizo, siempre (y, lo ha venido haciendo) realidad el principio de hegemonía: "América para los norteamericanos". Precisamente, ante la explotación incontrolada de este país del norte de los recursos del mar en América Latina, su traspatio o bodegón, México y Costa Rica hicieron esfuerzos para llegar finalmente al convenio del CIAT, firmado originalmente por USA y nuestra nación.

De ese modo, un mar territorial pequeño y el mar abierto a disposición de las potencias del mar, perjudicó —sin duda— a los países de América Latina.

Se puede decir que el nuevo Derecho del mar surge con el CIAT y se continúa con el aporte de los países latinoamericanos a la legislación marina, a los cuales ya hicimos referencia en otro trabajo(1), y que aquí solamente citaremos:

- * Reunión de Río de Janeiro (1950): se reúne el Consejo Interamericano de Jurisconsultos para precisar zonas del territorio marítimo, suelo, subsuelo y espacio aéreo del Estado ribereño.
- * Declaración de Santiago de Chile (1952): Ecuador, Perú y Chile declaran que el mar territorial de cada uno de ellos es de 200 millas marítimas.
- * Proyecto de 1952: el Comité Jurídico Interamericano incorporó la tesis de la soberanía del Estado ribereño sobre su espacio aéreo, marítimo, continental e insular, ampliando, así, el ámbito de ejercicio de la soberanía estatal.
- * Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1953): esta reunión de Buenos Aires

conoció el supra citado proyecto de 1952, sin rendir veredicto alguno.

- * Décima Conferencia Interamericana (1954): esta sesión de Caracas estudió el tema de la preservación de los recursos naturales, plataforma continental y aguas del mar.
- * Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1956): en México, se establecieron los llamados "principios" que afirmaron que la tesis de las tres millas marítimas como mar territorial eran insuficientes, motivo por el que los Estados ribereños debían establecer mares jurisdiccionales razonables.
- * Conferencia especializada Interamericana (1956): en la República Dominicana, se establecieron en esta conferencia puntos relativos a la preservación de recursos naturales. Se determinó que al criterio de los 200 metros para delimitar la plataforma continental, se le debía añadir el de la explotabilidad de los recursos citados.
- * Dictamen del Comité Jurídico Interamericano (1965): el jurista Alfonso García Robles, miembro de dicho comité redactó tal dictamen, en el cual aceptó la tesis de las 200 millas náuticas como mar soberano del Estado ribereño, haciendo la distinción, que en lenguaje actual, se conoce como mar territorial y mar patrimonial.
- * Reuniones de Montevideo (1970), Lima (1970) y Santo Domingo (1972).
Montevideo: los Estados ribereños pueden disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas.
Lima: se afirma que los Estados ribereños tienen el derecho de fijar su mar jurisdiccional.
Santo Domingo: sostiene la tesis de las 12 millas náuticas para la anchura del mar territorial y una zona adyacente a éste de 188 millas marítimas en el cual ese Estado ejerce derechos soberanos sobre la explotación de los recursos naturales o bienes del mar.

También en las diversas Conferencias sobre Derecho del Mar, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los países latinoamericanos han manifestado su criterio de protección a las riquezas del mar, como fuente de desarrollo económico-social de sus respectivos pueblos.

IV.— ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL.

Nuestro país ha ratificado varias convenciones, convenios o tratados internacionales propios del Derecho del mar. Ello, implica que tales convenios se han incorporado al Ordena-

(1) ROMERO PEREZ, J.E. *Un aspecto del Derecho del mar: la plataforma continental y sus correlatos*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 31, 1977), pp. 115 a 158.

miento Jurídico costarricense con un rango inferior, solamente, a la Constitución Política, según la redacción del artículo sétimo, el cual dice:

"Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*".

Siendo, su párrafo segundo muy interesante cuando se toma en consideración que estamos tratando una faceta del territorio, como elemento del Estado, es decir, el mar jurisdiccional.

"Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto".

(Así reformado por Ley No. 4123 del 31 de mayo de 1968).

(Las cursivas son nuestras).

1) Convención entre Estados Unidos y Costa Rica para el establecimiento de una comisión interamericana del atún tropical.

Esta convención (CIAT) no fue ratificada por el Poder Legislativo (2), lo cual implica la ausencia de un requisito de rango constitucional, con todo lo que ello significa.

La redacción de 1949 de ese artículo 7, fue la siguiente:

"Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria.

Cualquier tratado o convención que tramite al Poder Ejecutivo, referente a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de votos de una Asamblea Constituyente convocada al efecto" (3).

Por lo que respecta a la Carta Magna de 1871 y al proyecto de Constitución Política de la Junta de Facto de 1948, en ninguno de esos documentos existía una norma semejante.

Sobre este art. 7, reformado, expresa ORTIZ que fija la superioridad de los tratados y convenios internacionales sobre la ley, pero omite regular la vía procesal adecuada para hacer valer la violación de aquellos por ésta. La solución —parece ser— la impugnación de la ley como inconstitucional, en cuanto violatoria del art. 7 de la Constitución Política. Añade este jurista que esta reforma fue parte

del esfuerzo realizado para coordinar nuestra Carta Fundamental con los instrumentos internacionales del Mercado Común Centroamericano (4). Como es sabido este mercado ha tenido muchos obstáculos y problemas en su realización, en parte generados por los regímenes dictatoriales y de fuerza existentes en el istmo.

La citada convención (CIAT) de 31 de mayo de 1949, aprobada por el Gobierno de Facto, mediante Decreto-Ley No. 844, pero el Poder Legislativo no ratificó ese convenio. Claro está que el reconocimiento que hizo la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, sobre la facultad de emitir normas jurídicas de parte del gobierno de facto, encabezado por José Figueres es asunto distinto.

Ese convenio señala que las partes contratantes que teniendo en consideración el interés común en mantener la población de atunes de aletas amarillas y bonitos y otras especies de peces que pescan las embarcaciones atuneras en el Pacífico Oriental y deseosos de cooperar en la compilación e interpretación de datos fidedignos que faciliten el mantenimiento de las poblaciones de esos peces en un nivel que permita un continuo aprovechamiento máximo año tras año, han convenido en concertar una convención para estos fines (v.gr.):

- a) Establecer y mantener una comisión mixta que se llamará Comisión interamericana del atún tropical.
- b) La CIAT rendirá un informe anual a cada gobierno firmante, sobre sus investigaciones y conclusiones, con las recomendaciones que sean factibles y sobre otros aspectos relacionados con los fines de la CIAT.
- c) La CIAT se reunirá, por lo menos, una vez al año.
- d) La CIAT nombrará un director de investigaciones, que deberá ser un técnico competente. Este director, entre otros deberes, se encargará de preparar los planes de investigaciones y sus respectivos presupuestos.
- e) Los idiomas oficiales serán el español y el inglés.
- f) Las funciones de la CIAT son:
 - i— Hacer investigaciones sobre la abundancia, biología, biometría, ecología de los atunes aletas amarillas (*neothunnus*) y bonitos (*katsuwonus*) de las aguas del Pacífico Oriental que pesquen los nacionales de las partes contratantes. Asimismo, las clases de pescado que, por lo general, se usan como carnada en la pesca del atún, especialmente, la sardina y otras clases de peces que pescan las embarcaciones atuneras.

(2) ECHEVERRÍA BREALEY, Juan José. *Intervención en la Asamblea Legislativa, como diputado, en las sesiones ordinarias Nos. 45 y 46, los días 26 y 27 de abril de 1978* (San José: ed. poligrafiada, pp. 11 y 12).

(3) Al respecto ver el índice preparado por la Licda. Blanca Solís Marín sobre reformas a la Carta Magna, en el ensayo del profesor Eduardo Ortiz, *Costa Rica: un Estado social de Derecho*, (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 29, 1976, pp. 23 a 157).

(4) ORTIZ, Eduardo, *op. cit.* p. 113.

- ii— Compilar y analizar informes relacionados con las condiciones presentes y pasadas, y de las tendencias que se observen en las poblaciones de peces que abarca esta convención.
- iii— Estudiar y analizar informes relativos a los sistemas y modos de mantener y de aumentar las poblaciones de los peces que incluye esta convención.
- iv— Pescar y desarrollar otras actividades en alta mar, de acuerdo con los fines de la CIAT. (científicos y ecológicos).
- v— Hacer recomendaciones a las partes contratantes, de carácter científico, técnico y ecológico.
- vi— Compilar estadísticas y toda clase de datos sobre la pesca y las operaciones de las embarcaciones pesqueras.

La ratificación de este convenio, la llevó a cabo la Junta de Gobierno, luego de la firma —por Costa Rica— del embajador plenipotenciario Mario A. Esquivel y de Jorge Hazera, consejero de la embajada costarricense.

Por su parte, la misma CIAT, en su Título V, párrafo cuarto, afirma que *"en cualquier momento después de la expiración de diez años a contar de la fecha en que entre en vigor esta Convención, cualquiera de las Altas Partes contratantes podrá dar aviso de su intención de denunciarla"*. Puntuando que:

"Tal notificación tendrá efecto, en relación con el gobierno que la transmita, un año después de ser recibida por el gobierno de los Estados Unidos. Después de que expire dicho período de un año, la convención continuará en vigor solamente en relación con las Altas Partes contratantes restantes".

Esta convención fue firmada con fines científicos, técnicos y ecológicos, dada la explotación irracional que los barcos, principalmente, con bandera de los Estados Unidos hacían de los bienes del mar, concretamente, en las costas de los países latinoamericanos. En vista de la Segunda Guerra Mundial, las costas de esos países, proporcionaron a los Estados Unidos una gigantesca cantidad de alimentos. Tal pesca se hizo "respetando" sólo las tres millas náuticas, que se tenían como límite del mar territorial. A partir de estos años de 1940, los Estados Unidos siguieron succionando la riqueza marítima de las costas de los países de América Latina. Y, por supuesto, que todavía lo continúan haciendo, en beneficio exclusivo de las transnacionales dedicadas al negocio pesquero. Aunque, ahora, bajo la delimitación de un mar territorial de doce millas náuticas.

Con respecto al CIAT, recordemos los Decretos-Leyes de la Junta de Gobierno Nos. 116, 117 y 803 de fechas —respectivamente—: 27 de julio de 1948 y 2 de noviembre de 1949 (5).

2) Decreto-Ley No. 116 de 27 de julio de 1948. Establece un mar jurisdiccional costarricense de 200 millas marítimas a partir de la línea de baja mar, tanto en lo que respecta al territorio continental como al insular.

El fundamento de este fue la protección de los bienes del mar.

3) Decreto-Ley No. 117 de 27 de julio de 1948. Se crea el Departamento de Conservación y Pesca, en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, en vista de la crucial importancia que tienen los recursos naturales del mar.

4) Decreto-Ley No. 803 del 2 de noviembre de 1949.

Afirma la prioridad que tiene para Costa Rica la protección de los bienes del mar y el interés del gobierno nacional por la política de conservación y explotación racional de los mismos.

5) Proyecto de Constitución Política de la Junta de Gobierno.

Este proyecto no se refiere al problema que analizamos. No contiene ninguna norma relativa al derecho del mar, al papel de los tratados internacionales en relación con su ubicación en el Ordenamiento legal del país.

6) Constitución Política de 1949.

Ya anotamos el art. 7, en su redacción original y la reforma que sufrió en 1968, como parte de la adaptación de Costa Rica al proceso de integración económica centroamericana.

Asimismo, cabe citar el art. 6, tanto en su enunciado primario como en el actual.

Art. 6 (1949).

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio y en sus aguas territoriales y plataforma continental, de acuerdo con los principios de Derecho internacional y con los tratados vigentes.

Art. 6 (1975).

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de 200 millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas,

(5) ROMERO PEREZ, Apud, pp. 123 a 126.

el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios (así reformado por Ley No. 5699 del 5 de junio de 1975).

También, es conveniente citar el hecho de que en la Carta Magna de 1949, se establece que la isla del Coco forma parte del territorio nacional (art. 5). Esta isla es muy importante en la Ley No. 6267, de 1978, que analizaremos más adelante, por cuanto define aguas jurisdiccionales aquellas que rodean esa isla —a partir de su baja— en 200 millas náuticas.

7) Decreto Ejecutivo No. 2203 de 10 de febrero de 1972.

Este Decreto, siendo Presidente José Figueres, establece lo siguiente:

- i) Mar territorial de 12 millas marítimas, tanto a nivel continental como insular (isla del Coco).
- ii) Se respeta el paso inocente de las naves de otros países.
- iii) Este Decreto rige a partir del 15 de febrero de 1972.

8) Decreto Ejecutivo No. 2204 del 10 de febrero de 1972.

En este Decreto se establece:

- i) Jurisdicción especial de Costa Rica sobre los mares adyacentes a su mar territorial, llamada mar patrimonial.
- ii) El Estado costarricense, en ese mar patrimonial, ejercerá funciones de protección y conservación de los bienes del mar.
- iii) La anchura del mar patrimonial es de 188 millas náuticas, que junto con las 12 millas marítimas del mar territorial, suman la cantidad de 200 millas en el mar. Esas medidas se cuentan a partir de la línea de baja mar.
- iv) Los extranjeros pueden pescar en el mar jurisdiccional de Costa Rica, —específicamente, en el mar patrimonial— sujetos al derecho del mar costarricense.
- v) Se tiene presente el Derecho Internacional, como un régimen legal que somete a la Ley a los distintos países.

9) Ley No. 5699 del 5 de junio de 1975.

Esta Ley reformó la Carta Magna, en su artículo 6, en el sentido ya transcrito.

Ya, a nivel constitucional, se establece un mar jurisdiccional de 200 millas marítimas. Haciendo la distinción entre mar territorial —donde se ejerce la plena soberanía— y el donde se ejerce una jurisdicción especial, cuya anchura es de 188 millas náuticas.

Hay que indicar que la Junta de Gobierno, en la euforia del triunfo del reformismo de la pequeña burguesía en ascenso —representada por el Partido Social Demócrata—, fijó (por el Decreto-Ley No. 116 de 27 de julio de 1948) la anchura del mar territorial de Costa Rica en 200 millas náuticas. Frente a esto, la Carta Magna, en su art. 6, omitió referirse a la anchura del mar territorial, al dejar la delimitación del mismo a "los principios del Derecho Internacional y a los Tratados vigentes". De este modo, la Asamblea Nacional Constituyente, por un conservadorismo que le fue propio, prefirió no pronunciarse sobre el Decreto-Ley No. 116, citado, el cual quedaba sin efecto, por el principio de la jerarquía de la Constitución Política con respecto a otras normas de menor rango (6).

Ahora, analicemos la situación del Derecho del mar, enfocando la cuestión hacia la pesca.

10) Decreto-Ley No. 190 del 28 de setiembre de 1948: regulación sobre la pesca y la caza marítimas.

Esta normativa legal, manda lo siguiente:

- 1) *La pesca es importante para el país. Por tanto, el Estado debe proteger la conservación y la explotación de los recursos del mar (art. 1).*
- 2) *Esta normativa regula el ejercicio de la pesca y de la caza en aguas jurisdiccionales; y, en las aguas interiores del país; dicho ejercicio en mar libre (alta mar) mediante embarcaciones de matrícula nacional; asimismo, cualquier actividad comercial, industrial o deportiva en que intervengan como objeto los productos de la pesca y de la caza marítimas; la flora que vive permanentemente en aguas internas y jurisdiccionales costarricenses, aunque transitoriamente queden fuera de las citadas aguas durante el reflujio; y, todas las demás que señale el reglamento de este Decreto-Ley No. 190.*

Tanto este Decreto-Ley No. 190, como su reglamento No. 363 del 11 de enero de 1949, los promulgó la Junta de Gobierno, al tenor de su política con respecto al Derecho del mar. El Decreto-Ley No. 190, consta de 31 artículos y el reglamento de 33 artículos. En estas normativas se establecen sanciones para los barcos que lesionen el ordenamiento jurídico nacional. Claro está, se trata de sanciones, que ahora, son ridículas por lo inocuas, dada la cantidad millonaria en dólares que se llevan las embarcaciones extranjeras (japonesas, estadounidenses, canadienses, etc.) anualmente (7).

Hay que indicar que esa Ley No. 190 y su reglamento están vigentes en Costa Rica; y, que

(6) En nuestro artículo, ya mencionado *Un aspecto del Derecho del mar: la plataforma continental y sus correlatos*, pp. 125 a 129, hacemos un comentario detallado sobre estos aspectos.

(7) Hacemos la observación que la legislación sobre pesca y caza, en general ha sido compilada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, Dirección General de Recursos Pesqueros y Vida Silvestre (San José: Imprenta Nacional, 1976); publicación que nos ha sido de mucha utilidad en lo que hemos escrito sobre el derecho del mar.

—por supuesto— necesitan una modernización urgente, al tenor de las corrientes modernas del Derecho del mar. Es probable que los empresarios dedicados al negocio de los recursos del mar —radicados en nuestro país— mantengan un enfrentamiento con los empresarios extranjeros (lucha de la burguesía local contra el imperialismo de las transnacionales y sus correspondientes gobiernos hegemónicos).

No hay duda que esta regulación es un aspecto meritorio atribuible a la Junta de Gobierno reformista de los "conocidos" 18 meses.

11) Ley No. 4582 de 30 de abril de 1970.

Esta contiene 6 artículos y un transitorio que autoriza al Poder Ejecutivo para que negocie un empréstito con el fin de estudios sobre la factibilidad de construir una base pesquera en la Isla del Coco.

En esta ley se declara de interés público el fomento y desarrollo de la industria pesquera, la cual será impulsada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

12) Ley No. 4936 de 28 de diciembre de 1971.

Por esta ley, la Asamblea Legislativa ratificó la convención sobre la plataforma continental firmada en Ginebra el 29 de abril de 1953.

El art. 13 de esta convención, afirma que una vez expirado el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de este convenio, las Partes Contratantes podrán pedir en todo momento, mediante una comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que se revise esta convención.

El art. 1 define la plataforma continental como:

a) el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas; y, b) el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de islas.

Por su parte el art. 2 afirma que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Aclarando, el párrafo cuarto de este numeral (en relación con el párrafo primero, citado) que se entiende por recursos naturales, los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo.

Por supuesto, que esa redacción responde a los intereses de las grandes potencias explotadoras de los bienes del mar, pues, a propósito, dejaron por fuera los recursos vivos, ya que así pueden llevarse esta riqueza de los países del Tercer Mundo.

Claro está que esta convención debe ser revisada por los países subdesarrollados, ya que esta convención como las demás de las llamadas Confe-

rencias del Derecho del Mar, auspiciadas por las Naciones Unidas constituyen el poder militar, náutico, económico y político de las superpotencias del mundo.

Esta convención consta de 15 artículos.

13) Ley No. 4940 de 23 de diciembre de 1971.

Por esta ley, la Asamblea Legislativa ratifica (conforme al art. 7 de la Carta Magna) la convención de alta mar, firmada por Costa Rica —en Ginebra el 29 de abril de 1958—.

Esta convención tiene 37 artículos.

Su art. 1 define el alta mar como la parte del mar no perteneciente al mar territorial (fuera de las 12 millas náuticas) ni a las aguas interiores de un Estado.

Cabe indicar que estas conferencias sobre el mar de las Naciones Unidas no han delimitado el mar territorial ni el mar adyacente, en cuanto a la problemática de la soberanía del Estado ribereño, salvo en el punto singular y estratégico para los países ricos que mantienen la tesis de que la alta mar empieza donde termina el mar territorial; no admitiendo, de hecho, que este mar tenga una anchura máxima de 12 millas náuticas, que es lo que le conviene a los Estados Unidos, Canadá, Japón, etc.

Asimismo, el art. 2 de la convención afirma que estando el alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta convención y por las demás normas del Derecho internacional. Comprenderá, entre otras, para los Estados con litoral o sin él, la libertad de:

- i) navegación
- ii) pesca
- iii) colocar cables y tuberías submarinos
- iv) volar sobre la alta mar

Es el artículo 36, el que manda que una vez expirado el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de esta convención, las Partes Contratantes podrán pedir en todo momento, mediante una comunicación escrita, dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que se revise esta convención.

Definitivamente, esta convención debe ser revisada ya que atenta contra el art. 6 de la Carta Magna. Ello, por supuesto, no obsta para que esta convención ceda (y, se tenga por nula) ante la mayor jerarquía de la Constitución Política, que en ese art. 6, afirma que el alta mar empieza donde terminan nuestras aguas jurisdiccionales, es decir, después de las 200 millas náuticas. Esto, por un lado, y por otro —ya que incluso el Exministro Gonzalo Facio, argumentó en este sentido— cabe señalar que el CIAT nunca ha sido ratificado por la Asamblea Legislativa; y, que lo que hay que revisar (y, desaplicar, obviamente) es la convención de alta mar, la cual es incongruente con nuestra Carta Fundamental.

14) Ley No. 5031 de 26 de julio de 1972.

Esta ley ratificó la convención sobre el mar territorial y la zona contigua.

Esta convención presenta 32 artículos y puede ser revisada al tenor de su art. 30:

"Una vez expirado el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de esta convención, las Partes Contratantes podrán pedir en todo momento, mediante una comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que se revise esta convención".

Su art. 1 afirma que la soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas designada con el nombre de mar territorial.

Los países ricos y poderosos del mundo que manipularon esta convención, se cuidaron de no delimitar el mar territorial, en esta convención firmada en Ginebra el 29 de abril de 1958, ya que en la convención de alta mar plantearon la tesis de que esta alta mar empezaba inmediatamente después del término del mar territorial, que en estos momentos está en una anchura de 12 millas náuticas, según el criterio explotador de las potencias explotadoras del mundo.

Lo anterior, se complementa con el art. 24 de la convención citada, referida a la zona contigua al mar territorial, la cual la delimitan así:

"La zona contigua no se puede extender más allá de las doce millas (náuticas) contadas desde la línea de base desde donde se mide la anchura del mar territorial".

La pregunta es: ¿entonces, ni siquiera aceptan las potencias que explotan el mar, un mar territorial de doce millas? Oficialmente, no!

Efectivamente, pues, estiman —en esta convención— que la zona contigua está a la par del mar territorial; y, que la anchura de la zona contigua y de este mar territorial no puede ser mayor a las doce millas náuticas. Luego, a nivel jurídico, los Estados Unidos, Japón, Canadá —entre los principales explotadores del mar— niegan que el mar territorial pueda tener una anchura de doce millas marítimas.

Estas convenciones deben ser revisadas y denunciadas por nuestros gobiernos. No se puede permitir que los países superdesarrollados del mundo hagan lo que quieren con los países del Tercer Mundo.

Sin duda, al leer estas convenciones de Ginebra de 1958, se palpa el poder de coacción que tienen los países ricos y fuertes del mundo. Son instrumentos legales que facilitan e institucionalizan la explotación de las naciones ricas sobre y contra los países y los pueblos débiles y empobrecidos por esa política de rapiña de las superpotencias. Es, por supuesto, el imperialismo de ayer y de hoy; y, probablemente el de mañana, también.

En lo que respecta al ejercicio de la soberanía del Estado, el art. 1 (inciso 2), afirma que esa soberanía se ejerce de acuerdo con las disposiciones de

esta convención y las demás normas de Derecho internacional (que, sin duda, esas superpotencias manipulan en beneficio).

Tal soberanía del Estado ribereño, se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar (art. 2).

Y, en lo que respecta a la medición del mar territorial, el art. 3, manda que será así:

"La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es —a excepción de aquellos casos en que se disponga otra cosa en estos artículos— la línea de baja mar a lo largo de la costa, tal como aparece marcada en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado ribereño".

15) Ley No. 5032 de 27 de julio de 1972.

Esta convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar, firmada en Ginebra el 29 de abril de 1958, consta de 22 artículos. Repite su art. 20, la mecánica de la denuncia y de la revisión de esta convención, ya conocida:

"Una vez expirado el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de esta convención, las Partes Contratantes podrán pedir, en todo momento, mediante una comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que se revise esta convención".

Su art. 1 señala que todos los Estados tienen el derecho de que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar, a reserva de: a) sus obligaciones convencionales; b) los intereses y derechos del Estado ribereño que se estipulan en la presente convención y c) las disposiciones sobre la conservación de los recursos vivos de alta mar que figuren en este convenio.

Interesante, por lo inocuo, resulta el art. 6 que afirma que el Estado ribereño tiene un interés especial en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en cualquier parte de la alta mar adyacente a su mar territorial. Se trata, esta redacción de una burla de las potencias del mar a los países débiles, pues —de acuerdo con la convención sobre la zona contigua—, ésta es la parte del mar adyacente al mar territorial; y, que, sumados (tanto el mar territorial como la zona contigua) ambos no pueden exceder de doce millas náuticas. Por tanto, al combinar estas redacciones, los países ricos están equiparando "zona contigua" a "mar adyacente", con respecto al mar territorial. Sin que permitan que esas partes del mar, cercanas al Estado ribereño puedan ser mayores a las citadas 12 millas marítimas.

Basta leer con cuidado la redacción de estas convenciones de Ginebra de 1958, para comprobar en ellas el espíritu de explotación y de succión de las naciones superdesarrolladas del globo.

16) Ley No. 5566 de 26 de agosto de 1974.

Esta ley ratifica el convenio sobre la preven-

ción de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, firmada en México D.F. el 29 de diciembre de 1972.

Este convenio contiene 22 artículos y tres anexos.

Importa destacar la motivación del convenio en cuanto afirma que el medio marino y los organismos que mantiene son de vital importancia para la Humanidad y que es de interés común el utilizarlo de forma que no se perjudiquen ni su calidad ni sus recursos. Y, reconociendo que la capacidad del mar para asimilar desechos y convertirlos en inocuos y que sus capacidades de regeneración de recursos naturales no son ilimitadas, llegan a la determinación (las partes contratantes) de firmar este convenio.

A los efectos de este convenio, destacaremos estas definiciones: buques y aeronaves: se entienden los vehículos que se mueven por el agua o por el aire, de cualquier tipo que sean. Esta expresión, incluye los vehículos que se desplazan sobre un colchón de aire y los vehículos flotantes, sean o no autopropulsados.

Mar: todas las aguas marinas que no sean las aguas interiores de los Estados. Y, desechos u otras materias: los materiales y sustancias de cualquier clase, forma o naturaleza (art. 3).

Esta convención es de suma relevancia dados los vertimientos de petróleo y otras sustancias mortales para la flora y la fauna marina. Una serie de esos vertimientos han ocurrido en Europa y por ello, los países europeos se han preocupado de proteger la ecología marina. Por supuesto, que los países del Tercer Mundo quedan a merced de los países superdesarrollados, a pesar de esta clase de convenios. De ahí, deviene la crítica al Derecho Internacional Público, en el sentido de que su eficacia queda sujeta al juego de las grandes potencias del Mundo y a la relación de fuerzas entre los Estados Unidos, Rusia y China Continental, fundamentalmente.

17) Ley No. 5699 del 5 de junio de 1975.

Por medio de esta ley, se reformó el art. 6 de la Carta Magna, para que se lea así:

X "El Estado ejercerá la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional".

"Ejerce, además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios".

(La cursiva es nuestra).

Esta reforma afirma lo siguiente:

1) La soberanía se ejerce, completa y exclusiva, en el mar territorial, de doce millas de anchura (mar territorial).

2) Existe una jurisdicción especial de 188 millas (no de 200 millas, como dice a la letra esa reforma), en la cual el Estado ribereño (Costa Rica) tiene una soberanía "parcial", que consiste en estos derechos soberanos: proteger, conservar y explotar, con exclusividad (con exclusión de otros Estados), todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas y el subsuelo de esas zonas (las que componen lo que se conoce, ya internacionalmente, como mar patrimonial: 188 millas náuticas a partir de donde termina el mar territorial).

Por supuesto que no cabe hablar de una soberanía parcial. Este concepto, tradicionalmente, en el Derecho Internacional Público es improcedente. Pues, la soberanía es absoluta, completa, plena, irrenunciable, intransferible, etc. No cabe plantear soberanías parciales para los Estados. ROUSSEAU, expresa que la soberanía territorial es plena y exclusiva. Y, se ejerce sobre el territorio nacional (metropolitano o extrametropolitano) que forma el territorio estatal; y, sobre, los dos espacios —asimilados por analogía al espacio terrestre estatal— y que constituyen su prolongación horizontal y vertical: el mar territorial y ese espacio aéreo, situado sobre el territorio estatal.

Esa soberanía se ejerce en un sentido positivo, como el conjunto de poderes jurídicos reconocidos al Estado para posibilitarle su ejercicio, en un espacio determinado, de las funciones que le son propias; y, en un sentido negativo, conformado por el exclusivismo, o sea, la facultad de excluir, en el territorio en que se ejerce, cualquier otra competencia estatal (8).

Sin embargo, lo cierto del caso es que ese concepto absoluto de soberanía territorial cedió en favor de la convivencia y de la realidad internacional, ya que mediante la multitud de acuerdos y convenios internacionales (incremento cuantitativo y cualitativo del Derecho Internacional Público), los diferentes países han limitado el ejercicio de sus derechos y obligaciones, siendo la realidad la que nos muestra el concepto de soberanía relativo; o, en otro lenguaje eufemístico, la existencia de derechos soberanos específicos, limitados y concretos, como los que se ejercen en la zona económica exclusiva, mar patrimonial o jurisdicción especial, como se le llama en nuestro artículo 6 de la Carta Magna.

A este respecto, se pueden consultar los convenios ya citados, que integran buena parte del Derecho del mar y que DIEZ DE VELASCO comenta en este mismo sentido (9).

(8) ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. (Barcelona: Ariel. 1966), pp. 224 y 225.

(9) DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. (Madrid: Tecnos. 1976, 3a. ed.), pp. 280 a 291.

De acuerdo con la tendencia del Derecho Internacional Público, en sus tratados, convenios, costumbres, jurisprudencia y prácticas, la soberanía in toto, se dan cuando se trata del territorio propiamente dicho: el continental e insular y el mar territorial. Cuando se está frente al problema del mar patrimonial, zona económica exclusiva o zona adyacente al mar territorial, como cuando se estudia el tema del espacio aéreo, lo relevante es señalar derechos soberanos particularizados en los convenios, así como deberes frente a la comunidad de naciones. Esta situación está, parcialmente, explicada por el hecho de que tanto el Derecho aéreo como el Derecho del mar, están en un proceso de ajuste y de construcción, no dándose todavía —a nivel internacional y consensual— una consolidación de tales ramas del Derecho. Por supuesto, que tal situación se manifiesta así por la lucha, a nivel legal —también— entre los países superdesarrollados y las naciones débiles del Orbe.

18) Ley No. 5775 del 24 de agosto de 1975.

Esta ley viene modificada por la Ley No. 6267, enviada al Poder Ejecutivo por la Asamblea Legislativa el 11 de agosto de 1978.

Al tenor del art. 1 de esa Ley No. 6267, se manda que:

"Elimínase el transitorio de la Ley No. 5775 del 14 de agosto de 1975 y réformanse sus arts. 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9 y 11 (que pasará a ser el No. 12). Se agregan dos artículos, que llevarán los números 13 y 14, y se cambia la numeración de los arts. 12, 13 y 15, que se convierten en 16, 11 y 17, respectivamente (...)."

Art. 1, Ley 5775. Los barcos de bandera extranjera que se dediquen a la pesca del atún, dentro de las 200 millas con referencia a nuestras costas de territorio firme y de 12 millas en relación a las costas de la Isla del Coco, deberán registrarse ante autoridades costarricenses.

Art. 1, Ley 6267. Los barcos de bandera extranjera, que se dediquen a la pesca dentro de las 200 millas con referencia a nuestras costas de territorio firme y las 200 millas en relación con las costas de la Isla del Coco, deberán registrarse ante autoridades costarricenses.

(La negrita es nuestra).

La diferencia de la relación gira sobre el punto relativo a la ampliación del radio de acción de los derechos soberanos en la Isla del Coco. Y, que generaliza la legislación a toda la pesca, y ya no sólo al atún, como lo hace la Ley No. 5775, reformada.

Otro artículo que comentaremos es el sexto.

Art. 6, Ley 5775: "Los barcos pesqueros extranjeros que se encuentren en nuestras aguas jurisdiccionales sin permiso de pesca o de paso correspondiente, se considerarán en

actividades de pesca ilícita y estarán sometidos a lo que dispone el art. 256, inc. primero del Código Penal".

Añadiendo que:

"Además, deberá pagarse una multa de cien pesos centroamericanos por tonelada neta del registro del barco y se les decomisará la totalidad de la captura. El barco y todas sus instalaciones y accesorios quedarán bajo el control de las autoridades judiciales, en tanto no se haya cancelado la multa".

En el caso de reincidencia, este art. afirma:

"Si se encontrare por segunda vez, infringiendo las disposiciones apuntadas, se castigará con el comiso de la nave y de todos sus implementos, accesorios y carga. La responsabilidad penal recaerá sobre el capitán del barco y sus armadores".

El último párrafo es prácticamente igual en la Ley No. 5775 y en la No. 6267, puntualizando —ésta— que se trata de nuestras aguas jurisdiccionales, cuando la Ley No. 5775 sólo habla de aguas, dejando implícito que se trata de nuestro mar jurisdiccional.

Art. 6, Ley 6267. "Las actividades de pesca que realicen barcos extranjeros en las aguas sobre las cuales Costa Rica ejerce una jurisdicción especial, según lo establece el segundo párrafo del art. 6 de la Constitución Política, sin contar con el permiso de pesca o de paso correspondiente, o contraviniéndolos, configurarán el delito de piratería, y en consecuencia, les será aplicado el art. 256 del Código Penal, sin perjuicio de lo que dispongan los convenios internacionales y los principios del Derecho Internacional. La responsabilidad penal recaerá sobre el capitán del barco y sus armadores".

El resto del contenido de este artículo queda prácticamente igual, excepto que la palabra **captura** (Ley 5775) se sustituye por la de **pesca**.

Por lo que respecta (y, en lo que nos interesa) al art. 256 del Código Penal, este manda lo siguiente:

"El que realizare en los ríos navegables, en el mar territorial o en la plataforma continental, la explotación no autorizada de las riquezas ictiológicas de la nación (...) será reprimido con prisión de tres a quince años".

En este artículo se tipifica la figura de la piratería.

Este artículo 256 debe ser reformado para que se lea así:

"El que realizare en los ríos navegables, en las 200 millas marítimas contadas a partir

de la línea de baja mar o en la plataforma continental" (lo demás se mantendría igual).

De ese modo, la piratería se cometería —en el contexto de ese artículo 256 del C.P.—, dentro de las aguas jurisdiccionales de nuestro país; es decir, dentro de las 200 millas náuticas de nuestro mar jurisdiccional (mar territorial más mar patrimonial).

En la situación actual, para resolver conflictos como los que ya se han presentado con barcos canadienses y de los Estados Unidos (USA), lo que debe hacerse por el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo es aplicar la legislación sobre la pesca del atún (Ley No. 5775); o, la de la pesca en general (Ley No. 6267) (hago la observación que cuando terminé este ensayo sobre un aspecto del Derecho del mar, la Ley No. 6267 no ha sido publicada en La Gaceta), bajo el principio general de derecho que afirma que la ley específica prevalece sobre la ley general. En este caso, ya sea la Ley No. 5775 o su correspondiente reforma (Ley No. 6267) prevalecen sobre el Código Penal, sin duda alguna.

Tanto el Poder Ejecutivo como las autoridades judiciales que tuvieron el caso de los barcos detenidos en el mes de abril de este año, actuaron en forma criticable.

Analícemos este caso tan llamativo.

En un editorial titulado *Legalismo y sumisión*, se dijo que *"el Gobierno no ha mostrado preocupación de ninguna clase, habida cuenta de la actitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, en defender nuestra riqueza marina. Las pruebas al respecto son abundantes"*; agregando que *"la conducta observada por nuestro Gobierno en relación con los pesqueros nicaragüenses, que en nuestras aguas hicieron de las suyas no pudo haber sido más negativa para los intereses nacionales"*. Finalmente, La República señaló que nuestros productos que bien merecían una lucha a fondo, y un planteamiento global, en beneficio del país, han sido, no obstante, presa favorita de otras naciones, ante las cuales hemos respondido con un legalismo rayano en el entreguismo" (10).

Ante la captura de barcos estadounidenses y canadienses, los consulados de esos países protestaron ante el Gobierno costarricense invocando el CIAT, (11) lo cual es impropio; sin embargo, el Poder Ejecutivo oyó esas quejas y actuó en favor de esas flotas pesqueras extranjeras. Incluso, pagó campos en los periódicos haciendo una defensa, velada pero efectiva, de esas flotas (12), bajo el título *Libertad de barcos atuneros* fue decretada por Juez Instructor de Santa Cruz, haciendo una defensa curiosa del Ministro de Relaciones Exterio-

res de Costa Rica al decir: *"No fue el Canciller de la República quien ordenó la libertad de los barcos atuneros canadienses y de los Estados Unidos"* (ídem).

Por su parte, la resolución de ese juez de instrucción, redactada y ejecutada instantáneamente (cosa inusitada en los tribunales del país, dada la lentitud de la marcha de las oficinas del Poder Judicial), se fundamentó en el art. 256 del Código Penal (C.P.), haciendo caso omiso de la Ley No. 5775 de 1975, que regula específicamente lo relativo a la pesca del atún (y, la Ley No. 6267 de 1978, en lo referente a la pesca en general, en este año de 1978 entrará en vigencia). La sentencia del Juez de Instrucción de Santa Cruz es falaz por cuanto parte de la aplicación del art. 256 del C.P., cuando lo pertinente es la aplicación de la Ley No. 5775 de 1975, por ser la norma específica eficaz. Lo cierto del caso es que nuestro gobierno actuó, como bien lo dice el editorial citado con un "legalismo rayano en el entreguismo".

Al respecto, bien se afirmó que el Gobierno contribuyó a dejar libres a los barcos capturados (13) en cuestión. Y, por otro lado, ese mismo Gobierno lanzó la cortina de humo de que iba a denunciar (o, ya habíalo hecho, —tal fue la confusión vertida por el Poder Ejecutivo—) el CIAT, como si este tratado fuera el causante del entreguismo de un gobierno, máxime cuando se tiene en consideración la existencia del art. 6 de la Carta Magna y la Ley No. 5775; y, que cualquier norma jurídica opuesta a la Constitución Política cede ante ella.

Precisamente, con relación a la intervención oficiosa y benevolente en favor de las flotas pesqueras extranjeras del Poder Ejecutivo, los diputados (ahora miembros conspicuos del Gobierno actual) Piza Escalante y Echeverría Brealey calificaron de falsas las afirmaciones del entonces Ministro Facio Segreda. Tales abogados (hoy, funcionarios de alta jerarquía de la Administración Carazo) indicaron que el CIAT es un convenio para fines científicos y no comerciales (lo cual es cierto) y que tanto la Carta Magna como la Ley No. 5775 resolvían claramente el caso de la piratería de los buques canadienses y estadounidenses, siendo de pleno rechazo lo actuado por el Juez de Instrucción de Santa Cruz (y con el consenso de Facio Segreda), por cuanto en ese asunto no se aplica el art. 256 del C.P., sino la Carta Magna (art. 6) y la citada Ley No. 5775 de 1975. Siendo sorprendente que *"en solo 24 horas, un juez se declara incompetente (el de Puntarenas), otro (el de Santa Cruz —Guanacaste—) toma el asunto en sus manos y lo resuelve"*. Puntualizando que *"hay asuntos de*

(10) LA REPUBLICA, editorial del viernes 28 de abril de 1978, p. 8.

(11) LA PRENSA LIBRE, editorial del jueves 27 de abril de 1978, p. 6.

(12) LA NACION, lunes 1 de mayo de 1978, p. 23-A.

(13) LA REPUBLICA, editorial del jueves 4 de mayo de 1978, p. 8.

muchísimo menor cuantía que un juez, sólo para estudiarlos, antes de entrar a recibir pruebas, dura tres o cinco meses" (14).

Hay que señalar además, que los Gobiernos de 1970 a 1978 no tuvieron ninguna política en materia de recursos naturales y menos de los bienes de mar. En este sentido es cierto lo que tales abogados manifestaron.

Al respecto, cabe citar lo que Echeverría Brealey, sostuvo cuando fue diputado:

"Nuestro país, desafortunadamente, no cuenta con una política pesquera ni de protección adecuada a sus costas, que permitan la explotación de estos recursos marinos en beneficio de Costa Rica. En varias ocasiones hemos sufrido la humillación de nuestros barcos detenidos en otros países, y muy rara vez hemos podido ejercer actos de soberanía en nuestro mar territorial y patrimonial, en defensa de esos recursos" (15).

Y, en lo referente a los barcos extranjeros, capturados a unas 17 millas náuticas de nuestras costas del Pacífico, señala este abogado que en 24 horas fueron puestos en libertad bajo el argumento del amparo del CIAT a esos barcos y de que el art. 256 del C.P., no se podía aplicar a ese caso, por cuanto se refería sólo al mar territorial, es decir, a las 12 millas marítimas de la línea de baja mar.

Sobre esto, Echeverría expresó que el CIAT es una convención científica (lo cual es verídico) y que además esa convención no fue nunca ratificada por Costa Rica (16). Por ello, es falsa e inexacta la afirmación de Facio (17), en defensa —de facto— de los barcos atrapados y puestos en libertad, con intervención del Juez de Instrucción de Santa Cruz en 24 horas, lo cual es un verdadero milagro en la tramitación de un asunto judicial.

Asimismo, se comprobó que las administraciones de 1970 a 1978 no denunciaron el CIAT como es debido y al tenor del contenido mismo del CIAT. Por otro lado, lo que hay que denunciar son los convenios sobre alta mar, mar territorial, zona contigua y plataforma continental; y, en lo que respecta al CIAT, hacerlo cumplir como convenio científico y protector de los bienes del mar.

El abogado Echeverría calificó de irregular el procedimiento del Juez Instructor de Santa Cruz, por lo que pidió al Poder Judicial junto con otros diputados —de ese entonces— investigara los hechos (18).

Por la Cámara de Comercio e Industrias de

Puntarenas, el Dr. Raúl Canessa Murillo —Presidente de esa entidad—, presentó ante el Poder Judicial queja contra el Juez de Instrucción de Santa Cruz y el de Puntarenas, respectivamente.

Los barcos atrapados por el Gobierno de Costa Rica y luego, rápidamente puestos en libertad, se capturaron a 13, 16 y 17 millas náuticas de nuestras costas del Océano Pacífico. El escrito de queja, entre otras cosas, del Dr. Canessa, señaló que existía congruencia entre el art. 6, párrafo segundo de la Carta Magna y la Ley No. 5775 de 1975, a los efectos de considerar a tales barcos y su tripulación como piratas, en la medida en que, por disposición de la Ley No. 5775, se manda que el art. 256 del C.P. se aplique al tenor de esa Ley No. 5775.

Lo que le extrañó al Dr. Canessa, a los diputados que formularon la queja ante el Poder Judicial y al autor de estas líneas es la velocidad con que las autoridades de Puntarenas y Santa Cruz (jueces instructores) resolvieron este asunto de piratería, cuando —como bien señalaron los quejosos— los asuntos que se presentan a los tribunales del país tardan meses y años en resolverse (19).

La Cámara de Comercio e Industrias de Puntarenas y la Cámara Puntarenense de Pescadores emplazaron públicamente a los Supremos Poderes de la Nación, contestando el Poder Judicial —archivando el expediente de queja, al considerar que lo procedente "es desestimar las diligencias", en virtud de los considerandos efectuados— y el Poder Ejecutivo, señalando que el Juez de Instrucción de Santa Cruz había actuado bien.

Los diputados, firmantes de la queja, le expusieron al Poder Judicial, —entre otras manifestaciones— que *"se trata de que el señor juez de instrucción de Santa Cruz, con una diligencia digna de mejor causa, resolvió administrativamente el asunto, con base en una resolución dictada en 24 horas, y al parecer (20) ejecutándola de inmediato, sin esperar siquiera a que quedara firme, ordenó la liberación de dichos barcos atuneros, que zarparon inmediatamente, dejándoles así fuera del alcance de las autoridades del país, irreversiblemente"* (21).

Por su parte, el Juez de Instrucción de Puntarenas, le contestó a la Inspección Judicial que como el hecho sucedió frente a Cabo Velas, en jurisdicción de Santa Cruz, procedió a remitir al juez

(14) LA REPUBLICA. *Afirmación de Facio resulta mentirosa*, viernes 28 de abril de 1978, pp. 1 y 3.

(15) Actas de la Asamblea Legislativa 45 y 46, de los días 26 y 27 de abril de 1978, intervención del diputado Juan José Echeverría Brealey; versión mimeografiada, p. 1.

(16) ECHEVERRÍA, *ibidem*, pp. 6, 7, 11 y 12.

(17) ECHEVERRÍA, *cit.*, pp. 11 y 12.

(18) En la Inspección Judicial del Poder Jurisdiccional, se encuentra el expediente correspondiente a este asunto.

(19) Expediente *cit.*, folios 1 y 2.

(20) Lo cual resultó cierto, por declaración expresa de ese juez de instrucción.

(21) Expediente, *cit.*, f. 4.

de instrucción de este lugar, el expediente correspondiente (22). Esta explicación la dio por procedente la citada Inspección (23).

Por su parte el Juez de Instrucción de Santa Cruz, respondió a la Inspección Judicial que la tripulación de los barcos capturados no había cometido el delito de piratería, ya que habían sido capturados fuera del mar territorial, es decir, más allá de las doce millas náuticas a partir de la línea de baja mar de nuestras costas pacíficas.

Sin duda la actuación del citado juez de instrucción fue muy veloz, lo cual es extraño en los tribunales del país, ya que los asuntos que se tramitan en ellos se procesan lentamente, sin duda alguna.

La misma intervención del Ministerio Público fue veloz e incluso oficiosa al presentar escritos que tendieran a darle firmeza a lo actuado por el juez de instrucción, como lo dice este mismo juez (24). Por supuesto que la velocidad en los procedimientos no es un delito; más bien es una virtud procesal. Lo curioso es cuando esa velocidad en los trámites tiene como efecto final la libertad de barcos extranjeros que se llevan de nuestras aguas jurisdiccionales (mar patrimonial, cubierto por la Carta Magna —art. 6— y la Ley No. 5775) una cantidad de pesca valorada en miles de dólares. Sin duda alguna, se dio el delito de piratería, ya que la Ley No. 5775, claramente establece, que se aplicará el art. 256 del C.P. a quienes cometieren hechos jurídicamente relevantes dentro de las 200 millas náuticas, de conformidad con los arts. 1 y 6 de esa ley. No cabe interpretar, como lo hizo el Juez de Instrucción de Santa Cruz que la expresión "aguas jurisdiccionales", de la citada ley, se refiere a las 12 millas de mar territorial cuando el art. 1 de la Ley 5775 se está refiriendo, concretamente, a las 200 millas marítimas, que incluye el mar territorial y el mar patrimonial, en concordancia, con el art. 6 de la Constitución Política.

En otras palabras, el juez citado aplicó el Código Penal (art. 256) olvidándose de la Ley No. 5775 y de la Carta Magna (art. 6), bajo la tesis de que la piratería se comete en el mar territorial (12 millas náuticas) y que los barcos fueron apresados a 13, 16 y 17 millas marítimas de las costas costarricenses. Esta tesis del juez es absurda e impropia, ya que la Ley No. 5775 de 1975, subrayamos, señala que la piratería se comete dentro de las 200 millas náuticas (arts. 1 y 6 a partir de la

línea de baja mar de nuestras costas, aplicándose el art. 256 del C.P. por expreso mandato de esa Ley No. 5775.

Al respecto, recomendamos que este art. 256 del C.P., sea reformado —repetimos—, en el sentido de que se aplique a las 200 millas indicadas. Esto es lógico, ya que el desarrollo del Derecho del mar es posterior y más dinámico que la evolución del derecho penal o represivo, que en nuestro país ha tomado en consideración la piratería aérea y los movimientos urbanos y rurales conocidos como "huelgas" y "ocupación en precario", con el fin de proteger la estabilidad política del sistema republicano liberal y la propiedad privada. Claro está que ahora que los empresarios de la pesca se resienten por la captura de bienes del mar de barcos extranjeros, están presionando ante los tres Poderes del Estado para que esa fuente de riqueza les favorezca a ellos. Como se ve es un enfrentamiento entre los capitalistas ubicados fuera del país y los que están en nuestra nación, en pugna por los millones de dólares que significa, anualmente, el monto de la pesca en las costas costarricenses de los mares Pacífico y Atlántico.

La Inspección Judicial, en nuestro criterio, se equivocó (al aceptar la tesis del Juez de Instrucción de Santa Cruz, en su considerando único) por las razones expuestas supra.

Este considerando único, dice:

"Que en cuanto al señor Juez de Instrucción de Puntarenas se refiere, éste únicamente se limitó a recibir el testimonio de un testigo, y pasar luego por incompetencia las diligencias, al señor Juez de Instrucción de Santa Cruz, el cual informa que en el caso de los buques atuneros, tanto el informe del teniente Juan Ramón Aponte Abando, como el requerimiento de instrucción formal, establecen que los buques fueron capturados a trece, dieciséis y diecisiete millas de la costa, es decir, fuera del mar territorial. Que la Ley No. 5775 en su art. 6 indica que su aplicación es únicamente a buques capturados dentro del mar territorial (25) que es de doce millas, y como dichas embarcaciones se encontraban fuera del límite territorial indicado, no cabía la aplicación del artículo 256, inciso 1 (26) del Código Penal; por lo que este Tribunal acepta las explicaciones rendidas por ambos funcionarios, y opta, en consecuencia por desestimar esta queja, por no haber mérito para imponerles una corrección disciplinaria" (27).

Estimo que el mérito para sancionar disciplinariamente a un funcionario o empleado del Poder

(22) Expediente *id.*, f. 7.

(23) Expediente *ib.*, fs. 19 y 20.

(24) Expediente *cit.*, fs. 9 y 10.

(25) Expediente *cit.*, f. 19. Esta afirmación es falsa, por cuanto esta ley, en su art. 1 ubica su mandato en las 200 millas náuticas (aguas jurisdiccionales = mar territorial, 12 millas, + mar patrimonial, 188 millas) y manda que se aplique el art. 256 del CP (delito de piratería) a los que pesquen en esas 200 millas de nuestro mar jurisdiccional, sin cumplir con los requisitos de esta ley. Caso en el que localizan los hechos efectuados por los "barcos piratas" capturados, legalmente, por nuestro Gobierno.

(26) Expediente *id.*, f. 19. La Ley 5775 —específica— manda que ese art. 256 se aplique, por ello no es cierto lo que este considerando dice.

(27) Lo que hubo aquí fue equivocación de parte del Juez de Instrucción de Santa Cruz; fue un error judicial.

Judicial no radica en el contenido mismo de una sentencia, ya que, incluso en la hipótesis (personalmente creo que el Juez de Instrucción de Santa Cruz se equivocó) de un error judicial, no cabe una sanción de ese tipo, por cuanto no se puede sancionar a un juez a quo por el hecho de que su sentencia sea revocada por el juez ad quem. La sanción podría caber en el supuesto de soborno probado, por ejemplo. En este caso sí cabe sanción disciplinaria.

La Inspección Judicial no tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo de la sentencia porque no es juez ad quem del juez de instrucción citado y porque sus funciones son otras, al tenor literal del articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativo a la Inspección Judicial, esencialmente en lo que atañe a la "pronta administración de justicia" (la lentitud de los tribunales, se debe —en parte— a una urgente reestructuración global del Poder Judicial, cuyos organigramas y fluxogramas, en buena parte ya son obsoletos), la disciplina, la recta conducta de los funcionarios y empleados judiciales, el decoro personal y el correcto desempeño de las funciones burocráticas (28) asignadas a este ente burocrático (cf. Max Weber) conformador del Estado moderno. De ahí, pues, que estimemos que el fundamento (considerando único) de la resolución de la mencionada Inspección es improcedente.

Volviendo a la Ley 6267 de 1978, reformado de la Ley No. 5775 de 1975, citaremos el art. 7 de la normativa No. 6267 que manda:

"Los capitanes de todas las embarcaciones y aeronaves de bandera nacional quedan investidos de autoridad para que colaboren en el cumplimiento de esta ley, exclusivamente" (párrafo 2).

Como se observa, fácilmente, se pretende que un canadiense, un japonés o un estadounidense que viene a nuestras aguas jurisdiccionales a llevarse nuestra riqueza del mar, actúe como una autoridad costarricense, a los efectos de esta ley y de su cumplimiento. Vaya ilusión!

Al respecto, cabe citar lo que se dijo en la Asamblea Legislativa sobre este particular.

En la Comisión de Asuntos Económicos se tramitó el proyecto de la Ley No. 6267. En esta comisión el Lic. Peralta Prado, abogado, señaló que los Tribunales estaban aplicando la Ley No. 5775 erróneamente, ya que sin duda la Carta

Magna —art. 6— y la citada ley eran congruentes con el criterio legal acerca de nuestras aguas jurisdiccionales de 200 millas náuticas (29). También, este funcionario afirmó en esa Comisión, que hay que ponerle remedio a la forma en que nos están pirateando nuestra riqueza del mar (30).

En lo que respecta a los roces con Colombia, debido a las 200 millas náuticas a partir de la Isla del Coco, el actual Gobierno guarda silencio, como también lo guarda con relación a la marcha de las negociaciones con la superpotencia de los Estados Unidos, cuando —precisamente— los periódicos de los meses de mayo a junio de 1978 son una prueba documental de la cantidad de afirmaciones que altos jerarcas del gobierno (ya sea electos o en ejercicio del cargo) hicieron en el sentido de que serían duros con los piratas que nos dejan sin la riqueza del mar (31), como por ejemplo, lo siguiente:

"Costa Rica apresará a todo atunero que pesque sin permiso" (. . .) capturando, así, a los atuneros ilegales, bajo el acápite: "Carazo será más estricto dicen en Estados Unidos".

O, esta otra afirmación: "Gobierno aplicará Ley No. 5775" (32), cuando, ni siquiera —al terminar este escrito— se ha publicado la reforma a esa ley (es decir, la Ley No. 6267 de 1978); aunque, sí —rápidamente— ha excluido 62 leyes de la Ley General de la Administración Pública y tiene al país en un estado de incertidumbre con respecto a la eficacia de esta ley garantizadora de la legalidad y la moralidad de la actuación del Estado.

Asimismo, la propia declaración del Presidente Carazo, en el sentido de que "Costa Rica hará respetar límite de 200 millas" (33), está quedando debilitada por los hechos ya que la comisión de negociación, a la cual está incorporado un representante de los empresarios del atún y de las riquezas del mar ha tenido que ir cediendo ante las presiones de funcionarios del Gobierno de los Estados Unidos y de empresarios pesqueros norteamericanos. Esto lo prueban los documentos que se han redactado, cada vez con menos páginas y cada vez más generales y abstractos, señal inequívoca de la presión del poderoso país del Norte de América. Esto es comprensible, en la medida en que somos una colonia factual de los Estados Unidos, como lo es la América Latina y Europa con su Mercado Común Europeo en manos de capitalistas estado-

(28) Arts. 120 a 125 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(29) Acta No. 64 de la Comisión de Asuntos Económicos del 28 de junio de 1978, p. 1. El Lic. José Francisco Peralta Prado, fue invitado a esa comisión parlamentaria en calidad de Jefe del Departamento Legal del Ministerio de Seguridad Pública.

(30) Acta cit., p. 3.

(31) Periódicos PUEBLO del 29 de mayo al 5 de abril "Gobierno dice estar firme ante piratería atunera" afirma Echeverría Brealey;

LA NACION de martes 23 de mayo "Carazo y Torrijos acuerdan combatir la piratería del atún y contrabandos", etc.

(32) Periódico LIBERTAD del 4 al 10 de agosto de 1978.

(33) LA REPUBLICA, miércoles 12 de mayo de 1978, p. 3.

unidenses. Lo demás es retórica; la realidad es que nuestro país pequeño y empobrecido por las potencias de turno podrá hacer poco frente a esa gran potencia militar, económica y política (en ese orden).

Y, con relación a Colombia, el secreto sigue imperando en la actuación gubernamental (al igual que con la negociación con los Estados Unidos). Sin embargo, circuló un documento universitario en el cual se denuncia que el Gobierno costarricense "*le regala mar a Colombia*" (34).

Como bien señaló un editorial de LA NACION, "*es fácil robar a los débiles, y de Costa Rica se decía —hasta hace poco— que pescaba como los apóstoles en el mar de Galilea hace 2.000 años*" (35).

Parte de la contradicción de nuestro pequeño y empobrecido país, se nota —una vez más— cuando se comprueba que los pescadores nacionales (ínfimos y grandes) deben tener un permiso para pescar en las aguas de su propia nación; pero, hasta el momento, los barcos pesqueros extranjeros desarrollan su actividad abusando de la debilidad y flojera de gobiernos y agentes públicos, como lo enfatizó el diputado Vargas Rojas en su intervención en la Asamblea Legislativa (36).

Por lo que concierne al tema de los capitanes extranjeros, investidos de autoridad costarricense (lo cual es absurdo e ingenuo), el diputado Muñoz Valverde manifestó que le preocupaba mucho esa situación ya que cómo era posible que un capitán de un barco extranjero pueda ser autoridad nacional para intervenir en asuntos de interés público para Costa Rica (37).

Ese punto no fue atacado a fondo y así quedó en la Ley No. 6267, de modo increíble. Así, pues, los capitanes de todas las embarcaciones y aeronaves de bandera nacional quedan investidos de autoridad para que colaboren en el cumplimiento de esta ley.

Todavía es fácil, cumpliendo ciertos trámites sencillos, que empresas extranjeras embanderen sus barcos con el símbolo nacional; lo cual se ha venido practicando hace años, en perjuicio directo de nuestro país. Por ello, debe revisarse esa legislación controlando ese nocivo sistema de embanderamiento de barcos de firmas extranjeras. Por ello, se sigue indicando que la "*venta de la bandera patria continuará*", expresando el actual Ministro de Economía Fernando Altmann que se le abrirá las puertas a las compañías que quieran llegar al país a enlazar atún y a todas aquellas compañías que

quieran embanderar sus barcos con bandera nacional (38).

En otras palabras, el problema —para países subdesarrollados y débiles— consiste en que las transnacionales y las potencias del mundo, registran empresas en esos países explotados con el agregado, por ejemplo: ITT de Costa Rica S.A. Así, firmas y capitales extranjeros aparecen como si fueran costarricenses o nacionales, cuando se trata de empresas foráneas que se adaptan y acomodan a la legislación de nuestro país gracias a un Código de Comercio y una normativa legal caduca y sin defensas frente al capital extranjero que actúa sin cortapisas en suelo nacional. Por otro lado, el embanderamiento de barcos es una tarea sencilla para las empresas supranacionales dedicadas al negocio de la pesca.

Finalmente analicemos los arts. 13 y 14 de la Ley No. 6267 de 1978.

El art. 13 manda:

"Los barcos pertenecientes a *empresas o sociedades extranjeras* de bandera nacional, estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y del Código de Trabajo".

Por su parte el art. 14 dice:

"Para efectos de la presente ley, se considerarán *empresas o sociedades extranjeras* aquellas en que los costarricenses no tengan más del cincuenta por ciento (50 por ciento) de las acciones. En todo caso, las acciones deben ser nominativas. Los mismos requisitos se aplicarán a las enlatadoras y frigoríficos".

Frente a la facilidad de obtener la bandera nacional para ponérsela a barcos extranjeros, Devandas manifestó que la Ley No. 6267 se aplicaría también a las firmas extranjeras, de acuerdo a la redacción del art. 13 supra.

Tanto Devandas como Rodrigo Ureña y Humberto Vargas, Diputados del Partido Pueblo Unido, han estimado que esa ley no es una solución definitiva al problema del saqueo de nuestras costas por barcos extranjeros, pero que —al menos— es un paso importante en el control de ese tipo de piratería en contra de países pequeños como el nuestro (39).

Analicemos esos artículos de dicha ley.

El art. 13 se refiere a los barcos pertenecientes a empresas o sociedades extranjeras de bandera nacional, los cuales quedan subordinados a esta Ley No. 6267, que el Gobierno de Carazo —al fina-

(34) LA PRENSA LIBRE, p. 3, jueves 7 de setiembre de 1978. El título de ese documento universitario fue "*La soberanía nacional en peligro*", escrito por la Escuela de Biología Marina de la Universidad Nacional, Prof. Freddy Pacheco (LA REPUBLICA, miércoles 13 de agosto 1978, p. 9).

(35) LA NACION. *El atún de nuestras aguas*, lunes 29 de mayo de 1978, p. 14-A.

(36) Acta No. 41 del 17 de julio de 1978, p. 16. (ASAMBLEA LEGISLATIVA = A.L.).

(37) Acta No. 41, *cit.*, pp. 31 y 32 (A.L.).

(38) LIBERTAD del 5 al 11 de mayo de 1978, p. 3. Aquí se informa que este negocio de embanderar barcos con el emblema nacional ha sido denunciado como parte de la corrupción política del país.

(39) Ver Acta No. 42 del Plenario de la Asamblea Legislativa, del 18 de julio de 1978, pp. 38 a 42.

lizar de escribir este ensayo— no publica en La Gaceta por falta de voluntad política y decisión (juicio de valor).

De qué vale ese mandato legal, si es muy fácil evadir la legislación nacional. Con el fin de hacer a un lado esta ley, simplemente las grandes compañías internacionales usan el art. 14 y dejan de ser empresas o sociedades extranjeras de bandera nacional, en la medida en que si los costarricenses tienen más del 50 por ciento de las acciones nominativas, dejarán de ser tales firmas foráneas, para recibir el tratamiento de empresas nacionales, v.gr. la razón social: "Atúnesa (de Costa Rica) S.A."

En sentido contrario u opuesto, este art. 14 vale para las empresas extranjeras, cuando los costarricenses tienen, a lo sumo, el 50 por ciento de las acciones nominativas. Si tienen más de ese 50 por ciento, pasan a ser firmas "nacionales", como las miles que hay en este país, que de nacionales lo único que tienen es el lema "Costa Rica S.A.", ya que se trata de la sucursalización de capitales, fundamentalmente de los Estados Unidos en las naciones "soberanas" de América Latina y de Europa. Así entre otras muchas formas, se burla la ley citada. Esto si se trata del supuesto de empresas de capital extranjero que se "hacen pasar por costarricenses" gracias a la ficción legal del registro público.

Ahora veamos el otro caso, del simple embanderamiento de barcos pertenecientes a firmas foráneas.

El mismo diputado Devandas, recordó que, aproximadamente y por vía de ejemplo, por \$1.055 un barco extranjero puede usar la bandera nacional (\$1.025 por la expedición de la patente permanente, \$25 por el otorgamiento de la licencia de radio y \$5 por el certificado de idoneidad a cada uno de los libros de navegación de la nave —bitácora—, y la mera tramitación de los permisos a través de los consulados (40).

Este peligro, que durante años ha dado a una larga serie de abusos en contra de la dignidad de nuestro país en el exterior, ha significado ese embanderamiento mercantilizado de barcos foráneos debe ser limitado y puesto a control efectivo por los gobernantes de este país. Pero, parece que no hay tal voluntad política en las esferas oficiales, durante todas estas décadas de comerciar con la puesta de la bandera nacional a barcos de capitalistas foráneos que no se sabe qué uso hacen de nuestro pabellón.

El otro aspecto que explicaría la violación de esta ley serían las presiones de los gobiernos ex-

tranjeros, cuando barcos de esos países sean capturados de aguas jurisdiccionales costarricenses (200 millas náuticas a partir de la indicada línea de baja mar); y, la debilidad de nuestras autoridades administrativas y jurisdiccionales para ejecutar y aplicar la legislación respectiva.

V. REFORMA A LOS ARTICULOS 4 Y 256 DEL CODIGO PENAL.

La Asamblea Legislativa debe reformar los artículos 4 y 256 del Código Penal.

El art. 4 del Código Penal(CP) dice:

"La ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica".

"Para los efectos de esta disposición se entenderá por territorio de la República, además del natural o geográfico, el mar territorial, el espacio aéreo que los cubre y la plataforma continental".

"Se considerará también territorio nacional las naves y aeronaves costarricenses".

El primer párrafo se refiere al criterio de territorialidad de la ley penal, al tenor de la tesis que afirma que el dicho principio es un efecto de la soberanía; así, el alcance de las leyes penales, no puede ir más allá del territorio donde se ejerce la soberanía del Estado correspondiente (41). De conformidad con el Código Penal Tipo, en su art. 1, se indica que "*la ley penal se aplicará a los delitos cometidos en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción del Estado*" (42).

Ese artículo hace la salvedad en cuanto a los tratados internacionales, ratificados debidamente por nuestro país, para hacer concordar el Código Penal con el art. 6 de la Carta Magna. Pero, siempre se tiene presente que la Constitución Política tiene el rango superior, indiscutible del ordenamiento jurídico, y, que cualquier norma que se le oponga a ella tiene que ceder ante la norma constitucional y es nula. Claro que aquí interviene el obsoleto y defectuoso mecanismo del recurso de inconstitucionalidad que burla el ejercicio efectivo de ese principio constitucional, cual ocurre con el recurso de amparo. Esto se da, debido al conservadurismo y poder político que detenta la sede jurisdiccional del país.

La reforma del párrafo segundo diría así:

"Para los efectos de esta disposición se entenderá por territorio de la República, además del natural o geográfico (continental

(40) Acta No. 42 del 18 de julio de 1978 (Plenario de la Asamblea Legislativa =A.L.), p. 39 a 42.

(41) RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español* (Parte General) (Madrid: Gráficas Carasa, 1971), pp. 172 y 173.

(42) RODRIGUEZ DEVESA, *idem*.

o insular); la zona del mar adyacente al territorio continental y al insular, en una anchura de 200 millas náuticas a partir de la línea de baja mar, la plataforma continental y el espacio aéreo que los cubre" (43).

De ese modo, la congruencia entre el Código Penal y la Constitución Política podría darse, además que —en los actuales tiempos— Costa Rica bien puede delimitar así su territorio.

El último párrafo de ese artículo cuarto, se refiere al territorio flotante: aeronaves y embarcaciones marítimas.

El otro artículo que se debe reformar del Código Penal es el 256, que manda:

Sección III Piratería

Art. 256:

Será reprimido con prisión de tres a quince años:

1) El que realizare en los ríos navegables, en el mar territorial o en la plataforma continental, la explotación no autorizada de las riquezas ictiológicas de la nación, o que practicare en dichos lugares algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin que el buque por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de alguna potencia reconocida; o, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida (. . .).

La reforma de este artículo, primer inciso, podría decir:

1) El que realizare en los ríos navegables, en la zona del mar adyacente al territorio continental y al insular, en una anchura de 200 millas a partir de la línea de baja mar o en la plataforma continental, la explotación no autorizada de las riquezas ictiológicas de la nación (. . .) (44).

Con esas redacciones, fruto de las reformas legislativas respectivas, se daría una concordancia

entre el art. 6 de la Carta Fundamental, el Código Penal (arts. 4 y 256); y, la Ley 5775 (1975) con su correspondiente reforma, la Ley No. 6267 (1978). Y, por lo que respecta al convenio de alta mar y los demás supra citados hay que denunciarlos para que se pase a la tarea de su revisión. Mientras eso sucede, tales convenios ceden ante la Constitución Política y deben tenerse por nulos al ser contradictorios con la Norma Fundamental del Estado.

Esta clase de reformas podrían ser aprobadas por el Poder Legislativo, ejecutadas por el Poder Ejecutivo y hechas realidad por el Poder Judicial, pero ello requiere decisión política y una actitud nacionalista y firme.

VI. CONCLUSIONES.

1) Los Estados Unidos, gracias a su tremendo poder militar, financiero, político y marítimo, dan una batalla contra los países subdesarrollados "por mantener abiertos los caminos del mar"; y, justifica la marina de ese país sus presupuestos crecientes en base a ese argumento y a la importancia que tiene para esa superpotencia los recursos naturales del mar. Por ello, se explica el mar de dificultades de las llamadas "conferencias del Derecho del mar", las cuales han sido calificadas de "conferencias que hacen agua" (45).

Cabalmente, el interés de los Estados Unidos por implantar la tesis de la libertad de los mares (viejo slogan de Hugo Grocio) (46).

Este libro todavía conserva su actualidad, cuando se recuerdan sus tesis, entre otras más: por derecho de gentes, es libre la navegación para todos y hacia todos; y, por derecho de gentes, el comercio es libre entre todos los pueblos. Estas ideas favorecían las potencias marítimas de la época, en el sentido de comprender el mar como medio para facilitar el comercio y la navegación. Ahora, en virtud, del desarrollo científico y técnico, las naciones con poder marítimo (y, por supuesto, económico, militar, político), saben perfectamente las enormes riquezas del mar. Al respecto, cabe citar, que las empresas y consorcios estadounidenses han invertido más de 100 millones de dólares (\$) en los trabajos preliminares orientados a establecer una industria explotadora de minerales marinos, la cual —en unas cuantas décadas— podría llenar en buena medida las nece-

(43) Las cursivas son nuestras.

(44) La parte restante de ese art. 256, se mantiene igual. La cursiva es nuestra.

(45) BARNET, Richard y MULLER, Ronald. *Los dirigentes del mundo. El poder de las multinacionales* (Barcelona: Grijalbo, 1976), p. 167. *Comercio exterior*, febrero de 1975 (Vol. 25, No. 2), febrero de 1976 (Vol. 26, No. 2), abril de 1976 (Vol. 26, No. 4), octubre de 1976 (Vol. 26, No. 10), marzo de 1976 (Vol. 26, No. 3), publicada por el Banco Nacional de Comercio Exterior S.A., de México (Cf. *Comercio Exterior*, cit., junio de 1978 —Vol. 28, No. 6—), pp. 688 a 691. *Derecho del Mar: una conferencia que hace agua*.

(46) GROCIO, Hugo. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956). Este autor escribió *Mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia, Dissertatio*, apareció como *opus* anónima en Leiden en marzo de 1609. Este *mare liberum*. . . fue escrito contra Portugal, publicado contra España y utilizado contra la Gran Bretaña por los holandeses. Y de la misma manera, redactada para defender la *libertad de los mares* para la navegación y el comercio por todos los Océanos, fue impreso para tratar de obtener la libertad de pesca en los mares próximos (cit., presentación de Luis García Arias, pp. 13 a 15).

sidades de importación de los países consumidores, "por tanto, es de esperar que seguirán contando con el respaldo de su Gobierno" (47).

2) El atún de la costa del Pacífico oriental de Costa Rica representa el 80 por ciento del atún del mundo; y, en dólares por año, la suma de cien millones. A, esto hay que añadirle el valor, en millones de dólares, del total de la pesca de nuestras aguas jurisdiccionales (mar territorial + mar patrimonial), así como dicho valor económico para la pesca global de las aguas que rodean la Isla del Coco, con una anchura de 200 millas marítimas. Estos datos dan apenas una idea de la riqueza formidable de nuestros mares, que con justicia y justeza califican a nuestro país de "Costa Rica", apetecible —lamentablemente— para las naciones como Estados Unidos, Japón, Canadá, etc. Lo que hace recordar las palabras de Vicente Sáenz: "De cómo la riqueza y la geografía de las naciones débiles, han servido para poseerlas y oprimirlas". Puntualizando con agudeza: "Incesantes riesgos, intervenciones y amenazas han sufrido los países materialmente débiles —los sociólogos y los economistas suelen llamarlos retrasados o subdesarrollados—, cuando los favoreció la geografía, antes para su infortunio que para su ventura, con istmos o gargantas susceptibles de convertirse en grandes vías interoceánicas". Y, "peor aún, para el destino de esos países víctimas (como el nuestro) cuando, además, los ha dotado la naturaleza con ricos productos del suelo y del subsuelo, desde las maderas y las piedras preciosas, hasta los yacimientos petrolíferos y otras sustancias esenciales, que los cristianos imperios de nuestra era atómica han dado en calificar como materias primas estratégicas" (48). Y, ahora, le corresponde al mar, ser la sede de la voracidad imperialista de las grandes potencias del globo, en contra de los países débiles y explotados, como el nuestro. Por ello, bien señala SAENZ, nuestro compatriota —representante de un sano nacionalismo— que: "o sea, la riqueza no explotada en diversas regiones del planeta; o, la construcción y el manejo de rutas canaleras con propósito fenicio-militares, no entonces para unir al mundo sino para dividirlo y dominarlo; lo feraz y productivo, pues, que habría de ser fuente de felicidad y abundancia, lejos de ayudar al desarrollo, al progreso, a la cultura, al bienestar social y económico de las pequeñas naciones potencialmente privilegiadas, más bien ha servido para humillarlas, desposeerlas y oprimirlas" (49).

Alguien podría decir: ¡bah, puras palabras! Esto constituiría la necedad de la ignorancia ante una realidad perfectamente comprobable.

3) Precisamente, por ese afán de despojo y de explotación de los países contra las naciones débiles y explotadas, es que las denominadas "conferencias del Derecho del mar", hacen agua y se encuentran en un "mar de dificultades", ya que entre ellas no llegan a un acuerdo definitivo ni tampoco logran doblegar —del todo— a las naciones subdesarrolladas. En este sentido, se dice que el Derecho del mar, está en una fase de construcción o de elaboración, con lapsos de frecuentes impasses.

4) Así se explica por qué las transnacionales dedicadas al negocio de la pesca no les interesa tanto lo que sucede en la O.N.U., como lo que sí pueden lograr en aquellas organizaciones que controlan más efectivamente. En esta corriente de hechos y políticas, principalmente con los Estados Unidos a la cabeza, los países ricos optan por la indefinición. Así, la falta de normas y la libertad para actuar, facilitan la explotación a quienes puedan realizarla. Por el momento, el Derecho del mar atraviesa una etapa en que las naciones poderosas no quieren limitaciones; y, las débiles, carecen de una estrategia y fuerza efectiva para oponerse a las potencias del mar. Así, la definición del Derecho del mar irá acompañada de las crisis y los conflictos entre los países ricos, lo cual obligará a éstos a reglamentar las situaciones (50).

5) Nuestro país ha comenzado un plan pesquero que ayude a los empresarios nacionales. Así, se ha informado que el plan pesquero incluye la compra de 50 barcos, adquiridos con fondos del B.I.D. El costo de esas embarcaciones es de ₡ 30.000.000 (51).

Hay que esperar el resultado de las inquietudes del Gobierno por los problemas del Derecho del mar y de la pesca. En este sentido cabe anotar que las acciones del Estado, durante esta administración (1978-1982), que comienza, ha sido fruto de la presión de los empresarios marítimos radicados y operantes en Costa Rica. Así, se explica la presencia del Dr. Canessa como asesor del Poder Ejecutivo en la comisión bipartita de "conversaciones" entre Estados Unidos y nuestra nación.

6) Se debe hacer una reforma al Código Penal, en sus arts. 4 y 256, con el objetivo de que concuerden con el art. 6 de la Constitución Política. Es decir, que quede, congruentemente, expresado en nuestro ordenamiento jurídico que nuestras aguas jurisdiccionales abarcan las 200 millas náuticas de mar territorial y mar patrimonial; y, que en esas 200 millas ejerce su plena jurisdicción el

(47) BARNET Y MULLER, *El poder de las multinacionales*, cit., p. 167.

(48) SAENZ, Vicente. *Nuestras vías interoceánicas*. (México: América Nueva. 1967), p. 9.

(49) SAENZ, *Ídem.*, p. 10.

(50) *Comercio Exterior*, junio de 1978, p. 691.

(51) *LA PRENSA LIBRE*, lunes 11 de setiembre de 1978, p. 12.

entero ordenamiento jurídico nacional. Así, también, se dará la concordancia debida con la Ley No. 5775 (1975) y su correspondiente reforma por Ley No. 6267 (1978).

7) Los convenios relativos al Derecho del mar, deben ser revisados, para que operen en beneficio de nuestra nación y no contra ella, como por ejemplo, el referido a la alta mar, que afirma que ésta comienza a partir de las 12 millas de nuestras costas.

8) A partir de 1977, los empresarios privados, que invierten en la pesca —su explotación, industria, mercadeo, distribución y venta—, se han tornado más agresivos, obligando al candidato Rodrigo Carazo (actual Presidente, período 1978-1982) a integrar en su programa de gobierno planes pesqueros y preocupación por esos capitalistas. Así, se entiende la compra de barcos patrulleros, helicópteros (por razones de protección, vigilancia y seguridad de nuestras aguas jurisdiccionales) como la adquisición de barcos para realizar labores de pesca.

9) En vista del desarrollo científico y tecnológico, las posibilidades de explotar los bienes del mar (minerales, atún, etc.) son más factibles y elevan las cifras, anuales, a miles de millones de dólares en el mundo. Ante esta expectativa, cada día más real y mejor explotada por las potencias del mar (Estados Unidos, Japón, Canadá, v.gr.), la rapiña de la tierra, se complementa con la voracidad sin límite en la succión de los bienes del mar, para desgracia de los países pequeños y débiles que ven sus riquezas marítimas beneficiando a los grandes países superindustrializados del mundo.

10) Nuestro país tiene una enorme riqueza en bienes del mar, cuantiosa en millones de dólares, al año, pero la mayor parte de esa riqueza se la llevan las naciones ricas y fuertes militar, política y financieramente.

11) La legislación nacional debe ser fortalecida y modernizada, con el fin de hacerle frente a los requerimientos del mar y de nuestras aguas jurisdiccionales. Esta tarea es urgente, constituyendo la reforma a la Ley No. 5775 de 1975, por Ley No. 6267 de 1978, un paso significativo en esa dura marcha hacia una defensa efectiva de la riqueza de nuestro mar. Otra batalla será que los beneficios del mar no enriquezcan, esencialmente, a los empresarios radicados en Costa Rica (o, con capitales operantes aquí), sino que la población global reciba beneficios de las citadas riquezas marinas.

VII. BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA.

AJA ESPIL, Jorge A. *El derecho del mar* (Bogotá: Themis. 1973).

AKEHURST, Michael. *Introducción al derecho internacional*. (Madrid: Alianza. 1972).

ALVAREZ ALVARADO, Gustavo Adolfo. *Consideraciones y nuevos conceptos sobre la cuestión del mar territorial*. (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1972).

ARRIETA, Carlos Gustavo. *Los monjes*. (Bogotá: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Diciembre de 1973. No. 20).

AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis. *La plataforma submarina y el Derecho Internacional* (Madrid: Ministerio de la Marina. 1952). *Los derechos de los Estados ribereños sobre zonas del alta mar para el aprovechamiento de sus recursos biológicos*. (Lima: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. No. III, 1970. Universidad Nacional Mayor de San Marcos). *Legislación internacional marítima* (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Ministerio de la Marina - Instituto Francisco de Vitoria. 1955).

CAMPOS GONZALEZ, Fernando. *Mar territorial, plataforma submarina o zócalo continental*. San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1958).

CASTAÑEDA, J. y HETT, E. *El economismo dependientista* (México: Siglo XXI, 1978). Comercio Exterior (Redacción de la revista Comercio Exterior, Junio de 1978, Vol. 28, No. 6: *Derecho del mar: una conferencia que hace agua*).

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. (Madrid: Tecnos. 1976).

DONELLA MEADONS et al. *Los límites del crecimiento*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).

FACIO SEGREDA, Gonzalo. *Nuestra voz en el mundo*. (San José: Impr. Trejos. 1977).

GONZALEZ CASANOVA, Pablo. *Imperialismo y liberación en América Latina* (México: Siglo XXI. 1978).

HERNANDEZ, Rubén. *Derecho constitucional*. (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1974).

LANDI, Guido y POTENZA, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*. (Milano: Giuffrè. 1974).

LOPEZ Z., Rubén Darío. *El mar territorial, la plataforma continental y el diferendo colombo-venezolano* (Colombia: revista Estudios de Derecho, Nos. 89-90, 1976. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquía).

MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1971).

MARTIN MATEO, Ramón. *Derecho ambiental*. (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local. 1977).

MUÑOZ, Hugo. *Derecho parlamentario*. (San José. Facultad de Derecho, UCR, 1976)

PERALTA, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962).

ROBLERO, César. *Consideraciones sobre el mar*

territorial. (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1961).

ROJO, Luis Angel. *Inflación y crisis en la economía mundial* (Madrid: Alianza. 1976).

SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio. *Mar territorial cubano*. (La Habana: Revista de Derecho Internacional. No. 88. 1943)

(Sin autor) *Derecho administrativo especial* (Caracas: Jus. 1965).

SILENZI DE STAGNI, Adolfo. *El nuevo derecho del mar: controversia entre las potencias navales y el Tercer Mundo*. Buenos Aires: Juárez. 1976).

SILVA SILVA, R. *La zona marítima en la que el Perú ejerce jurisdicción especial*. (Lima: tesis de grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia Universidad Católica del Perú, s.f.).

SORENSEN, Max. (ed.) *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica. 1973).

TOURAINÉ, Alain. *Introducción a la sociología*. (Barcelona: Ariel. 1978).

UMAÑA PORTOCARRERO, Eduardo. *Régimen jurídico de los tratados y convenios internacionales a la luz de nuestro derecho constitucional*. (San José: Tesis de grado. Facultad de Derecho. 1975).

VARGAS BONILLA, Ismael. *Lecciones de derecho constitucional*. (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1963).

VARGAS CARREÑO, Edmundo. *América Latina*

y el derecho del mar. (México: fondo de Cultura Económica. 1973).

WALDHEIM, Kurt et alli. *Justicia económica internacional*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1976).

ZACKLIN, Ralph. (ed.) *The changing law of the Sea*. (Leiden: Interamerican Study Group of International Law. 1974). *El derecho del mar en evolución: la contribución de los países americanos*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).

ZELEDON VAZQUEZ, Mayra. *Consideraciones y análisis sobre el régimen de la milla marítima en Costa Rica*. (San José: Tesis de grado. Facultad de Derecho, 1975).

DOCUMENTOS:

- * Constituciones Políticas de Costa Rica.
- * Documentos de las Naciones sobre las Conferencias del Mar.
- * Expedientes de la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre la reforma al art. 6 de la Carta Magna, la Ley No. 5775 de 1975 y la Ley No. 6267 de 1978.
- * Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica de las Administraciones de José Figueres y Daniel Oduber (1970 - 1978)
- * Unitar News. Vol. 6, No. 1, 1974. United Nations and the Sea.



EL EFECTO EXTENSIVO DE LAS IMPUGNACIONES PENALES

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Costa Rica.

1. El efecto extensivo de las impugnaciones es regulado en el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales, que dice:

“Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales.

En caso de acumulación de causas por delitos diversos el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales.

También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil, cuando éste alegue la inexistencia del hecho o niegue que constituya delito o que aquél lo cometió, o sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva, o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir”.

2. El artículo 455 C.P.P. está ubicado en el Libro IV del Código Procesal, dedicado a “Recursos”, en el Título I, que trata de “Disposiciones Generales”. El efecto extensivo, por tanto, afecta a todos los recursos que establece el Código y modifica las consecuencias que producen los efectos suspensivo y devolutivo de las impugnaciones, los cuales también pertenecen a las disposiciones generales sobre recursos.

Previamente a estudiar los efectos procesales de la “vis extensiva”, será necesario definirla y estudiar los presupuestos necesarios para que se produzca.

I. Concepto de efecto extensivo.

1. Finalidad del efecto extensivo es posibilitar una sentencia común para quienes, por determinadas razones procesales, se encuentran en un mismo proceso en iguales condiciones jurídicas en cuanto al derecho de forma o de fondo (1). Funda-

mento de la institución es la justicia distributiva en el sentido del “suum cuique tribuere”. Una sentencia es formalmente justa si se ajusta a las reglas del pensamiento lógico, del derecho de fondo y de forma (2). Es exigencia de una justicia así entendida que los no impugnantes, que se encuentren en la misma situación objetiva que el impugnante, se beneficien de la sentencia que reconoce el error de la anterior decisión (3).

Además de las consideraciones de justicia relativas al caso particular, el legislador busca con el efecto extensivo la uniformidad de las decisiones y, por tanto, de la jurisprudencia. Desde el punto de vista de su finalidad objetiva, el efecto extensivo se asemeja al recurso de revisión, pero éste tiene carácter eliminatorio de decisiones contradictorias, mientras que aquél tiene un carácter preventivo respecto a ellas (4). El beneficio para el no impugnante es de tipo objetivo, porque está en función de la finalidad objetiva del efecto extensivo. Este se produce cuando en la hipótesis concreta se dan los supuestos para la extensión de la impugnación, independientemente de la idea que tenga el no impugnante de lo que es más beneficioso para él o aunque no lo quiera (5). El efecto extensivo se produce aunque el no impugnante no haya impugnado, aunque haya desistido de la impugnación planteada o aunque ésta haya sido declarada inadmisibles o rechazada (6). Puede ocurrir, incluso, que el no impugnante sea “perjudicado” con la extensión de la impugnación: ello ocurre especialmente en los casos de extensión de una sentencia anulada por violación de reglas procesales, si al final la nueva decisión que se dicta es más severa que la que primeramente obtuvo el no impugnante.

Por todo lo anterior, parte de la doctrina se pregunta si la idea de justicia formalmente enten-

(1) GIUS. SABATINI, *Giust. Pen.* 1954, III, Col. 144 ss.; LEONE, “*Lineamenti . . .*”, págs. 262 ss.

(2) BERG, pág. 18.

(3) CANINO, *Giust. Pen.*, 1961, III, 58 ss.; GURSKI, J.W., 1937, pág. 55; OETKER, J.W., 1931, pág. 2525 ss.; LOWE-ROSENBERG, *Vorb. Par.* 356, Anm. 1; HAASE, G.A., 1956, pág. 273; PETERS, pág. 585; KMR, *Vorb. Par.* 356, Anm. 1, entre otros.

(4) MASSA, “*L'effetto estensivo . . .*”, pág. 151; CRISTIANI, pág. 144; ALOISI, “*Effetti . . .*”, pág. 67.

(5) Así, LOWE-ROSENBERG, *Vorb. Par.* 357, Anm. 1.

(6) PETERS, pág. 385; KLEINKNECHT, *Vorb. Par.* 357, Anm. 3; HAASE, G.A., 1956, págs. 278 ss.; LOWE-ROSENBERG, *Vorb. Par.* 357, Anm. 3; BERNIERI, en *Annali di Dir. e Proc. Pen.*, 1943, pág. 412; KLEINKNECHT, en *J.Z.*, 1959, pág. 181.

didada, que está detrás de la institución del efecto extensivo, debe sobreponerse a la voluntad individual y si no sería preferible que cada imputado sea el juez de la conveniencia o inconveniencia para él de impugnar.

2. La doctrina distingue entre la extensión de la impugnación y la extensión de la sentencia (7). Las legislaciones procesales modernas se dividen respecto a esta distinción en tres grupos: unas, como la francesa, no regulan ni la extensión del recurso ni la extensión de la sentencia, y las contradicciones entre decisiones debe resolverse por medio del recurso de revisión; otras regulan únicamente el efecto extensivo de la sentencia de casación que anula la sentencia precedente, pero no el efecto extensivo del recurso (8); otras, en fin, regulan el efecto extensivo del recurso y el efecto extensivo de la sentencia de casación, dictada en el juicio de remisión (9).

El efecto extensivo de la impugnación tiende, primordialmente, a llegar a una sentencia común para todos los imputados a través del mantenimiento de la unidad procesal —que se había manifestado en las etapas precedentes—, aún en la etapa de impugnación (10); el efecto extensivo de la sentencia (de casación) que anula la decisión precedente tiene directamente por finalidad evitar decisiones contradictorias (11). El campo natural de actuación del efecto extensivo de la impugnación es el recurso de apelación (12).

3. La extensión de la impugnación y la extensión de la sentencia no producen los mismos efectos: si se regula el efecto extensivo de la impugnación, se evita que adquieran fuerza de cosa juzgada las sentencias dirigidas contra los imputa-

dos que no son impugnantes, pero que son beneficiados con la "vis extensiva"; si únicamente se regula el efecto extensivo de la sentencia (de casación), las sentencias dirigidas contra los no impugnantes ya habían adquirido en el momento en que se produjo la extensión fuerza de cosa juzgada formal (cosa juzgada parcial horizontal) y la extensión de la sentencia es una condición resolutoria, que opera retroactivamente, de cosa juzgada parcial que ya se había formado (13).

II. El efecto extensivo en nuestro Código Procesal Penal.

1. En nuestro derecho se regula el efecto extensivo del recurso pero no el efecto extensivo de la sentencia. A través de la extensión del recurso se llega a la extensión de la sentencia. Fuera de los casos en los que hay extensión del recurso, no hay extensión de la sentencia. Por tanto, nuestra regulación legal no cubre todos los casos en los cuales una extensión de la sentencia es necesaria para evitar decisiones contradictorias, porque hay casos en los que ésta es necesaria, pero no puede haber extensión del recurso (porque, por ejemplo, el no impugnante no tenía derecho a impugnar).

2. Para que se produzca efecto extensivo del recurso se requieren determinadas condiciones generales:

a-1) **Condenatoria por la misma sentencia.** Todos los imputados —los que impugnaron y los que no impugnaron— deben haber sido condenados o absueltos (si la sentencia de sobreesimiento o absolutoria impuso una medida de seguridad), en las dos primeras hipótesis del artículo 455, por una

(7) Sobre esta distinción, especialmente, LEONE, "Sistema . . .", pág. 262 ss.; GIUS. SABATINI, Giust. Pen., 1954, III, 144 ss.; PETRELLA, I, 643 s.

(8) Este es el sistema que sigue el Código Procesal alemán. El párrafo 357 StPO establece: "Erfolgt zugunsten eines sich das Urteil, soweit es aufgehoben wird, noch auf andere Angeklagte, die nicht Revision eingelegt haben, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls Revision eingelegt hätten".

(9) Este sistema es seguido en el Derecho Procesal Italiano. El artículo 203 C.P.P. it., del cual proviene nuestro artículo 455 C.P.P., dispone: "Nel caso di concorso di più persone in uno stesso reato la dichiarazione di giovane anche alle altre, purchè non siano esclusivamente personali,

Nel caso di unione di procedimenti per reati diversi, l'impugnazione proposta da un imputato giova a tutti gli altri imputati soltanto se i motivi riguardano violazioni della legge processuale e non sono esclusivamente personali. La dichiarazione fatta e i motivi addotti dal responsabile civile o dalla persona civilmente obbligata per l'ammenda giovano anche all'imputato, quando con tale dichiarazione e con tali motivi s'impugna che il fatto sussista o che poteva essere iniziata o proseguita".

El artículo 544 C.P.P. it., referente al recurso de casación, establece: "Se fra più imputati condannati con la medesima sentenza taluno non ha proposto ricorso, l'annullamento pronunciato rispetto al reo recorrente si estende al diritto agli altri, salvo che il motivo dell'annullamento concerna esclusivamente la persona che lo ha proposto". El efecto extensivo del recurso de apelación, mientras que el artículo 631 establecía el efecto extensivo de la sentencia de casación.

(10) PETRELLA, I, pág. 644.

(11) PETRELLA, I, pág. 645.

(12) Históricamente, la doctrina del efecto extensivo nació unida al recurso de apelación. Así, Julius Clarus (citado por CANINO, Giust. Pen., 1961, III, 58 ss.) escribió: "Quaero nunquid in criminalibus appellatio unius prosit alteri? Respondeo quod sic; et ideo si plures complice, sint condemnati, et unus appellat, eius appellatio alii prodest, et est communis opinio".

(13) En tal sentido, KLEINKNECHT, Vorb. Par. 357, Anm. 2.

misma sentencia (14). En la tercera hipótesis de este artículo, es necesario que una misma sentencia haya declarado tales al imputado y al responsable civil (15).

En materia procesal penal no existe la figura del litis consorcio necesario (16). Por tanto, los imputados pudieron haber sido juzgados en procesos separados e independientes, porque la responsabilidad penal es personal (17). La acumulación de causas es problema librado a la discrecionalidad del juez (arts. 23 y 356 C.P.P.), salvo disposición expresa en contrario (18).

Es también una eventualidad que imputado y responsable civil, cuando esas calidades jurídicas residen en personas distintas, hayan sido declarados tales por una misma sentencia.

a-2) Existencia del derecho de impugnar en el no impugnante. Este presupuesto de la extensión del recurso es consecuencia del principio de taxatividad de las impugnaciones (arts. 332, 374, 447, 449, 472, 473, 475, 476 C.P.P.). Para que el no impugnante pueda favorecerse de la impugnación establecida, debe haber tenido, en abstracto, derecho e interés de y para impugnar.

a-3) Comunidad de gravamen. Hay efecto extensivo del recurso cuando existe gravamen común para todos los condenados. La impugnación no se extiende si ella se basa en "motivos exclusivamente personales" (art. 455 incs. 1 y 2), como tampoco en los casos en que el responsable civil alegue motivos distintos a los taxativamente enumerados en el párrafo 3 del 455, que son aquellos en los que el legislador presume un gravamen común (19). No hay gravamen común cuando el motivo del recurso se refiere a un agravio por un punto de la sentencia o por una cuestión que no se relaciona con la posición jurídica del imputado no

impugnante (20), sino a la posición jurídica de los particulares en cuanto a tales y cuya resolución favorable, a través de la nueva decisión, sólo produce efectos en la esfera jurídica de éstos (21). Un gravamen es común cuando el motivo, fundamento del recurso, pudo haber sido interpuesto válidamente por cualquiera de los imputados (22).

La expresión "motivos exclusivamente personales" ha dado lugar a dudas interpretativas en ordenamientos que, como el italiano y el argentino (Córdoba), también la usan. Para unos (23) esa expresión permite oponer motivos "exclusivamente" personales a motivos "simplemente" personales y a motivos no personales. Los dos últimos grupos de motivos permitirían la extensión. Para otros (24) el adverbio "exclusivamente" refuerza el adjetivo "personales", significan lo mismo y la única distinción válida es aquella entre motivos que producen efectos en la esfera individual (personales) y los que no.

Hay quienes creen que lo que es un "motivo personal", que no implica extensión del recurso, debe definirse en el curso del proceso impugnativo y, concretamente, a la hora de la decisión. Este procedimiento, empero, es inaceptable, porque el legislador parte en el 455, —en tanto que hay que citar a los no impugnantes beneficiados con la extensión, ejecutar las partes firmes de la sentencia, etc.—, de la idea de que es posible una definición, "a priori", del gravamen común.

Los autores citados coinciden en afirmar que hay "gravamen común" cuando el motivo del recurso tiene influencia únicamente sobre la posición jurídica del impugnante. En nuestra opinión, esa no es definición del gravamen común, sino de sus efectos. La doctrina dominante cae, por tanto, en el error lógico de confundir los efectos con la causa.

Gravamen común significa también agravio

(14) MASSA, "L'effetto. . .", págs. 89 s.; MASSA, "Sulla posizione. . .", pág. 278; TRANCHINA, pág. 132; BARBI, pág. 1035; VANNINI-COCCIARDI, pág. 470; GURSKI, JW, 1937, pág. 55; KLEINKNECHT, Vorb. Par. 357, Anm. 4; KMR, Vorb. Par. 357, Anm. 3; LOWE-ROSENBERG, Vorb. Par. 357, Anm. 5 a; PETERS, pág. 587; HAASE, GA, 1956, pág. 279. En el derecho argentino, CLARIA OLMEDO, "Tratado. . .", V, pág. 480.

(15) MASSA, "L'effetto. . .", pág. 89.

(16) BARBI, pág. 1035.

(17) FOSCHINI, Riv. it. di Dir. Pen., 1951, pág. 65; LEONE, "Sistema. . .", pág. 262; MASSA, "L'effetto. . .", pág. 98; BARBI, pág. 1035.

(18) Prohíbe la acumulación de causas de menores y de mayores el art. 3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (No. 3260 de 21-12-1963).

(19) TRANQUINA (pág. 146), quien cree que el artículo 203 del Cód. Proc. Pen. it. (semejante a nuestro artículo 455) no tiene carácter excepcional y que es, por tanto, susceptible de interpretación analógica, considera que las hipótesis en las que puede producirse efecto extensivo de la impugnación del responsable civil, no son enumeradas taxativamente por la ley. Afirma que una extensión es posible, por razones lógicas, en hipótesis no previstas.

(20) TRANQUINA, pág. 146; GIUS. SABATINI, Giust. Pen., 1954, III, 143 ss.

(21) LEONE, "Trattato. . .", III, pág. 122; en sentido semejante, pero centrando su atención sobre el "interés" que se quiere hacer prevalecer con el recurso, CLARIA OLMEDO, "Tratado. . .", V, pág. 482. Por ejemplo, es claro que no hay gravamen común cuando los motivos se refieren a cualidades o condiciones personales del impugnante tales como el estado de parentesco, la existencia de enfermedad mental al momento de los hechos, la calidad de extranjero o nacional, la calidad de delincuente habitual o profesional, la exclusión del dolo, etc. (En tal sentido, MANZINI, IV, pág. 454).

(22) MASSA, "L'effetto. . .", págs. 177, s.; ALOISI, "Effetti. . .", pág. 69 s., quien cree que el concepto de motivo "exclusivamente personal" no puede determinarse "a priori", con base en un concepto abstracto, sino en concreto.

(23) Así, MASSA, "L'effetto. . .", págs. 176; PETRELLA, I, pág. 690.

(24) Así, TRANQUINA, pág. 141; LEONE, "Trattato. . .", III, pág. 122. En el derecho argentino, CLARIA OLMEDO ("Tratado. . .", V, pág. 482), quien sigue a Leone.

común. Un correcto planteamiento del problema debe partir de la distinción de los agravios causados por violación de reglas de fondo y por violación de leyes de forma.

Un gravamen es común cuando proviene de una lesión del derecho de fondo que, subsanada por el Tribunal de la impugnación, modificaría favorablemente la situación jurídica de todos los condenados, los cuales serían absueltos o castigados con una pena más favorable. Saber cuándo esto ocurre obliga al juez de la impugnación a referirse a las categorías del derecho de fondo. Y ello se da por lo menos en dos situaciones típicas: primero, en los casos de participación criminal, si todos los participantes fueron juzgados por la misma sentencia. El concurso reposa sobre la accesoriadad de la conducta del participante secundario a la del autor principal. Por tanto, si cualquiera de los condenados alega que se aplicó incorrectamente la ley de fondo porque el hecho no existió, porque el hecho del autor principal no es típico, antijurídico o culpable, porque la acción penal está extinguida, porque no se podía proceder, etc., habrá efecto extensivo del recurso. Si, por el contrario, el participante secundario alega que su actuación no fue dolosa, que su actuación no cae en ninguna de las formas de participación criminal, etc., entonces no habrá efecto extensivo, porque el acogimiento de esa alegación en nada modifica la situación jurídica del autor principal. Existe extensión también cuando el participante secundario o el autor principal alegan la inexistencia de circunstancias o la existencia de circunstancias o relaciones respecto a las cuales hay, conforme al derecho de fondo, comunicabilidad a los partícipes. Segundo, en los casos en que los imputados fueron juzgados por hechos distintos, pero que están entre sí en relación de hecho principal a hecho subordinado, si las alegaciones se refieren a la inexistencia jurídica del hecho principal (por ejemplo, relación existente entre delito principal y encubrimiento).

En el juicio penal se establece a cargo del demandado civil una "obligatio ex delicto". La lesión de las leyes de fondo que determinan la existencia real o jurídica del hecho punible, de las leyes que gobiernan la imputación de éste al condenado o de aquellas que fijan las condiciones de validez —presupuestos e impedimentos procesales— de la condena, produce un gravamen que es común a imputado y a demandado civil. El artículo 455 inc. 3, sin embargo, permite la extensión del recurso del demandado civil que alega lo anterior al imputado no impugnante, pero no lo contrario. La razón de la disposición es la siguiente: las alegaciones del demandado civil tendientes a hacer desa-

parecer, por los motivos establecidos en el inc. 3, art. 455, su responsabilidad por "obligatio ex delicto", tiene influencia directa, de ser acogidas, en la responsabilidad penal del imputado, mientras que lo contrario no es cierto; la responsabilidad civil puede tener su fuente en obligación distinta a la "ex delicto" (25), por tanto, el acogimiento de las alegaciones del imputado sobre la inexistencia del hecho, sobre su no autoría o participación o sobre la ilegalidad de la promoción de la acción penal, no siempre influyen en la responsabilidad civil del demandado civil. Además, puede éste repetir lo pagado en concepto de indemnización en la vía civil.

El inciso 2, y "a fortiori", el inciso 1 del 455 permiten una extensión del recurso basado en agravios provenientes de lesiones al derecho formal, si todos los condenados han sido juzgados en una misma sentencia y bajo el supuesto de que esas lesiones los afecten a todos. Puesto aparte ocupan aquellas lesiones procesales que traen por consecuencia que en el proceso falte un presupuesto procesal o exista un impedimento procesal que, alegadas, se extienden siempre en la hipótesis prevista en el inc. 3, pero no siempre en las hipótesis de los incisos 1 y 2 del 455.

Fuera de los casos de ausencia de presupuestos procesales o de la presencia de impedimentos procesales, las lesiones a las leyes procesales importan jurídicamente si están legalmente dotadas de sanción procesal (nulidad por un lado; caducidad e inadmisibilidad —y sus derivados, exclusión y rechazo— por otro). El problema de la extensión del recurso basado en vicios formales se plantea en las nulidades absolutas y en los presupuestos e impedimentos procesales, porque las nulidades relativas, la inadmisibilidad y la caducidad se convalidan por falta de oportuno reclamo de la parte interesada (arts. 145, 146, 149 inc. 1, 2 y 471 inc. 2 C.P.P.). La inactividad de la parte con relación al recurso es suficiente para que ese efecto se produzca, aunque esas sean sanciones a violaciones de normas procesales que afecten a impugnante y no impugnante.

Al interpretar el concepto de "inobservancia de normas procesales" que afecta a todos los imputados (artículo 455, párrafo 2), la doctrina ha tratado el problema de la extensión del recurso basado en la alegación de nulidades absolutas. La corriente dominante (26) identifica el primero con el concepto de las segundas, porque, dice, la nulidad absoluta, —declarable de oficio, en cualquier estado del proceso y no convalidable—, afecta, en casos de unión de causas, que produce el nacimiento de una relación procesal única, todo el procedimiento. Pero el presupuesto de esta tesis es falso:

(25) La ley no prevé la extensión del recurso del imputado a favor del responsable civil, porque la responsabilidad "ex delicto" de éste depende necesariamente de la de aquél (Así, BERNIERI, pág. 414; MANZINI, IV, pág. 467; ALOISI, pág. 77).

(26) En tal sentido, MASSA, *L'effetto...*, pág. 148; LEONE, *Trattato...*, III, pág. 124; CLARIA OLMEDO, *Trattato...*, V, pág. 480 (nota 191) y 482.



la unión de procesos no trae por consecuencia una relación procesal única (27); prueba de ello es que la Casación puede, incluso en causas por un solo delito cometido en participación, al declarar un recurso de casación por la forma, no anular toda la sentencia y dejar válidas, —es decir, con autoridad de cosa juzgada), las partes de aquélla no dependientes ni conexas con la parte anulada (art. 483 Cód. Proc. Pen.). La sentencia subjetivamente compleja no impide, por tanto, la formación de la cosa juzgada parcial horizontal. La nulidad absoluta que sólo afecta al imputado impugnante en lo personal no se extiende; la sentencia contra el no impugnante adquiere, de manera inmediata, calidad de cosa juzgada (28). Si, por el contrario, el recurso se fundamenta en nulidades que afectan a todos los imputados, como podrían ser aquéllas que sancionan la irregular constitución del Tribunal o la violación de las reglas de la competencia por materia, la extensión se produce y ésta impide la formación de la cosa juzgada.

Si el recurso alega falta de presupuestos procesales o existencia de impedimentos procesales, en principio hay extensión del mismo al no impugnante. Afectando éstos la validez misma del proceso, no hay razón para negar la extensión. Pero algunas causales de extinción de la acción penal sólo producen efectos si son aceptadas por el beneficiado. Así, el perdón del ofendido sólo produce efecto respecto a los imputados que no lo rechazan expresamente (art. 81 Cód. Pen.); también el reo puede renunciar a la prescripción ya adquirida (art. 83 *ibídem*). En tales hipótesis, el principio general es la extensión. La excepción es la no extensión si, con relación al perdón del ofendido y a la prescripción, ha habido respectivamente rechazo o renuncia válidos.

a-4) Impugnación de uno de los sujetos enumerados en el 455. Conforme a la letra de la ley sólo se extiende la impugnación del coimputado, por motivos de fondo y forma en el primer párrafo del 455 y por motivos de forma en el segundo

párrafo del mismo artículo, y la impugnación del demandado civil a favor del imputado en las condiciones del párrafo 3 de ese texto legal.

Aunque el legislador no menciona al abogado del imputado o a su tutor o curador cuando es incapaz, —que, entonces, pueden impugnar a favor del imputado, según el artículo 449 Cód. Proc. Pen.—, la doctrina considera que, dada la finalidad objetiva de la norma y dada la circunstancia de que esos sujetos son representantes del imputado, el efecto extensivo debe producirse (29).

El hecho de que el artículo 455 no mencione la impugnación de la parte civil entre las que producen efecto extensivo se explica porque la actividad de ella, destinada a establecer el perjuicio causado con el delito, no puede tener influencia en la aplicación de la ley penal (30). Por otro lado, la extensión opera a favor del no impugnante; la actividad de la parte civil se supone dirigida en perjuicio del mismo.

El legislador no menciona al Ministerio Público como sujeto cuya impugnación a favor de un imputado produce efecto extensivo en pro de los imputados no mencionados. La doctrina, empero, es partidaria de admitir también en ese caso la extensión del recurso (31). Como fundamento de la tesis da dos razones: las iniciativas del Ministerio Público deben fundarse en la más estricta objetividad, pues actúa en representación del Estado para la realización de la ley penal; luego, la impugnación del Ministerio Público a favor de un coimputado debe extenderse al no mencionado en la impugnación (32) o, por lo menos, el Juez de la impugnación debe extender en ese caso su decisión a todos los imputados, si ella es favorable a éstos (33). La segunda razón que fundamenta esa tesis es el "favor rei", que permite una interpretación extensiva del 455 (34).

En nuestro criterio, el artículo 455, que impide en los casos ahí consignados a la sentencia adquirir calidad de cosa juzgada, es una norma de excepción, que no admite interpretación analógica, aun a favor del reo. La falta de mención del Minis-

(27) Así, CONSO, Riv. it. di Dir. e Proc. Pen., 1956, pág. 558.

(28) Es posible que la nulidad absoluta afecte sólo a uno de los coimputados. Por ejemplo, dos individuos, A y B, fueron juzgados por dos delitos distintos acumulados en una sola sentencia. El Tribunal juzgó a A por circunstancias agravantes no enunciadas en la acusación, sin utilizar el procedimiento de la ampliación de ésta establecido en el artículo 376 Cód. Proc. Pen. Tal circunstancia configura una nulidad absoluta, pues incide directamente sobre el derecho de defensa y de representación del imputado A (Arts. 145 inc. 3, 146, 376 Cód. Proc. Pen.). La alegación de A, impugnante, no tiene porqué extenderse a B, no impugnante, pues esa nulidad absoluta tiene carácter personal.

(29) Entre otros, TRANCHINA, pág. 135; MASSA, "L'effetto...", pág. 165; ALOISI "Manuale...", III, pág. 183 s. En nuestro derecho, y con relación al imputado menor, ese problema no se presenta (Art. 3 de la Ley Org. de la Jur. Tutelar de Men.).

(30) ALOISI, "Effetti...", pág. 78.

(31) En tal sentido, ALOISI, "Effetti...", pág. 78; TRANCHINA, pág. 137. En el derecho argentino, CLARIA OLMEDO, en Enc. Jur. Omeba, pág. 663. En contra de esta tesis, ROCCO, "Opere...", III, pág. 539.

(32) Así, CLARIA OLMEDO, Enc. Jur. Omeba, pág. 663.

(33) Así, ALOISI, "Effetti...", pág. 78.

(34) Así, CLARIA OLMEDO, Enc. Jur. Omeba, pág. 663.

terio Público en el 455 es una laguna legislativa que no puede llenarse a través de la interpretación extensiva. No hay extensión.

a-5) Impugnación válida del impugnante y no impugnante, respecto a los puntos de comunidad de gravamen, del no impugnante. La extensión sólo es posible si hay una impugnación válida de uno de los sujetos enumerados en el 455. Si el impugnante renuncia o desiste o si su impugnación fue declarada inadmisibles o rechazada, desaparece la extensión (35).

"No impugnante" en el artículo 455 es quien es inactivo respecto a los puntos en los que hay gravamen común, aunque haya impugnado por otras razones (personales). El artículo 455 no se aplica a quien impugnó también los puntos del gravamen o a quien ha ejercido el derecho de adhesión (art. 453 Cód. Proc. Pen.) (36).

3. El no impugnante goza, en el proceso de impugnación, de una situación jurídico procesal por la cual puede, en virtud del 455, realizar una actividad adhesiva (37); no es, sin embargo, parte. En tanto que el legislador le reconoce esa actividad adhesiva, es 'interesado' para efectos del emplazamiento (arts. 465, 478, 493 C.P.P.), cuya falta acarrea nulidad absoluta, porque la ausencia de citación y de emplazamiento inciden sobre los derechos del imputado (38).

Otra es la posición de la doctrina dominante, que reconoce al no impugnante la calidad de parte: unos (39) afirman que éste es siempre parte, aunque no intervenga en el juicio de impugnación, porque puede intervenir, porque el 455 habla de "imputado" y porque gozará también de la extensión de la sentencia, que solamente puede ser pronunciada con relación a las partes de la causa.

Otros (40) sostienen que el no impugnante es parte si interviene en el juicio de impugnación; si no lo hace, no es parte, porque es necesaria su participación activa para destruir el anterior comportamiento pasivo.

La tesis que afirma que el no impugnante es siempre parte en el proceso impugnativo, aunque no intervenga, es, en nuestra opinión, falsa. Tanto

la citación y emplazamiento del no impugnante, como su intervención en el proceso y la extensión de la sentencia que se dicta en el juicio de impugnación, son consecuencias del artículo 455, regla de excepción, pero no de su calidad de parte. El hecho de que nuestra ley (art. 455), como la italiana, empleó la expresión "imputado" para referirse al no impugnante, se explica por la circunstancia de que el legislador indica con ella la calidad asumida por el no impugnante en el proceso de primer grado (41). Además, hay otro motivo para rechazar esta posición: ella lleva a la consecuencia de que el no impugnante tiene que sufrir las consecuencias de una probable "reformatio in peius" en los casos en que el Ministerio Público se adhiere a la impugnación del impugnante; y es evidente que el legislador no quiere este efecto, puesto que el 455 dice que la impugnación interpuesta únicamente favorece —no perjudica— al no impugnante.

La tesis que hace depender la calidad de parte del no impugnante de su comportamiento (activo) durante el proceso de impugnación es también equivocada. La calidad de parte la adquiere un sujeto de la ley. De donde se sigue que el no impugnante o tiene la calidad de parte y entonces no la pierde por ser inactivo, o no la tiene y entonces no puede adquirirla aunque sea activo.

4. Aunque el 455 pertenezca a las "Disposiciones Generales" sobre recursos, no se aplica a todos ellos sino únicamente al de casación.

Finalidad esencial de la "vis extensiva" es evitar que sentencias contradictorias adquieran firmeza. No se aplica, por tanto, el efecto extensivo ni a la revocatoria, ni a la apelación instructoria, ni a la incidental. Tampoco se aplica a la apelación de la sentencia de sobreseimiento (que imponga una medida de seguridad o irrespete el orden de las causales de sobreseimiento), porque esta sentencia tiene consulta, la que, implicando un efecto devolutivo total, impide la formación de la cosa juzgada. El llamado "recurso" de queja no es un recurso contra una decisión injusta en cuanto al fondo del asunto, sino contra la declaratoria de inadmisibilidad del recurso (42). En él carecería de sentido una extensión, porque si el "recurso" de queja es

(35) Este principio es, por lógica, aplicable en nuestro derecho aún sin texto expreso. Desapareciendo la premisa, debe desaparecer el efecto (Así, ALOISI, "Effetti..." pág. 93; MASSA, "L'effetto..." pág. 134; FLORIAN, pág. 514). El Código Procesal Penal italiano lo establece expresamente (art. 204). Algunos autores (MASSA, "L'effetto..." pág. 134; ALOISI, "Effetti..." pág. 93) sostienen que debe distinguirse, para efectos de la extinción de la extensión, entre acontecimientos dependientes de la voluntad del impugnante y acontecimientos independientes de esa voluntad (muerte, indulto, etc.), que no extinguen la extensión.

(36) El que se adhiere debe presentar motivos propios (art. 453 Cód. Proc. Pen.), bajo pena de inadmisibilidad; el beneficiado con la extensión no tiene esa obligación, porque se aprovecha de los motivos ajenos, en tanto sean comunes. A diferencia del no impugnante en la extensión, el adherente no es afectado por la declaratoria de deserción del recurso (arts. 468 —apelación—; 468 y 478 C.P.P. —casación—).

(37) SPIZUOCO, Giust. Pen., 1962, III, 532.

(38) MASSA, "Sulla posizione..." pág. 278; GIUS. SABATINI, Giust. Pen., 1954, 148.

(39) MASSA, "Sulla posizione..." págs. 298 s.; MASSA, "Se il querellante..." Archivio Pen., 1950, II, págs. 141 s.; MASSA, "L'effetto estensivo..." pág. 56 s.; GIUS. SABATINI, Giust. Pen., 1954, 147.

(40) Así, LEONE, "Sistema..." págs. 268, 270; LEONE, "Trattato..." III, pág. 117; FALCHI, pág. 243.

(41) SPIZUOCO, Giust. Pen., 1962, III, 532.

(42) Véase nuestro trabajo, "Fases del procedimiento de impugnación penal", en Revista Judicial, No. 8, junio 1978, págs. 23 ss.

declarado con lugar, el recurso es admitido y es éste el que producirá o no la extensión conforme al 455.

Partiendo de razones de economía procesal, algunos admiten la extensión del recurso de revisión al imputado, condenado por la misma sentencia impugnada, que teniendo derecho a plantear la revisión, no lo haya hecho.

5. Cuando se produce el efecto extensivo se extiende la declaración de impugnación, los motivos en los que hay gravamen común, el efecto suspensivo que tiene la proposición del medio impugnativo (art. 456 C.P.P.) y la decisión final que se dicta en el proceso impugnativo en tanto que ella no implique una desmejora de la situación del no impugnante (caso de reformatio in peius por adhesión del Ministerio Público al recurso del impugnante).

III. Crítica de las disposiciones vigentes y proposiciones "de lege ferenda".

1. El artículo 455, proveniente de la legislación italiana, tiene sentido en ésta, que conoce el doble grado de jurisdicción. En nuestro derecho la sentencia condenatoria no tiene apelación. La extensión del recurso de casación tiene poco sentido: si no todos los imputados tienen derecho a impugnar la extensión no ocurre siempre. La extensión de la decisión final tiene como presupuesto la extensión del recurso y ésta, a su vez, la existencia del derecho (e interés) de (y para) impugnar. Así, por ejemplo, A y B, autor y cómplice del mismo hecho punible y condenados por la sentencia impugnada, recibieron respectivamente 3 y 1 año de prisión. La impugnación en casación de la sentencia por A no puede extenderse a B, ni tampoco la decisión favorable que se dicte, porque éste no tiene derecho a impugnar conforme al artículo 474 inc. 1 Cód. Proc. Pen. Si el recurso de A prospera, B o el Ministerio Público se verá obligado, si hay contradicción de sentencias, a plantear recurso de revisión. Esta situación es absurda.

2. Como el modelo italiano, nuestro artículo 455 no permite la extensión del recurso del Ministerio Público a los imputados que, estando en la misma situación objetiva del favorecido con la impugnación, no fueron favorecidos con ésta. La razón de la omisión es que el Ministerio Público, que debe actuar para la actuación objetiva de la ley, no puede en tal caso impugnar a favor de unos y dejar por fuera otros, sin caer en abierta arbitrariedad. Pero en los casos en que ello ocurra, la legislación no tiene solución al acto arbitrario, por lo menos a nivel del proceso impugnativo. Esta omisión debe ser subsanada "de lege ferenda".

3. El párrafo 1 del 455 restringe el efecto extensivo del recurso, basado en agravios provenientes de violaciones a leyes de fondo, a los casos de realización de un hecho punible por varios imputados. En nuestra opinión no hay razón suficiente para excluir de la extensión a quienes,

autores de delitos distintos pero en relación de principal a subordinado, fueron juzgados en una misma sentencia.

4. El artículo 455 fue pensado y dispuesto para un sistema con doble grado de jurisdicción; la supresión de la apelación de la sentencia condenatoria en el actual Código Procesal Penal lo despojó de su sentido. Tarde o temprano nuestro sistema debe volver, sin embargo, al doble grado de jurisdicción. Habiendo entrado en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece como derecho humano el del imputado de recurrir ante Juez o Autoridad Superior de la sentencia penal condenatoria, el establecimiento del doble grado de jurisdicción es una obligación constitucional (art. 7 Constitución Polít.).

Se trata, pues, de conservar y mejorar el 455, especialmente para el futuro recurso de apelación, y de establecer la extensión de la sentencia de casación que acoja motivos comunes provenientes de lesiones del derecho material, así como la extensión de la sentencia del tribunal de remisión (en caso de acogimiento de un recurso de casación por la forma), que reconozca también la existencia de agravios comunes de fondo. La extensión de la sentencia de casación que anula por razones de violación a reglas de procedimiento no es una exigencia de la justicia, pues una injusticia no es siempre su consecuencia.

El artículo 455 valdría, entonces, para la apelación y para el recurso de casación en los casos y bajo los supuestos ahí establecidos. Cuando la extensión del recurso no se produjo y ella es de justicia, entra a funcionar la extensión de la sentencia.

5. Con base en las anteriores observaciones, proponemos, "de lege ferenda", los siguientes textos:

Artículo 455:

"Cuando el recurso se interponga contra sentencia que juzgó a varios por un mismo delito o por delitos diversos en relación de principal a subordinado, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá a los demás, si se fundamenta en motivos, provenientes del derecho material o procesal, que los afectan a todos.

Igualmente se extenderá a los demás en tales casos el recurso interpuesto a favor de uno de ellos por el Ministerio Público.

En casos de acumulación de causas por delitos diversos el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales.

También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil, cuando

éste alegue la inexistencia del hecho o niegue que constituya delito o que aquél lo cometió, o sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva, o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir".

Artículo 483 bis.

"La sentencia que dicte el Tribunal de Casación al resolver favorablemente un recurso por violación o errónea aplicación de la ley sustantiva o la que por ese mismo motivo dicte el Tribunal al que la causa ha sido remiti-

da, se extenderá al no impugnante, condenado por la sentencia impugnada, en cuanto que sea más favorable, si se dan las siguientes condiciones:

a) Que se haya acogido un punto de la impugnación respecto al cual hay gravamen común a todos los imputados.

b) Que todos hayan participado en la misma acción punible.

c) Que, habiendo realizado acciones punibles distintas, exista entre ellas relación de acción principal a subordinada".

BIBLIOGRAFIA

- ALOISI. *"Manuale pratico di procedura penale"*, Milano, 1952, Vol. III.
- ALOISI. *"Effetti Estensivi delle Impugnazioni Penali"*, en *"Studi in Memoria di Arturo Rocco"*, Milano, 1952 (citado, Aloisi, "Effetti. . .").
- BARBI. *"L'effetto estensivo nel caso di concorso di piú persone in uno stesso reato ed applicabilità dell'Art. 152 C.P.P."*, en Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960, págs. 1040 ss.
- BERG. *"Gravamen commune (Par. 357 StPO)" Problematik und Systematik der Erstreckung der Revision in Strafsachen"*, Diss. Univ. Köln, 1964.
- BERNIERI. *"Questioni sull'effetto estensivo delle impugnazioni"*, en *Annali di Diritto e Proc. Pen.*, 1943, págs. 412 ss.
- CANINO. *"Appunti sugli effetti estensivi delle impugnazioni"*, en *Giustizia Penale*, 1961, III, 58 ss.
- CLARIA OLMEDO. *"Tratado de Derecho Procesal Penal"*, Vol. V, Buenos Aires, 1966.
- CLARIA OLMEDO. *"Efecto Devolutivo"*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo IX, Buenos Aires (s.f.) (Citado, Clariá Olmedo, Enc. Jur. Omeba).
- CONSO. *"La sanatoria delle nullità assolute nel odierno processo penale"*, en Riv. di Dir. Proc. Pen., 1956, págs. 558 ss.
- CRISTIANI. *"La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano"*, Milano, 1970.
- FALCHI. *"L'appello nel processo penales"*, Torino, 1940.
- FLORIAN. *"Diritto Processuale Penale"*, Torino, 1939.
- FOSCHINI. *"La connessione processuale"*, en Riv. It. di Dir. Pen., 1951, págs. 65 ss.
- GURSKI. Anm. zum Ur. RG v. 23 Okt. 1936, 1 ss., 217/36, JW, 1931, 55.
- HAASE. *"Die Revisionserstreckung"*, en G.A., 1956, págs. 273 ss.
- KLEINKNECHT. *"Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen"*, 32. Aufl., München, 1975.
- KMR (Müller-Sax). *"Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWIG"*, 6. Aufl., Darmstadt, 1966.
- LEONE. *"Trattato di Diritto Processuale Penale"*, Napoli, 1961, Vol. III. (Citado, Leone, "Trattato. . .").
- LEONE. *"Sistema delle impugnazioni penali"*, Napoli, 1935 (citado, Leone, "Sistema. . .").
- LOWE-ROSENBERG. *"Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen"* (Grosskommentar), 22. Aufl. 1971-73.
- MANZINI. *"Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano"*, 5 ed., Torino, 1956, Vol. IV.
- MASSA. *"L'effetto estensivo dell'impugnazione nel processo penale"*, Napoli, 1955.
- MASSA. *"Sulla posizione giuridica del coimputato no impugnante che si giovi dell'effetto estensivo"*, en *"Studi in Onore di Francesco Antolisei"*, Milano, 1965, Vol. II. (citado, Massa, "Sulla posizione. . .").
- MASSA. *"Se il querellante condannato alle spese e ai danni a favore dell'imputato prosciolto in istruttoria debba considerarsi parte e se gli compete il diritto d'impugnazione ancorché costituito parte civile"*, en *Archivio Penale*, 1950, III, págs. 141 ss. (Citado, Massa, "Se il querellante. . .").
- OETKER. Anm. LG. I Berlin, Urteil v. 13. Juli 1931, JW, 1931, 2525.
- PETERS. *"Strafprozess"*, Karlsruhe, 1966.
- PETRELLA. *"Le impugnazioni nel processo penale"* (Trattato Teorico Pratico), Milano, 1965, Vol. I.
- ROCCO. *"Opere Giuridiche"*, Roma, 1932, Vol. III.
- SABATINI (Gius.) *"Posizione giuridica del non impugnante nel giudizio di appello"*, en *Giustizia Penale*, 1954, III, 144 ss.
- SPIZUOCO. *"L'effetto estensivo dell'impugnazione non attribuisce la qualità di parte al coimputato non appellante"*, en *Giustizia Penale*, 1962, III, 532 ss.
- TRANCHINA. *"La potestà di impugnare nel processo penale italiano"*, Milano, 1970.
- VANNINI-COCCIARDI. *"Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano"*, Milano, 1973.
- VELOTTI. *"Manuale di Procedura Penale"*, Roma, 1965.



EL OMBUDSMAN (Posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)

*Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.
Lic. Carlos Rivera B.*

CONTENIDO:

INTRODUCCION	36
I. NATURALEZA JURIDICA:	37
A. SU ACTIVIDAD: LA DEFENSA DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACION.	37
a. Organó que no impone ni resuelve.	37
b. El derecho a ser oído.	37
c. Complemento de los controles clásicos.	38
B. FORMA DE DESIGNACION Y CESE DE FUNCIONES	38
a. Su elección.	38
b. Cese de funciones.	38
c. La personalidad del Ombudsman.	38
II. LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN	39
A. EL RECURSO ANTE EL OMBUDSMAN	39
a. Condiciones para admitir el recurso.	40
B. EL DOMINIO DE SU COMPETENCIA:	40
a. Control sobre la Administración.	41
b. Control sobre la Administración de Justicia.	41
C. MAGISTRATURA DE INFLUENCIA	41
CONCLUSIONES.	42

I N T R O D U C C I O N

El Poder Ejecutivo es el órgano motor de la actividad estatal. Su importancia crece día a día. Varias son las razones. En primer término, como afirma Chandernagor: "*La evolución económica y social es un motivo suplementario del cambio o transferencia de las responsabilidades de los Parlamentos al Gobierno*" (1). En segundo término, la actividad estatal exige prontitud y eficiencia, y no encuentra esos elementos en los órganos deliberantes. Ello se traduce, a su vez, en una mayor vulnerabilidad de los derechos individuales frente a la acción del Estado.

En el contexto latinoamericano, la violación de los derechos humanos por parte del Poder Ejecutivo es constante. Los informes de los organismos internacionales son reveladores. Costa Rica aparece en esos informes como una excepción, pero debe luchar para que los derechos humanos sean respetados también en nuestro medio. Es importante, por eso, que tengamos en cuenta institutos de Derecho Comparado que podrían ser incorporados con ventaja a nuestra organización institucional, para garantizar aún mejor tales derechos. El propósito del presente trabajo es llamar la atención sobre uno de ellos.

En los países nórdicos surgió en el siglo pasado (1809), con la nueva constitución sueca, el instituto denominado "Riksdagens Justitieombudsman", encargado de controlar el respeto de las leyes y de los reglamentos por parte de jueces y funcionarios (2).

La Institución sueca fue dividida en 1915, cuando el control de la administración militar se confió al "Militieombudsman". Sin embargo, desde 1968 la distinción entre los dos sectores se abandonó y en la actualidad existen cuatro "Justitieombudsman" que se dividen el control de la Administración. El último que se creó (1973) se dedica a la defensa de los consumidores (3).

Posteriormente, en 1919, Finlandia acoge en su ordenamiento jurídico el Ombudsman, en 1954. Dinamarca adapta ese instituto y lo incorpora en su Constitución. Los resultados satisfactorios han

hecho que otros países adoptaran la institución: Alemania en 1964, Inglaterra en 1967 y Francia en 1973, además de Nueva Zelandia, de Quebec - Canadá, así como de algunos estados de los E.E.U.U. (4).

Existe un aspecto común en todos los Ombudsmän: constituyen un intento de obtener una mejor protección de los derechos del individuo frente al crecimiento de la intervención estatal. Pero cabe advertir que esa idea fundamental, la de proteger los derechos del individuo frente a los abusos del Estado, se concreta a través de características diversas en los países donde existe la referida institución. En Suecia y en Finlandia, por ejemplo, el Ombudsman es complemento del control jurisdiccional. En otros países, particularmente en los del Common Law, es el sustituto de un sistema de jurisdicción administrativa generalizada, ya que en esos países no se acepta un control de esa naturaleza (5).

Al margen de los aspectos particulares, la extensión del Ombudsman corresponde a un movimiento de democratización del control de las libertades públicas (6).

Se le ha comparado con algunos mecanismos que, aunque no se inspiran en él en forma directa, presentan algunas de sus características. Así, por ejemplo, se le compara con el Inspector General de la Defensa en los Estados Unidos, con el Comité de Acción de las Filipinas o con la Comisión Europea de Derechos Humanos. Es evidente que en todas estas instituciones se encuentra una finalidad común: abrir la posibilidad al individuo de acudir a un órgano independiente, cuando se ha cometido un abuso por parte de la Autoridad (7).

De lo expuesto, surgen dos características fundamentales de esta institución: su finalidad de defender al individuo frente a los abusos de la autoridad, lo cual a su vez facilita un control de eficiencia administrativa, y su independencia. Estos dos aspectos serán analizados con más detalle a continuación, al estudiar la naturaleza jurídica y las funciones del mencionado instituto.

- (1) CHANDERNAGOR, André. *¿Un parlement pour quoi faire?* Éditions Gallimar, 1967, París, Francia, pág. 23.
- (2) ROBERT, Jacques. *Libertés Publiques*. Éditions Montchrestien, 1971, París, Francia, pág. 135.
- (3) BECET, Jean Marie. "*L'ombudsman. Et les institutions analogues*", Institut International des Droits de L'Homme, VIII sesión d'enseignement, 1977, 4-29 julio.
- (4) Sobre las características del Ombudsman en cada uno de estos países, véase el artículo del Dr. ROJAS FRANCO Enrique, aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas Número 30, "El Ombudsman".
- (5) RIDEAU, Joel. "*L'ombudsman, Le modèle Suedois et ses variantes*", D.F. No. 66, 1971, pág. 4.
- (6) *Ibid.*
- (7) Podría decirse que hasta la Prokuratura soviética tiene algunas semejanzas con el Ombudsman. El Procurador General ejerce allí un papel de control, de vigilancia de la Administración: garantiza el respeto de la legalidad socialista. Sin embargo, esta institución soviética está bastante ligada al Poder Central.

-I-

NATURALEZA JURIDICA DEL OMBUDSMAN

La primera pregunta que conviene hacerse sobre la naturaleza jurídica del Ombudsman, es la referente a su ubicación con respecto a la teoría de la separación de poderes. En algunos países se le ha considerado como un órgano parlamentario y, en consecuencia, se le ubica dentro de los poderes clásicos de la teoría de Montesquieu; al principio fue concebido como un mandatario del Parlamento, al cual se le encargaba vigilar permanentemente la aplicación de las leyes por los tribunales y por la Administración. Sin embargo, aun en esos países donde se le atribuyen aspectos parlamentarios, el Ombudsman difiere por su finalidad, organización y otras características, de las Asambleas Legislativas. Por esa razón conviene prescindir del referido aspecto parlamentario y, en su lugar, adoptar otro criterio que permita trazar mejor los contornos de este instituto jurídico-político.

A. SU ACTIVIDAD: LA DEFENSA DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACION.

La actividad —directa o indirecta— en favor de los individuos frente al Estado, constituye el aspecto fundamental del Ombudsman; y ello representa además un factor de equilibrio político, si se toma en cuenta el crecimiento de las atribuciones de la Administración y las intervenciones de ésta en campos anteriormente reservados a la esfera privada.

a) Órgano que no impone ni resuelve.

La actividad en defensa del individuo difiere de la que realizan los otros órganos constitucionales clásicos. En efecto, cuando al Ombudsman se le someten asuntos para su conocimiento, carece de poder de decisión: investiga, informa, expone un criterio o propone una solución, pero no impone ni resuelve nada (8). Logra su eficiencia a través de otros mecanismos. En primer término, al provocar la intervención de la opinión pública, que se alcanza por medio de la publicidad de la acción del Ombudsman. Es cierto que las investigaciones que este realiza las efectúa en forma secreta; pero a los resultados de sus indagaciones se les da amplia divulgación. Por medio de la publicidad y su repercusión en la opinión pública, el Ombudsman hace que la Administración trate de evitar abusos en perjuicio de los particulares.

Sus poderes de investigación son amplios, y las soluciones que propone son casi siempre acatadas por la Administración, a pesar de no disponer de mecanismos coercitivos para imponerlos. De esta

manera, gracias al prestigio de la institución en la opinión pública, las sugerencias que se fundan en las investigaciones, son habitualmente acatadas.

b) El derecho a ser oído:

El Ombudsman ofrece la posibilidad de un contacto directo y personal con un órgano ajeno a la Administración, el cual se encarga de investigar, con absoluta independencia, la queja del individuo. Al final, las consecuencias serán favorables para el administrado, en caso de abusos de parte del Estado.

En otros ordenamientos, que carecen de órganos parecidos al Ombudsman, el derecho a ser oído requiere la utilización de un procedimiento jurisdiccional lento, caro y formalista. El Ombudsman, al contrario, ofrece un procedimiento más fácil y más eficaz. El administrado tiene derecho no sólo a criticar las decisiones tomadas por la Administración, sino también a quejarse de las conductas administrativas que, aunque muchas veces en forma mínima, atentan contra sus derechos y sus libertades. A menudo *"no interesa el contenido de la queja, sino lo que importa es poder quejarse"* (9).

La intervención del Ombudsman no es siempre el resultado de un conflicto; puede simplemente obedecer a la necesidad (y derecho) que el particular tiene de obtener una información que la Administración niega, y que de otra forma no podrá obtener.

c) Complemento de los controles clásicos:

La institución emerge así como un complemento importante de protección de los administrados frente al Estado, como consecuencia del hecho de que los controles clásicos resultan insuficientes.

"Es en términos de complementariedad que se debe comprender la acción del Ombudsman", afirma Jean Marie Becet (10). En efecto, existen casos en que los tribunales de justicia no intervienen. Los pequeños asuntos que perjudican al administrado en sus relaciones con la Administración, y que no ameritan plantear un juicio, se dan con mayor frecuencia que los grandes casos, reiterándose indefinidamente abusos, sin que haya posibilidad de rectificar la conducta administrativa. La participación del Ombudsman llena esas lagunas.

En otros casos, el administrado, aun tratándose de asuntos importantes, por temor de enfrentarse a la administración o por ignorar sus derechos, tolera en su perjuicio los abusos de la acción del Estado. Este aspecto adquiere características

(8) BECET, J.M. Op. cit., supra nota No. 3, pág. 2.

(9) BECET, J.M. Ibíd., pág. 7.

(10) BECET, Jean Marie. Ibíd., pág. 10.

especialmente graves si el administrado carece de medios económicos para ejercer su defensa (11).

Cierta categoría de personas, como: enfermos en los hospitales, los reclusos en asilos, soldados frente a la administración militar, etc., no cuentan con instrumentos jurídicos cuando se cometen arbitrariedades en su perjuicio. En Suecia, las personas mencionadas acuden al Ombudsman y obtienen éxito en sus gestiones.

Los recursos que los particulares plantean frente al Estado, en vía administrativa y jurisdiccional, no siempre resultan eficaces. En la primera vía, por cuanto la Administración es juez y parte. En la segunda, por ser esos recursos lentos, caros y formalistas. Resulta decisiva la intervención del Ombudsman, como instrumento rápido, sin formalismos y ajeno a la Administración, en situaciones donde por las razones dichas, los referidos recursos no protegen en debida forma al particular frente a aquélla.

Por otra parte, el control parlamentario, como medio de protección del individuo frente al Estado, no siempre se cumple de modo adecuado, por cuanto el Poder Legislativo tiene muchas y diversas atribuciones; además está el hecho de que la institución parlamentaria, por distintas causas (históricas, políticas y económicas), está en crisis. De ahí que, sólo excepcionalmente puede el Parlamento detenerse a examinar las quejas de los ciudadanos que han soportado abusos de la Administración.

De lo expuesto, cabe concluir que el Ombudsman debe subsistir junto a los órganos de control clásico, porque en modo alguno los obstaculiza; antes bien puede, como complemento y auxiliar de ellos, contribuir a mejorar la situación del individuo frente a la Administración y, de esa manera, garantizar mejor sus libertades y derechos fundamentales.

B. FORMA DE DESIGNACION Y CESE DE FUNCIONES:

Por su modo de designación y la forma de cesar en sus funciones, el Ombudsman no presenta las características de un órgano parlamentario clásico.

a) Su elección:

Según el esquema Sueco, la elección corresponde al Parlamento. El Ombudsman es, así, el elegido de los elegidos, el representante de los representantes del pueblo. En Suecia esa elección es indirecta. Cada Asamblea elige 24 parlamentarios que escogerán el Ombudsman. Las reglas de la elección son las mismas que se aplican para escoger a los Presidentes de las Cámaras del Parlamento Sueco. Los partidos se ponen de acuerdo sobre un candidato, para que él sea designado por unanimi-

dad. En Alemania, lo designa el Bundestag (Parlamento alemán). Pero se critica que el nombramiento del Ombudsman alemán sea realizado por mayoría simple, hecho que le hace perder independencia (12).

En otros países, como en Nueva Zelandia, es el Gobernador quien elige al Ombudsman. Las críticas a este sistema de elección son muchas: si se toma en cuenta que el Ombudsman va a proteger al particular contra los abusos de la Administración, el hecho de que aquél sea dependiente de ésta, le impide realizar una labor adecuada; además, es objetable que la elección por parte del Poder Ejecutivo sea efectuada con un criterio político.

b) Cese de funciones:

Al margen de causas de cesación de funciones como la pensión o la renuncia, se pueden encontrar otras: por ejemplo, el hecho de que haya perdido la confianza de la opinión pública. En Suecia, el Ombudsman cesa en sus funciones, aun durante el curso de su mandato, si se lo pide uno de los Comités Parlamentarios encargados de vigilarlo; en la práctica, sin embargo, nunca se ha llegado a revocar su nombramiento.

Su mandato es breve en casi todos los países, pero ello ha sido arduamente criticado (13). La brevedad lo sujeta a cierta dependencia frente al Parlamento.

c) La personalidad del Ombudsman:

La personalidad de aquel a quien se le encarga proteger al individuo frente a la Administración, es un elemento fundamental para el buen funcionamiento del instituto en razón de la naturaleza particularmente delicada de esa tarea. En efecto, la personalidad del elegido constituye un elemento decisivo para alcanzar la confianza que debe despertar en la opinión pública. En Suecia, los Ombudsmän son generalmente escogidos entre los miembros de la Corte Suprema de Justicia. En Noruega, el primer titular del puesto fue un juez de la Corte Suprema. En Dinamarca, después de múltiples dificultades encontraron la solución llamando a un profesor, Hurwitz, quien había hecho la propuesta de creación del Ombudsman; él mismo se convirtió, así, en el primer Ombudsman danés.

Siempre se ha escogido a un jurista para el desempeño de tarea tan importante. Unas veces han sido jueces de alto rango; otras, funcionarios de alta jerarquía. Razones de experiencia en la Administración han inclinado la selección en favor de estos últimos funcionarios. Los problemas a los que se ven enfrentados, son ilegalidades e injusticias de delicado carácter. La idea fundamental que

(11) ROBERT, Jacques. Op. cit., supra nota No. 2, pág. 136.

(12) Sobre la forma de designar el Ombudsman, véase, ROJAS FRANCO Enrique, op. cit., supra nota No. 4.

(13) RIDEAU, Joel. Op. cit., supra nota No. 5, pág. 5.

ha prevalecido para la escogencia de este alto funcionario, es la de considerar su integridad moral y su independencia.

Pero para cumplir con su función en forma adecuada, debe contar con un equipo administrativo y técnico que garantice el cumplimiento de sus servicios. La cantidad de esos servicios ha sido siempre reducida. Un aparato administrativo considerable crearía el peligro de una pesada burocracia

de control. Es importante advertir que el Ombudsman interviene personalmente en muchos asuntos; esa es la regla en Suecia.

La selección de sus dependientes es realizada por el Ombudsman mismo, en forma directa, para que tenga confianza absoluta en sus servidores, y pueda así delegar en ellos algunas de sus funciones. Pero es decisivo que esta labor no se convierta en impersonal.

-II-

LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN

Se señaló que la actividad del Ombudsman constituye un intento que complementa el control clásico frente a los abusos de la Administración en perjuicio del individuo.

Para cumplir con ese objetivo, el ombudsman cuenta con funciones importantes. Con el objeto de analizarlas, conviene referirse al procedimiento que utiliza.

A. EL RECURSO ANTE EL OMBUDSMAN:

La amplitud del recurso es una de las principales características. Ello se advierte claramente si se establece una comparación con el Parlamento y con el Poder Judicial.

Se indicó que el Parlamento no protege en forma inmediata y eficaz los derechos del individuo. En cuanto al Poder Judicial, si bien controla las libertades públicas y la legalidad de la acción administrativa del Estado, allí las condiciones de admisibilidad y de éxito del recurso no ofrecen suficientes garantías. En Costa Rica, un alto porcentaje de los recursos de amparo son declarados sin lugar. Además, el juez para intervenir debe hacerlo a petición de parte. El Ombudsman, en cambio, puede intervenir de oficio.

a) Condiciones para admitir un recurso:

Para que el Ombudsman intervenga, se ha elaborado un procedimiento sencillo y sin formalismos. Se pretende con ello darle a los ciudadanos una garantía contra los abusos del poder, por medio de un recurso directo e informal.

Es muy importante el contacto directo entre el Ombudsman y el ciudadano. En Suecia, por ejemplo, el recurso está desprovisto de toda formalidad. Aunque debe ser formulado por escrito, son corrientes los contactos orales o telefónicos previos. A través de estos contactos, el recurrente puede informarse de la solidez y suerte de su queja. En este extremo cabe hacer comparaciones con el Recurso de Amparo; si bien éste no exige formalismos, empero en él debe indicarse el derecho violado, y en ciertos casos los tribunales exigen la clara determinación del nombre del funcionario responsable de la violación.

El recurso es gratuito y no requiere autenticación de abogado. En este extremo existe simi-

litud con el Recurso de Amparo costarricense. El plazo para promover un recurso en Dinamarca ha sido reducido a un año, a contar desde el momento en que se produjo el abuso. En Nueva Zelandia se prevén ciertas condiciones suplementarias para que sea admitido, tales como una tasa de una libra esterlina y la justificación de un interés personal.

La ausencia de intermediarios es todavía más grande en ciertos casos: tratándose de militares y prisioneros. Para los prisioneros se ha previsto en Suecia que las quejas deben ser transmitidas directamente por las autoridades de las prisiones, en sobres sellados, que esas autoridades no tienen derecho a examinar. El Ombudsman militar ha tenido dificultades para ser aceptado. Por ejemplo, en Alemania se debió reconocer, en el artículo 45 de la Ley Fundamental, el derecho a todo soldado de entrar directamente en contacto con el Delegado (Ombudsman); su derecho de queja, si es objeto de una conducta arbitraria por parte de sus superiores, está consagrado de una manera general en el artículo 34 de la Ley del Soldado. (El número de quejas dirigidas a este Delegado aumentaron considerablemente de 1961 a 1964).

En Inglaterra, al principio la queja era presentada por un interesado a un parlamentario. El diputado decidía si se recurría al Comisionado Parlamentario (Ombudsman). A través de ese sistema, en Gran Bretaña se quiso evitar que se recargara la labor del Ombudsman. Además, no se quería poner en crisis la superioridad parlamentaria en el dominio de la defensa de las libertades públicas. Esta fue justamente una de las razones que prevalecieron para atacar la creación del Ombudsman. Sin embargo, mediante el trámite que permitía la participación del Parlamento, se mantuvo el papel de este último como defensor de las libertades públicas británicas.

El derecho que tiene el Ombudsman de actuar de oficio es un complemento importante para permitirle realizar su labor. En efecto, los particulares pueden vacilar en acudir a él; pero actuando de oficio, está en condiciones de suplir los temores de los particulares cuando se ha producido una violación clara de los derechos del individuo.

Además de la información que obtiene por intermedio de quejas, se encuentra una informa-

ción obtenida mediante documentos que él mismo pide a través de las inspecciones. Las inspecciones son la fuente principal de las informaciones. Se calculó que, en Suecia, el Ombudsman civil visitó en 8 años el conjunto de administraciones sometidas a su control, y el Ombudsman militar en 5 años visitó todas las organizaciones militares. Las inspecciones tienen lugar de improviso y permiten al Ombudsman o a sus funcionarios analizar una serie de documentos.

Otro modo de informarse es a través de la prensa. Los funcionarios del Ombudsman analizan la prensa, para revisar qué aspectos ameritan su intervención.

Todo ello muestra la diversidad de fuentes de información que pueden dar origen a la intervención del Ombudsman. El conjunto de estos medios le permite de esa manera, un conocimiento profundo del dominio de su competencia.

B. EL DOMINIO DE SU COMPETENCIA.

En el control parlamentario clásico, como en el control jurisdiccional, únicamente la acción del Ejecutivo y en general la actividad administrativa podrían ser sometidos a ese control. Pero el Ombudsman puede incluso controlar al Poder Judicial, aunque esto sólo en forma excepcional.

a) Control sobre la Administración:

El control sobre la Administración es más o menos extendido según los países. En Suecia y en Finlandia se extiende a todos los funcionarios civiles y militares. Sin embargo, no existe un control directo sobre los actos de los ministros. Cabe señalar que en Suecia existe una separación entre departamentos y ministerios. En Finlandia, el control se extiende a los actos del Consejo de Ministros, y el Ombudsman tiene derecho de asistir a ese Consejo. Su intervención en actos políticos casi no existe; la doctrina lo considera un acierto, pues de otra manera se comprometería la institución en luchas políticas que la desprestigiarían.

Sobre el control de la Administración, es interesante dar algunos datos. Las cifras suecas muestran que entre 1950 y 1955, 45 por ciento de las quejas se dirigieron contra la policía, los acusadores públicos y las Cortes de Justicia, 33 por ciento contra los ministerios y las administraciones centrales, y el resto contra las autoridades que están a la cabeza de las prisiones y de los asilos (14).

Para el ejercicio de sus tareas, el Ombudsman cuenta con poderes jurídicos amplios, sea producto de su iniciativa propia de fiscalización sobre las administraciones sometidas a su inspección, sea por iniciativa de los particulares o de los funcionarios públicos mismos.

Tiene facultad no sólo para inspeccionar los lugares mismos de trabajo, sean servicios públicos, estatales o municipales, sino que además puede exigir de los funcionarios que le proporcionan los documentos y antecedentes necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones contraloras, (pero sin que ello se extienda a documentos que se puedan estimar como secretos de Estado). Sin embargo, hay que tener en cuenta la observación siguiente:

"Mas debe dejarse bien claro que el rol del Ombudsman no es en modo alguno sustituir a la Administración en las resoluciones decisorias, ni mucho menos podría asimilarse su tarea a la de un tribunal de alzada, o casación; el Ombudsman fiscaliza las actuaciones de los funcionarios y autoridades administrativas a fin de vigilar el correcto funcionamiento de los servicios, al honesto desempeño de la función pública, y asegurar una eficaz protección de los derechos de los administrados frente al Poder Administrativo, pero carece totalmente de competencias como para modificar una decisión jurídica enmarcada de un órgano administrativo estatal o municipal" (15).

Conviene reiterar que el Ombudsman no es un órgano jerárquico de la Administración, como tampoco es una jurisdicción dotada de un imperio que obligue a aquélla a cumplir sus recomendaciones.

Ante la interposición de un reclamo, el Ombudsman tiene la potestad de abrir su procedimiento con el fin de investigar la certeza de la situación administrativa cuestionada, para luego determinar, por medio de documentos, inspecciones e interrogaciones, si la decisión reclamada se ajusta o no a las normas legales vigentes y si se ajusta a fines lícitos. Si existe suficiente causa para dar lugar a un procedimiento de investigación, inicia el respectivo proceso notificando la interposición del reclamo a la autoridad cuya actuación se cuestiona.

Notificada la acción, el Ombudsman podrá solicitar los documentos necesarios, así como escuchar tanto al funcionario cuestionado como a las personas que sirvan para esclarecer el asunto.

Concluida la investigación, el Ombudsman rinde su informe a las partes, que es inapelable, ya que no existe una instancia superior. Conviene aclarar que, pese a ello, la decisión del Ombudsman no tiene imperio, ya que no puede anular ni revocar una decisión administrativa.

Tampoco puede él condenar a una autoridad o a funcionarios a indemnizar daños y perjuicios. Pero no se puede considerar el pronunciamiento del Ombudsman sólo como un simple informe, ya que, además del peso moral que tiene, aquél puede dirigirse a la autoridad jerárquicamente superior del funcionario que incumple sus deberes, para que se inicie el respectivo proceso disciplinario. En el

(14) RIDEAU, Joel, *supra* nota No. 5, pág. 9.

(15) SOTO-KLORS, Eduardo, "El Ombudsman Nórdico-Sajón: un control de confianza". "Revista Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración". Caracas, 1972, pág. 364.

caso de que existan faltas graves o delitos en el desempeño de la función pública, puede solicitar al órgano competente que abra la instrucción respectiva para el juicio ante los Tribunales de Justicia.

b) El control de la Administración de Justicia:

En Suecia y en Finlandia, el poder de control del Ombudsman se extiende a los jueces. Este aspecto es sorprendente. Todos los jueces civiles y militares están sometidos a este control, y aun la Corte Suprema de Justicia y la Corte Suprema Administrativa. Pero solo en estos dos países ha sido acogido tal sistema. En otros países se consideró que constituía un peligro contra la independencia del Poder Judicial, lo cual en alguna medida es cierto.

C. LA MAGISTRATURA DE INFLUENCIA:

El Ombudsman no puede anular ni revocar un acto. Tampoco puede sancionar al funcionario. Sus poderes constituyen una "Magistratura de Influencia" que ejerce apoyándose en la autoridad del Parlamento y en la opinión pública.

Por tratarse precisamente de eso, una "Magistratura de Influencia", su eficacia depende en gran parte de la personalidad y del prestigio que tal institución alcance en cada país. Allí donde su introducción es reciente, la necesidad de apoyarse constantemente en la autoridad del Parlamento es más imperiosa que en aquellos países donde esta institución ha acumulado ya gran prestigio para su función de defensa.

Ese carácter no vinculante de las intervenciones del Ombudsman tiene la ventaja de permitirle un control sobre aquello que escapa, en cambio, a los tribunales, como el ejercicio del poder discrecional y algunas pequeñas ilegalidades. Dicho control, al no ser vinculante, no inmoviliza la Administración y, en consecuencia, es aceptado. Su flexibilidad le permite intervenir preventivamente antes de que la decisión sea adoptada.

La extensión de la esfera en que el Ombudsman puede intervenir varía según los países. En Suecia es muy amplia: va más allá de la noción de control de legalidad del derecho administrativo, por cuanto se extiende a un control de oportunidad de las decisiones. En Gran Bretaña, en el caso de referirse a la oportunidad de las decisiones, el control se ejerce sobre una "mala administración". Esta noción abarca la negligencia, la mala fe, pero excluye el control de legalidad de las decisiones, el cual queda reservado a los jueces. La fisonomía del control varía considerablemente, según que se dé en países donde el derecho administrativo, como en Suecia y en Finlandia, se ha desarrollado mucho, o bien que ello sea en otros países donde es embrionario, como en los países del Common Law.

Una vez que el Ombudsman recibe una queja, analiza su admisibilidad y, si admite la queja, decide proceder a una investigación. Este primer paso, el de la admisibilidad, es fundamental para el buen

funcionamiento de la institución, por cuanto al ser fácil su interposición, el recurso puede plantearse en forma abusiva. Pero conforme la institución se robustece, disminuye la cantidad de recursos interpuestos sin base alguna.

Al realizar la investigación, a través de interrogatorios, audiencias de testigos, expedientes administrativos, etc., se pueden suscitar conflictos entre el Ombudsman y los funcionarios, que se originan en el hecho de que, los funcionarios califican ciertos documentos como secretos, lo que obstaculiza la investigación. Es al Ombudsman a quien corresponde determinar, qué comunicaciones trasmite a los demandantes. En Suecia, existe amplia libertad para revisar los documentos; en Gran Bretaña y en Alemania, en cambio, algunas veces el Ombudsman se ve impedido de analizar ciertos documentos por el Gobierno, que alega el carácter secreto de los mismos. En este último caso, el Ombudsman no puede revisar esos documentos.

Cuando el Ombudsman ha obtenido informaciones del servicio administrativo y las ha comunicado al recurrente, el Ombudsman puede estimarse satisfecho, si aquél presentó la queja solo para eso. En otros casos puede declarar la queja sin fundamento, sugerir una conciliación o pedir a la administración una indemnización. Si el acto es reincidente o si el daño no puede ser reparado, el Ombudsman puede hacer una advertencia.

Esta advertencia o desaprobación constituye el límite del ejercicio de los poderes propios del Ombudsman. El valor de la desaprobación depende de la autoridad de la institución. En Gran Bretaña, empero, los textos no le reconocen al Ombudsman ese poder: al final de la investigación, él debe limitarse a comunicar las conclusiones al Diputado que le ha pedido la intervención; pero algunas veces el Ombudsman asiste al Parlamento y toma la palabra, en las mismas condiciones que lo hace un ministro.

Además de las informaciones sobre un caso en particular, cada año hace un informe que presenta tres características importantes: es un medio pedagógico y de disuasión para los funcionarios, a quienes se les indica los errores que han cometido y que no deben cometer; da una serie de datos; y, finalmente, propone las reformas necesarias derivadas de la experiencia.

Los sistemas sueco y finlandés abren al Ombudsman la posibilidad de recurrir al juez. Cuando el Ombudsman encuentra una ilegalidad particularmente grave, que vaya acompañada de mala voluntad y de intención de actuar ilegalmente, puede iniciar un proceso contra el funcionario.

También puede dirigirlo contra un juez. No obstante, la acción judicial iniciada por el Ombudsman es poco frecuente, aunque originariamente tuvo mucha importancia. En la actualidad en Suecia se siguen unos cinco casos por año.

A pesar de la diversidad de modos de organización del Ombudsman, se puede señalar, como aspecto común, el hecho de constituir un órgano

sumamente flexible en su organización y en el modo de acudir a él, y con ausencia de formalismos en sus intervenciones.

En muchos países, su reciente introducción no permite valorar, todavía en su totalidad, los resultados obtenidos.

Pero en Suecia y en Finlandia el éxito es indiscutible: equilibra las relaciones entre el Poder y los ciudadanos, protegiendo los derechos de éstos

contra los abusos de aquél.

Sin embargo, en cada país su incorporación requiere soluciones diferentes, que deben adecuarse al respectivo sistema político-constitucional. A las modalidades que debería tener un Ombudsman en caso de establecerse en Costa Rica, nos referimos inmediatamente, a manera de conclusión de este trabajo.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden extraer conclusiones importantes, que sirvan de punto de partida para debatir la posibilidad de introducir, también entre nosotros, una institución que defienda los derechos del individuo frente a los abusos de la Administración.

Conviene, antes, analizar los instrumentos jurídicos con que cuenta el individuo frente a la Administración costarricense.

El Juicio Contencioso-administrativo tiene como finalidad esencial el control de legalidad. Ese control surge de la confrontación del ordenamiento jurídico con el acto, y permite determinar si este último se ajusta a aquél. El Ombudsman, en cambio, es un defensor del individuo frente a los abusos de la Administración: no anula ni revoca un acto. El Ombudsman hace recomendaciones, no impone ni resuelve nada. En consecuencia, uno y otro medio difieren en cuanto a la finalidad y en cuanto a los efectos que se producen por la intervención.

El juicio contencioso-administrativo es lento, caro y formalista. Su lentitud se hace patente por el hecho de que, en general, su duración excede de los tres años; su formalismo surge de la propia ley y en la aplicación, subsidiaria, del Código de Procedimientos Civiles; y su costo, en el afianzamiento etc. Podemos concluir, pues, que el juicio contencioso-administrativo, a pesar de que constituye una garantía de rango constitucional en defensa de la legalidad de la conducta administrativa, no es un instrumento fácil y eficaz para proteger al administrado frente a la Administración. No se quiere con juicio anterior negar los méritos e importancia de este juicio en favor del individuo. Pero, en la práctica, presenta los obstáculos anteriormente señalados, y otros de igual o mayor importancia.

El Recurso de Amparo creado para proteger y restablecer todos los derechos consagrados en la Constitución, salvo los derechos a la libertad física y a la de tránsito (para los cuales existe el recurso de Hábeas Corpus), en la práctica ha resultado insuficiente e ineficaz para la defensa del individuo frente a la Administración a pesar de haber existido

violaciones de los derechos de aquél. La jurisprudencia, por su lado, al haber introducido el concepto de "arbitrariedad", que no aparece en la Ley, y por la forma en que se practica la prueba, que normalmente recurre al informe del propio funcionario que ha cometido la infracción, ha dado lugar a que un noventa por ciento de los Recursos de Amparo fueran declarados sin lugar (16).

Por lo anterior, resulta cierto que el individuo se encuentra en muchas oportunidades indefenso frente a la Administración. En consecuencia, una institución como el Ombudsman, adaptándola a nuestro ordenamiento constitucional, puede constituir un complemento importante de los tribunales de justicia y, en general, un colaborador del individuo ante los abusos del Estado.

Pero surgen algunas dudas sobre la eficacia de la intervención del Ombudsman, pues utiliza poderes que desde un ángulo jurídico son limitados, aunque pueden hallarse fortalecidos políticamente a través de la opinión pública y gracias a su prestigio. Además, si se toma en cuenta nuestra idiosincrasia y el papel de la política partidista en las decisiones administrativas, resulta difícil que una institución con las características señaladas pueda cumplir una tarea eficiente. No basta su independencia y la denominada "Magistratura de Prestigio". Requeriría poderes especiales que le permitan, en ciertos casos, suspender los efectos de ciertos actos; ello implicaría reconocerle poderes de resolución respecto a la ejecutoriedad del acto, lo cual va contra un principio que se acepta como fundamental en la actividad administrativa del Estado, frente al que se admiten sólo excepciones calificadas en la ley y declaradas por los Tribunales.

En caso de adaptarse a nuestro medio el Ombudsman deberá contar con facultades de sancionar a ciertos funcionarios. De otra manera, sus recomendaciones podrían quedar archivadas en las oficinas administrativas. Este punto puede plantear conflictos serios entre la Administración y el Ombudsman.

Las observaciones anteriores nos conducen a

la creación de un Ombudsman en Costa Rica, con las siguientes características:

1. **Nombre:** La Institución deberá denominarse "Defensor de los Derechos del Individuo".
2. **Status:**
 - a) Deben ser reguladas en la Constitución sus atribuciones, su designación, la duración de sus funciones, etc.
 - b) Será un órgano constitucional independiente, y con independencia económica garantizada en la Constitución.
 - c) Tiene que tratarse de un funcionario de alto nivel y de reconocida integridad moral.
 - d) Debe ser designado por el Poder Legislativo, por dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.
3. **Tramitación del Recurso:**
 - a) El recurso ante el Ombudsman tiene que estar desprovisto de formalidades, debe ser rápido y gratuito.
 - b) Una vez recibido el recurso, será admitido o rechazado. Si se admite, se realizará una investigación rápida que pueda dar origen a suspender la ejecución del acto.
4. **Finalidad y efectos de la intervención:**
 - a) La intervención del Ombudsman no implicará la nulidad ni la revocatoria del acto impugnado; pero podrá determinar que se suspenda la ejecución del mismo, cuando implique un abuso grave por parte de la Administración.
 - b) En caso de que la Administración quiera ejecutar dicho acto, a pesar de la suspensión, debe acudir a la vía judicial. Para ese fin, se deberá crear un procedimiento rápido.
 - c) En ciertos casos, el Ombudsman, estará habilitado para plantear Recurso de Amparo ante los tribunales.
 - d) Podrá intervenir de oficio.
5. **Control de funcionarios judiciales:**

Podrá eventualmente controlar a los funcionarios del Poder Judicial, ante actos de éstos en grave perjuicio de los individuos.

La situación del individuo frente a "...*Las inmunidades del Poder*" (17) y sus abusos, constituye una preocupación constante. El Ombudsman es un intento serio de garantizar al individuo sus derechos y de controlar, así, buena parte de la actividad administrativa que, de lo contrario, y aun siendo arbitraria, logra consolidarse por ausencia de instrumentos jurídicos. Desde este punto de vista, la institución debe ser estudiada con simpatía a pesar de las dificultades prácticas que existen para incorporarla en forma eficaz a nuestro ordenamiento jurídico.

(17) GARCIA ENTERRIDA, Eduardo. "La lucha contra las inmunidades del Poder", Ediciones civitas en Revista de Occidente, 1974.



LOS HECHOS JURIDICOS

Dr. Victor Pérez Vargas.

"Todo hecho jurídico está plasmado sobre un hecho humano; es más, el hecho jurídico nace de un proceso de síntesis donde la materia (contenido) constituida por un hecho o por una relación humana es atraída por la forma jurídica dentro de la cual se consume sin residuos, para dar vida a una entidad (jurídica) con individualidad y vida autónomas y gobernada por leyes propias".

(Salvatore Pugliatti, Diritto Civile).

CONTENIDO:

INTRODUCCION.	46
Premisas.	46
Propósitos.	46
PARTE I : La noción de hecho jurídico	47
A) Ideas generales. Presupuestos teóricos.	47
B) Distinciones básicas: antecedente jurídico, supuesto jurídico y hecho jurídico.	47
1. Antecedentes jurídicos.	47
2. Supuesto jurídico.	48
3. Hecho jurídico.	48
a) El hecho como "causa de efectos jurídicos".	49
a-i) Crítica: existen hechos en función efectual.	49
a-ii) Crítica: existen hechos que no son causa de efectos jurídicos por ser relevantes en sentido estricto.	50
b) El hecho como "lo que no es acto".	50
b-i) Crítica: Las premisas metodológicas no son las más oportunas.	51
b-ii) Crítica: Es un método negativo que se mantiene dentro de la concepción de hecho como causa.	51
c) Conclusiones.	51
C) Notas teóricas sobre los hechos jurídicos.	51
1. Hecho y pluralidad y diversidad de calificaciones.	51
2. Perfiles del hecho.	52
3. Las llamadas situaciones "de hecho".	52
4. Conexiones en las figuras jurídicas.	52
a) Conexiones internas.	52
b) Conexiones externas.	53
D) Los hechos jurídicos en la práctica judicial.	54
E) La juridicidad del hecho.	55
PARTE II: Clasificación de los hechos jurídicos.	55
A) Las clasificaciones tradicionales de los hechos jurídicos.	55
1. El criterio de la eficacia.	55
a) Clasificación en consideración a la situación jurídica sucesiva. Crítica.	57
b) Clasificación en consideración a la situación jurídica anterior. Crítica.	58
c) Clasificación en función de ambas situaciones: anterior y posterior.	58
2. El criterio de la voluntad.	60
3. Otras clasificaciones tradicionales.	61
B) Necesidad de un criterio real-objetivo de clasificación.	62
Eventos y comportamientos.	62
a) Teoría del evento.	62
i) Eventos relativos a la esfera física: los hechos naturales.	62
—Regulación jurídica: el criterio axiológico.	63
—Hechos naturales de valor positivo.	63
—Hechos naturales de valor negativo.	63
—Hechos naturales mixtos.	64
—Modificaciones naturales reversibles e irreversibles.	64
—¿Es el tiempo un hecho natural?	65
ii) Eventos relativos a la esfera orgánica.	65
iii) Los llamados "hechos psíquicos".	66
b) Comportamientos.	67
i) Caracteres.	68
ii) Tipos.	70
CONCLUSIONES.	71
BIBLIOGRAFIA.	71

INTRODUCCION * :

Premisas:

I. El universo jurídico es el mismo universo real, como igualmente lo es el objeto de las demás ciencias. Lo que varía en cada caso es la perspectiva y, en particular el método de análisis.

Así, por ejemplo, una enfermedad para el sociólogo puede ser un indicador relevante, para el médico más bien un reto concreto, mientras que para el jurista es la realización de un evento del que nacen efectos jurídicos (por ejemplo, derecho a la atención de la seguridad social, o, en ciertos casos —enfermedad mental— efectos sobre la capacidad de actuar al ser presupuesto de la interdicción).

Cada uno de los acontecimientos que presenciamos o protagonizamos tiene múltiples significaciones; estas dependen de lo que podríamos llamar el ángulo visual. Cuando estudiamos los fenómenos temporales (1) (eventos y comportamientos (2)) con ángulo visual jurídico, esto es, en función de la incidencia (positiva, negativa o mixta) sobre el sistema axiológicamente considerado, nos encontramos con los llamados "hechos jurídicos" (3).

El problema metodológico inicial es el del criterio para la determinación de la juridicidad del hecho. ¿Cuándo un hecho es jurídico y cuándo no lo es?

Un interrogante ulterior es el de la delimitación teórica y positiva del hecho jurídico.

II. Frente a la enorme variedad de acontecimientos que se incluyen en la categoría, el jurista ve la necesidad de establecer clases (de hechos), según rasgos específicos; así, se ha hablado de hechos lícitos, ilícitos y debidos, transitivos e intransitivos, voluntarios y no voluntarios, instantáneos y duraderos, simples y complejos, y se han propues-

to muchas otras clasificaciones. La finalidad de una clasificación de los hechos jurídicos es eminentemente práctica: sirve al jurista para ubicar dentro de un marco cada uno de los fenómenos temporales de su diario operar, facilita la determinación de principios reguladores que son comunes a ciertos hechos y con ello contribuye a la efectividad de la tarea.

Propósitos:

En el presente estudio nos proponemos estudiar los rasgos generales de la categoría y sus especificaciones. Nuestro objeto de estudio son los hechos (eventos y comportamientos) de la vida diaria; el ángulo visual es "jurídico" (no simplemente legalista): está sustancialmente constituido por los mismos valores del sistema, o como se ha dicho, por el "interés de la comunidad" (el Grundwert).

Se acepta hoy generalmente una tridimensionalidad de lo jurídico: hecho, norma y valor (por ejemplo en las obras de Miguel Reale y Giorgio del Vecchio). Nos proponemos aquí determinar los caracteres más generales y las leyes de operatividad en la dimensión de hecho de lo jurídico. Necesitamos definir y clasificar los hechos jurídicos (4). Se ha dicho que la ciencia jurídica tiene necesidad de un sistema de categorías generales, que le dé sus puntos de partida universales, sin perjuicio de las ulteriores constataciones de hecho (De Stefano).

"Que toda definición conceptual sea delicada obra de abstracción, de acuerdo; pero ninguna doctrina puede prescindir de estos conceptos abstractos. . . el definir lo que es un hecho jurídico es un momento indispensable para la actuación del Derecho y no se puede prescindir de él" (5).

* Este trabajo se realizó con la colaboración de Elena Benavides, Ciro Casas y Martín Mainieri, asistentes de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y sigue la estructura metodológica propuesta por Falzea en "Fatto giuridico", "Fatto naturale", "Comportamento" y "Manifestazione". Tiene como causa eficiente una vieja inquietud sobre la juridicidad.

- (1) La fenomenología jurídica es el estudio de los fenómenos del mundo real vistos según su significación para el Derecho. Las categorías de espacio y tiempo nos permiten configurar los fenómenos como espaciales y temporales. Así FALZEA, cit. p. PEREZ, Víctor, *Los hechos jurídicos*, Facultad de Derecho U.C.R. San José, 1973, p. 1.
- (2) El segundo especificación del primero, que es el género.
- (3) El hecho como el acto pertenecen a la categoría de los fenómenos temporales, mientras que sujeto y objeto son fenómenos espaciales. Op. ult. cit., p. 7.
- (4) Interesa dejar de una vez en claro que junto al análisis de intereses que se propone hoy, debe el jurista afrontar la tarea de establecer sus categorías generales, sus conceptos metodológicos fundamentales para estudiar la realidad de su ciencia. Interesa aclarar, además que "precisión conceptual" no es lo mismo que "conceptualismo". La precisión conceptual es deseable, útil, científicamente comunicativa. El conceptualismo es el error metodológico de los juristas frente a quienes reaccionó Ihering: conceptualismo es, en último término, sinónimo de método de inversión (Inversionmethode), el deducir preceptos de las definiciones.
- (5) ROTONDI, Mario. *Considerazioni in "fatto" e in "diritto"*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno XXI, No. 3, Giuffrè-ed., Milano, settembre 1977, p. 966.

PARTE I: LA NOCION DE HECHO JURIDICO.

A) Ideas generales. Presupuestos teóricos.

El concepto de hecho jurídico resulta comprensible dentro de un contexto teórico general; el desarrollo del presente trabajo asume como punto de partida la teoría de la eficacia jurídica de Angelo Falzea (6) y presupone ciertas nociones básicas, en particular las siguientes: efecto físico y efecto jurídico, las diversas concepciones del Derecho como valor, el principio de conveniencia del efecto al hecho, relevancia jurídica, exigencias sistemáticas y analíticas en la metodología del jurista, proposición jurídica y estructura hipotética de la norma, componentes del efecto jurídico, valoraciones jurídicas fundamentales (poder y deber), relación jurídica, situación jurídica y expectativa, hipótesis que dan lugar a relevancia en sentido estricto y transformaciones jurídicas (necesarias y legales).

También el llamado cuadrinomio fundamental de la fenomenología jurídica es otro de los conceptos elementales: los fenómenos relevantes para el Derecho pueden ser de dos tipos (7): espaciales (sujetos y objetos) (8) y temporales (eventos y comportamientos); estos últimos son los llamados "hechos jurídicos". La diferencia central entre fenómenos espaciales y temporales se encuentra en que los primeros "permanecen" y los segundos "acontecen".

B) Distinciones básicas: antecedente jurídico, supuesto jurídico y hecho jurídico.

1. Antecedentes jurídicos. Con este nombre designamos los factores fácticos y jurídicos condicionantes (de los efectos jurídicos). Se trata de un concepto amplio que engloba todo fenómeno temporal o situación jurídica capaz de contribuir a la producción de efectos jurídicos o de producirlos por sí mismos (9).

Veámoslo en concreto: por ejemplo, es un antecedente (jurídico) la capacidad de actuar para la validez negocial (art. 627-1 y 835-3 del Código Civil) (en términos generales, pues hay casos excepcionales en las hipótesis de capacidad especial de actuar —artículo 21 del Código Civil y 142 del Código de Familia—). Es, por otro lado, un

antecedente (fáctico) para esa misma validez, el que el negocio se celebre con las formalidades "ad substantiam" (artículo 835-2 del Código Civil) requeridas para el tipo específico de que se trate (por ejemplo en el caso del artículo 1397 en materia de donaciones).

Obsérvese que el concepto de "antecedente jurídico" no es solamente de contenido fáctico. Los hechos son parte del conjunto de los antecedentes, pero no agotan la categoría. Junto a los "antecedentes de hecho" para la relevancia, validez y eficacia jurídicas están los "antecedentes de Derecho": aquellas preexistentes valoraciones jurídicas que concurren, junto a los hechos, en el proceso de la eficacia jurídica.

"Estos requisitos abstractos (factores singulares del supuesto de hecho) pueden ser acontecimientos o verosimilitudes y además pueden ser de naturaleza negativa (negligencia, omisión) o positiva (presentar una demanda). No siempre son hechos, sino también pueden ser derechos, por ejemplo, la propiedad del bien como elemento del supuesto de hecho (léase más bien como antecedente, pues se trata de un "supuesto de Derecho") de la transmisión, la adquisición de la propiedad de la finca arrendada como elemento del supuesto de hecho para el traspaso de la relación de arrendamiento" (10).

2. Supuesto jurídico.

El concepto de "supuesto jurídico" nos remite a la idea de la condicionalidad.

"La norma jurídica considerada en su estructura lógica, consta de una previsión y de una disposición correlativa. Ella prevé, en abstracto y en general, hipótesis de hecho... que en términos técnicos se denominan "supuestos de hecho" (fatispecie) y les atribuye en calidad de efectos situaciones jurídicas" (11).

Los supuestos jurídicos constituyen elemento esencial de toda norma jurídica. Se ha hablado sin embargo de "situaciones jurídicas incondicionadas", incluyéndose en esta categoría las que acompañan al hombre por el hecho de ser tal. Obsérvese, sin embargo que también en estos casos ha de

(6) FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970. También en *Enciclopedia del diritto*.

(7) "Fenómeno jurídico representa para nosotros la categoría más general. Todo lo que es por cualquier forma y por cualquier motivo jurídicamente calificado entra ahí". FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Giuffrè-ed. Milano, 1941, p. 17.

(8) V. FALZEA, op. ult. cit., p. 20.

(9) "Morineau ve la necesidad de introducir un nuevo concepto, el de "antecedente jurídico", para justificar su oposición a que los derechos y deberes sirvan de supuestos: Su criterio se justifica en la consideración de que sólo los hechos pueden ser tenidos como supuestos, pero el uso que hace de la expresión "antecedente jurídico" no es otra cosa que colocar a la par de lo que podríamos llamar "supuestos de hecho", otros "supuestos de Derecho", teniendo ambos de común el constituir requisitos previos para el nacimiento de las consecuencias, pero diferenciándose por su característica de constituir posibles situaciones fácticas o consecuencias jurídicas". GUTIERREZ, Carlos J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ed. Tridente S.A., Madrid, 1963, p. 156.

(10) ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil* Ed. Bosch. Barcelona, 1950, Primer tomo, parte general II, p. 5.

(11) BETTI, Emilio, *Teoría general del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 4.

haberse producido un hecho: el nacer vivo (artículo 13 del Código Civil) (12).

A diferencia del hecho el supuesto es la "hipotización de un hecho" (13). El hecho es concreto; "es precisamente el momento fáctico el que atribuye a la norma la concretización e historicidad que le son esenciales" (14). El supuesto es, en cambio, abstracto; "es el hecho que la norma prevé y hace causativo" (15). En el hecho encontramos un sujeto jurídico real portador de un interés real (16); en el supuesto el Derecho califica la hipótesis problemática de un interés jurídico, que no es, sin embargo un interés concretizado, aunque sí se trata de un valor real del sistema que se vería sin realización en el caso de que quedara insatisfecho. Por ello se ha definido el supuesto como "el hecho de cuya realización dependen las consecuencias normativas" (17). Esta es su significación real objetiva (18).

"Para Fritz Schreier los términos de "supuesto jurídico" y "hecho jurídico" son equivalentes o alternativos. Ello puede inducir a una confusión, dado que el término "hecho" da idea de acontecer real y efectivo, de situación fáctica, mientras que el supuesto, como queda visto, es algo que puede o no llegar a producirse" (19).

3. Hecho jurídico.

Tradicionalmente han sido propuestas dos acepciones de la expresión "hecho jurídico" (20).

Se ha definido el hecho como "causa de efectos jurídicos" y, también, en sentido estricto como "lo que no es acto".

a) El hecho como "causa de efectos jurídicos".

Se ha dicho, por ejemplo:

"Las relaciones que las normas jurídicas ordenan se modifican bajo el influjo de hechos cambiantes. El Ordenamiento jurídico necesita tener en cuenta estas modificaciones cuando contempla los hechos cambiantes al configurar el contenido de sus normas. Así lo hace ligando efectos jurídicos a los hechos, esto es, poniéndolos como presupuesto de las conductas jurídicamente normadas y, consiguientemente, haciendo depender de ellos los deberes jurídicos y los derechos subjetivos. De este modo se convierten en determinantes del nacimiento, el desarrollo y la modificación de las relaciones jurídicas. Por esta razón se habla de hechos jurídicos. . ." (21).

El hecho es visto en este sentido en función

(12) V. GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 154.

(13) El concepto corresponde a la "fattispecie" italiana y al "Tatbestand" alemán.

"De manera implícita o explícita, la norma jurídica contiene siempre una hipótesis, en el sentido de que enlaza la producción de ciertas consecuencias a la existencia de unos hechos determinados". SEIX, Francisco. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona, 1950, p. 836. "El hecho que la norma ha previsto y ha convertido en causativo asume el nombre técnico de 'fattispecie' ". Op. ult. cit., p. 837.

"El término procede del latín medieval 'facti species' que literalmente significa figura del hecho (en la terminología de Teófilo). Debe preferirse esta denominación a la otra comúnmente usada de 'hecho jurídico', porque indica tanto el hecho como, al mismo tiempo el estado de hecho y de derecho en que el hecho incide y se encuadra". BETTI, op. cit., supra 11, p. 4.

La "fattispecie" es "el complejo ordenado de los elementos que condicionan un efecto jurídico". MAIORCA, Carlo, *Fatto giuridico-Fattispecie*. Novissimo Digesto italiano. Vol. I. UTET, Torino, p. 115.

Se ha afirmado también que la noción de "fattispecie" "deriva del alemán 'Tatbestand' usada originalmente por los penalistas. . . noción luego extendida al Derecho Civil por Thöl". ROTONDI, op. cit., supra 5, p. 965. El "Tatbestand" de la doctrina penal (que literalmente se traduce "estado de hecho") pone en evidencia el llamado "elemento material" de lo ilícito (y en particular del delito). En tal acepción, el "Tatbestand" no comprende ni el evento, ni la culpabilidad ni la antijuridicidad objetiva. Debe recordarse, sin embargo, que esta no es la noción originaria del "Tatbestand" según la cual éste es la suma de todos los extremos (Summe der Tatsachen) a que se liga la aplicación de la pena. En este sentido el concepto (genérico) de "Tatbestand" pudo ser empleado como equivalente de "Hecho jurídico". MAIORCA, op. cit. en esta misma nota, p. 113.

Sobre la influencia de la "Tatbestandstheorie" (que toma en cuenta los elementos objetivos del delito), sobre el moderno concepto de "comportamiento". V. FALZEA, Angelo, *Manifestazione (teoria generale)*, Enciclopedia del Diritto, vol. XXV, Giuffrè-ed., Milano, 1975, p. 446.

(14) PERLINGIERI, Pietro, *Profili istituzionali del diritto civile*. Scuola di perfezionamento in diritto civile. Università degli studi di Camerino, Jovene-ed., ottobre, 1975, p. 97.

(15) SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*. Edición mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972, p. 1-IV.

(16) "El hecho jurídico es un "acontecimiento" que produce una modificación de la realidad jurídica, no cabe duda de que se trata del cumplimiento efectivo de la circunstancia prevista por el legislador como condicionante para la realización de las consecuencias; en suma, de la realización del supuesto. Mientras éste pertenece al terreno de lo hipotético, ya que puede llegar a realizarse o no, el hecho es el acontecer real y efectivo que cumple las previsiones señaladas y lo transforma de hipótesis en realidad". GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 157.

(17) MORINEAU, cit. p. GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 154.

(18) ". . . sería un error concebir el supuesto de hecho como algo puramente fáctico, privado de calificación jurídica. . . " BETTI, op. cit., supra 11, p. 6.

(19) GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 157.

(20) "El concepto de hecho jurídico fue profundizado en forma particular por la doctrina alemana". MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 113.

(21) NAWIASKY, Hans, *Teoría general del Derecho*. Ediciones Rialp. S.A., Madrid, 1962, p. 282.

causal como el Fenómeno Temporal que produce efectos jurídicos (22).

a-i) Crítica: existen hechos en función efectual.

La definición del hecho únicamente desde el perfil causal es estrecha. Pensando en la referibilidad del concepto a la fase efectual (donde también encontramos un componente de hecho), lo mismo que a la fase causal, esto es, con mayor amplitud, puede éste definirse como "cualquier fenómeno temporal relevante para el sistema". Si bien tradicionalmente el hecho ha sido visto como causa de efectos jurídicos, puede pensarse en hechos (que

como es claro, en esta hipótesis, sólo podrían ser conductas) en función efectual (23).

a-ii) Crítica: existen hechos que no son causa de efectos jurídicos por ser relevantes en sentido estricto (24).

Existen fenómenos temporales que son importantes para el Derecho aunque no produzcan consecuencias jurídicas. Esto ocurre por ejemplo en los casos conocidos de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva (25), por indeterminación objetiva (26) o por posible interferencia de intereses externos prevalecientes (27).

En los tipos de ineficacia originaria citados "la

(22) Se ha observado que "mediante el término hecho la doctrina designa no el fenómeno en general, sino el fenómeno en cuanto dotado de eficiencia, la causa de eficacia en el mundo del Derecho". FALZEA, Angelo, op. cit., supra 7, p. 5.

Los ejemplos de definiciones del hecho como "causa de efectos jurídicos" son abundantes. Entre ellos:

PLANITZ: "los hechos con relevancia jurídica son aquellas hipótesis fácticas (Tatbestände) a cuya producción asocia el Ordenamiento jurídico una modificación en el mundo del Derecho. Pueden consistir en simples acaecimientos (hechos objetivos), como por ejemplo nacimiento, muerte, producción o pérdida de cosas, o en actos humanos". PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch Casa ed. Urgel 51 bis, Barcelona, p. 34.

CABANELLAS: "Hecho jurídico: fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones". CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1976, p. 287.

COVIELLO: "todos los hechos se distinguen en hechos que producen la adquisición, modificación o pérdida de un derecho".

COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho Civil*, Editorial UTEHA, México, 1949, p. 344.

SEIX: "... el nacimiento, la extinción o la modificación de un derecho o relación jurídica siempre dependen de la subsistencia de un hecho determinado o el concurso de varios, que se llaman hechos jurídicos... constituyen el presupuesto para la adquisición, la pérdida o la modificación de los derechos singulares...". SEIX, op. cit., supra 13, p. 836. Los define como "presupuesto de hecho necesario para que se produzca un efecto jurídico", o bien "el conjunto de circunstancias que, producidas, deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la ley". Loc. ult. cit.

BETTI: "Hechos jurídicos son... los hechos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas". BETTI, op. cit., supra 11, p. 6.

CARNELUTTI: Hecho jurídico... un hecho material en cuanto se le acompaña la transformación de una situación jurídica". CARNELUTTI, Francesco, *Teoría generale del diritto*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 200. Sobre este sentido restringido de hecho v. FALZEA, op. cit., supra 7, p. 5.

Este tipo de definiciones se encuentra positivizado en algunas legislaciones, así por ejemplo para el Código Civil Argentino son hechos "todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones" (artículo 896).

(23) A pesar de la línea general indicada, la doctrina suele admitir la existencia de hechos en función efectual: Maiorca habla de la "*fattispecie*" efectual. MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 128.

Cabanellas dice que los hechos pueden ser objeto de las obligaciones y causa de ellas. CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 286, confundiendo prestación con objeto que es espacial. Gutiérrez hace ver que el Derecho atribuye las consecuencias a la actividad de los hombres. GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 160.

Kelsen también sostiene: "No únicamente la ejecución de una norma de Derecho, la realización de la sanción que aquella estipula, sino también los actos por los cuales las normas jurídicas son creadas, son de carácter jurídico".

KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios. U.N.A.M., México, 1969, p. 45.

Falzea (cit. p. PEREZ, op. cit., supra 1) hace ver que la insuficiencia del modo de ver común llega a ser patente, cuando el análisis teórico pone en claro que en todo efecto jurídico existe un componente de hecho constituido por eventos del mundo externo (comportamientos), precisamente las conductas que la norma valora como posibles o necesitadas.

(24) Sobre el concepto de relevancia en sentido estricto como situación de ineficacia originaria (por ejemplo en el caso del negocio sujeto a condición suspensiva, o en el caso del testamento antes de la muerte del causante, o en la compraventa donde se deja el precio a la fijación de un tercero mientras este lo fija, o en la donación a favor de persona por nacer, etc.) v. TOMMASINI, Raffaele, *Invalidità*, Enciclopedia del diritto, Vol. 22, Giuffrè-ed. Milano, 1971, p. 9. SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano, p. 333.

FALZEA, op. cit., supra 7, p. 256. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo, Teoria, Pratica, Saggi*, Giuffrè-ed., Milano, 1951, p. 126. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Seconda edizione, Jovene-ed., Napoli, 1969, p. 267. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, Giuffrè-ed., Milano, 1962, p. 204. RUSSO, Ennio, *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè-ed., Milano, 1973, p. 4. En nuestra jurisprudencia, sin utilizarse este concepto, se ha dado correcta definición del tema. SALA DE CASACION, No. 72 de 10 hrs. del 28 de junio de 1976.

(25) Por ejemplo el caso del destinatario de la situación que ha permanecido ajeno al acto y cuya decisión debe esperarse (artículos 1026 a 1029 del Código Civil), el caso de situación jurídica destinada a sujeto futuro (artículo 1400 del Código Civil) y cuando el destinatario de la situación debe ser indicado por un tercero.

(26) Por ejemplo en el caso de compraventa sobre un bien designado en modo genérico (artículo 1050 C.C.), de un bien fungible (artículo 1051 C.C.) o de un bien objeto de una obligación alternativa (artículo 645 C.C.), el caso en que la indicación del objeto está dejada al arbitrio de un tercero (artículos 1056 y 1057 C.C.) y el caso de contrato sobre cosa futura (artículo 1059 C.C.).

(27) La producción de eficacia se suspende debido a la incerteza originaria sobre si nacerá en el futuro un interés contrastante (al expresado por el hecho) que deba prevalecer sobre él. Así ocurre en el caso del testamento que no produce efectos sino hasta la muerte y puede ser revocado (por el testador). La revocación revelaría, en este ejemplo, intereses externos (al primer testamento) que prevalecen sobre la programación inicial.

nueva situación dispuesta por la norma no se produce mientras no se haya realizado plenamente la hipótesis, el hecho que constituye su presupuesto" (28). En ciertos casos, cuando el supuesto no se realiza enteramente, sino a través de fases, a este supuesto incompleto puede corresponder una situación jurídica preliminar que a veces da lugar al fenómeno de la pendencia y a una conexa expectativa (29). No siempre, sin embargo, se acompaña a la situación de relevancia una expectativa; no ocurre así, por ejemplo en el caso de donación a sujeto por nacer (1400 C.C.), pues no existe aún el potencial titular por lo que no puede surgir la expectativa.

b) El hecho como "lo que no es acto".

Tradicionalmente se ha hecho también una bipartición de la categoría de los hechos en: "hechos en sentido estricto" (según algunos "los hechos naturales") y "actos". "La más conocida de las distinciones de los hechos jurídicos es la que opone los actos a los hechos, donde, según el modo de decir común, la palabra hechos es usada en sentido restrictivo para indicar no todos los hechos jurídicos, sino sólo los que no son actos" (30). Los actos han sido caracterizados de diversas formas, pero la mayor parte de la doctrina los especifica por la presencia de conciencia y voluntad. También la mayor parte de los autores hablan de hechos jurídicos en sentido estricto como sinónimo de hechos naturales, entendiendo por tales los que no se deben al hombre (31), o, más específica-

mente aquellos donde no hay voluntad humana. En este sentido se llegó a afirmar, por ejemplo que las conductas del sujeto en estado de incapacidad natural (32) no eran actos, sino hechos en sentido estricto, hechos naturales asimilables a un terremoto o una inundación, por falta de elementos cognoscitivos y volitivos.

b-i) Crítica: Las premisas metodológicas no son las más oportunas.

La metodología real-subjetiva (el voluntarismo jurídico) plantea múltiples dificultades insalvables. Ya Ihering reveló el peligro de definir el mismo derecho subjetivo en términos voluntaristas (como poder de la voluntad según Windscheid (33)) al observar que aun los sujetos en estado de falta de capacidad volitiva podían ser titulares (esto es, destinatarios actuales de situaciones jurídicas). Titularidad (del derecho subjetivo) y voluntad no parecían corresponderse en forma biunívoca. El conceptualismo alemán había definido todos los términos jurídicos (derecho subjetivo, sujeto, negocio jurídico, acto jurídico, hecho jurídico) en función de la voluntad. Ihering reivindica la importancia de estudiar lo jurídico en términos de intereses (34) dando así inicio a toda una nueva metodología en la historia del pensamiento jurídico (35).

Los problemas prácticos que plantea el voluntarismo jurídico se agudizan en materia de lagunas, donde sabemos que no basta recurrir a la determinación de la voluntad del legislador (por ser ésta

(28) BETTI, op. cit., supra 11, p. 7.

(29) Sobre el tema v.: op. ult. cit., p. 8. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Ed. Perrot, Buenos Aires, Parte General, II, 1970, p. 56. VARRONE, Claudio, *Ideología e dogmática nella teoria del negozio giuridico*, Casa ed. Jovene, Napoli, 1972, p. 10 y 11. FALZEA, op. cit., supra 7, p. 210, 212. FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni di diritto privato*, Casa Molisana del Libro, Ed. Campobasso, 1962, p. 104. BRUSCUGLIA, Luciano, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975, p. 20. BRENES, CORDOBA, Alberto, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 70.

(30) CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 215.

(31) SEIX, op. cit., supra 13, p. 837.

(32) Sobre el concepto de incapacidad natural v. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las Personas*, Editorial Lex Locí, San José, 1977, p. 46.

(33) V. LARENZ, Karl, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p. 32.

(34) V. IHERING, R. von, *Law as a mean to an end*, Trad. Husik, Introduction to Jurisprudence, Stevens, London, 1972. Sobre la oposición entre Ihering y Windscheid v. CAMUS, E.F. *Filosofía Jurídica Contemporánea*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1932, p. 172. WERTENBRUCH, Wilhelm, *Versuch einer Kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings*, Walter d. Gruyter and Co. Berlin, 1955, ps. 37, 38. FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè-ed., Milano, 1939, ps. 40, 41 y 130. BARBERO, Domenico, *Studi di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1953, ps. 80 y 120.

(35) La influencia de Ihering y el empleo de una nueva metodología con base en el concepto de interés es grande. Se revela en forma particular en los autores y obras siguientes: POUND, Roscoe, *Lo spirito della Common Law*, Giuffrè-ed., Milano, 1970, *Giustizia-diritto-interesse*, Il Mulino Bologna, 1962, *Contemporary Juristic Theory*, 1940. *Philosophy of Law. The end or purpose of the Law*, revised, ed. 1954. DNIESTRZANSKI S. Die Aufträge zugunsten Dritter. A. Delscher, Geroge Börme, Leipzig, 1904, en particular p. 65.

VANDER EYCHEN, *Methode positive d'interpretation Juridique*, Bruselas, 1907.

En general resulta observable la influencia en la Escuela sociológica, pero más importante aun sobre la Jurisprudencia de intereses (HECK, RÜMELIN), en todas sus obras, pero en particular: HECK, Philipp, *Degriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, R. Dubischer, Berlin, Zurich, 1968, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, R. Dubischer, Berlin, Zurich, 1968, *The formation of concepts and the Jurisprudence of interests*, J. of I, Harvard, 1948, RÜMELIN, Max, *Bernard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, Tübingen, 1907, *Development in Legal Theory and Teaching during my lifetime*, 1930 en J. of J, Harvard, 1948, *Die Gerechtigkeit*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1921, *Rechtssicherheit*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1924.

algo subjetivo y por ser cambiante la realidad social) (36).

En materia negocial también vemos que la teoría de la voluntad ha sido superada por los principios de la responsabilidad y la confianza, después de los debates frente a los seguidores del llamado "dogma de la declaración" (37).

b-ii) Crítica: Es un método negativo que se mantiene siempre dentro de la concepción de hecho como causa.

La definición del hecho como "lo que no es acto" comprende dentro del concepto una serie de fenómenos que sólo tienen de común el no tener algo (voluntad) en común. Obsérvese que el criterio de unidad es negativo, la falta de algo (metodología usada por la teología negativa medieval), lo que revela la inconsistencia de la concepción. Junto a los datos negativos es necesario colocar los datos positivos, los rasgos comunes. La concepción en examen caracterizó a los hechos en sentido estricto (a los que llamó "hechos naturales") como fenómenos temporales que no son actividad voluntaria del hombre.

Obsérvese además que, en todo caso, el hecho es visto en función causal.

c) Conclusiones:

Una definición teórico general del "hecho jurídico", precisamente para su validez general, debe cubrir las diversas modalidades de relevancia de los fenómenos temporales y las diversas calificaciones. Debe comprender los hechos eficaces y los hechos ineficaces pero relevantes, los hechos en función causal y el componente de hecho del efecto jurídico.

De conformidad con lo expuesto podemos definir el hecho jurídico como "todo fenómeno temporal importante para el Derecho sea evento o comportamiento, relevante o eficaz, causal o efectivo" (38).

C) Notas teóricas sobre los hechos jurídicos.

1. Hecho y pluralidad y diversidad de calificaciones. Un hecho puede producir diversos efectos

jurídicos. Por ejemplo: el abandono del hogar es en nuestra jurisprudencia causa de indignidad sucesoria (se produce una falta de legitimación pasiva) (39) y es también según nuestro Código de Familia (artículo 58, inciso 2) causal de separación judicial (un hecho, dos consecuencias jurídicas).

La pluralidad de calificaciones ocurre cuando, siendo el hecho uno, el Derecho lo toma en consideración en diversas normas, desde diversos ángulos visuales y para diversos fines (40) y por ello le otorga diversas calificaciones (41).

Otro ejemplo: Un accidente puede ser relevante en cuanto lleve a la constatación de una ilicitud penal (arts. 117 y 128 del Código Penal) o civil (artículo 1045 del Código Civil) y, pues, de una responsabilidad, pero puede también... dar lugar a la apertura de una sucesión (artículo 520 del Código Civil)... o puede implicar consecuencias para un eventual contrato de seguro (artículo 1410 del Código Civil) (42).

La disponibilidad del legislador sobre buena parte de los hechos sociales se manifiesta también como "ausencia de calificación", en el sentido de que "con relación a diversos Ordenamientos un mismo hecho puede o no revestir la calificación de hecho jurídico" (43). También se observa en que en un mismo Ordenamiento un mismo hecho en momentos sucesivos pueda ser calificado diversamente. Por ejemplo, en Costa Rica, antes de la Ley No. 5476 de 1973 la capacidad jurídica se adquiría veinticuatro horas después del nacimiento; hoy la ley considera irrelevante el cumplimiento de las veinticuatro horas, ya que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento (al nacer vivo, dice el Código Civil, —artículo 137—).

2. Perfiles del hecho. En el estudio de los hechos jurídicos debe conjugarse el tratamiento de los dos perfiles que concurren a individualizar su naturaleza: la estructura y la función (44).

"El perfil funcional es extremadamente importante, porque es sobre la función que el Ordenamiento jurídico expresa su valoración. Una determinada estructura puede realizar funciones diversas (en el caso ya estudiado de pluralidad de

(36) FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*. Parte Prima, Il concetto di diritto, Giuffrè ed., Milano, 1975, ps. 96 a 102.

(37) V. CERTAD, Gastón, *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*. Revista Judicial No. 2, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1976, p. 21.

(38) Presenta satisfactorio nivel de generalidad la definición de Perlingieri: "puede ser definido, en una primera aproximación, como cualquier evento idóneo, según el Ordenamiento, para tener relevancia jurídica". PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 96. "Entendido como fenómeno temporal, evento del mundo externo o comportamiento... el término hecho puede ser legítimamente extendido al campo del efecto jurídico". FALZEA, Angelo, *Fatto giuridico*, Vocí... op. cit., supra 6, p. 397.

(39) SALA DE CASACION, 8 de enero de 1902, tomo año 1902, p. 441.

(40) V. PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 99.

(41) V. SEIX, op. cit., supra 13, p. 837.

(42) V. ROTONDI, op. cit., supra 5, p. 952.

(43) Op. ult. cit., p. 953.

(44) PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 101.

calificaciones), y viceversa, una misma función puede ser lograda mediante diversas estructuras" (45).

La estructura del hecho resulta de su análisis fenomenológico (eventos, comportamientos, según esferas de realidad; la función se revela más bien en la síntesis de los efectos jurídicos.

3. Las llamadas situaciones "de hecho". Existen algunas situaciones que se califican como "de hecho". No quiere ello decir que se trate de situaciones carentes de relevancia jurídica o de calificación jurídica. Se trata de relaciones normales de condicionalidad jurídica caracterizadas solamente por presentar efectos menores que los del tipo a que se enfrentan (como ocurre con las llamadas "sociedades de hecho" (46), en oposición a las sociedades inscritas, o con la llamada "familia de hecho" (47) en contraposición a la llamada familia legítima), o bien de relaciones normales con efectos normales, pero con un proceso de formación a través de conductas no declarativas que se van desarrollando en el tiempo (como ocurre con el "contrato realidad" en materia laboral) (48). Con relación a esta hipótesis y a la de la sociedad de hecho (artículos 22 y 23 del Código de Comercio) se ha hablado de "relaciones contractuales de hecho" (49).

4. Conexiones en las figuras jurídicas.

a. Conexiones internas.

En la figura jurídica primaria (causal o condicionante) puede darse la existencia de diversos elementos, todos los cuales concurren (aunque con diverso grado de relevancia) a la producción de los efectos jurídicos. Existen así elementos principales y elementos marginales. Los elementos principales tienen la característica de que ya con su presencia revelan la existencia de un interés jurídicamente relevante, esto, es, de un interés digno de llegar a merecer tutela por parte del Ordenamiento. Junto a estos elementos encontramos una segunda categoría de elementos marginales, extraños al núcleo

central de la figura. La marginalidad radica en que el elemento no es indispensable para la existencia del fenómeno principal revelador del interés (50).

Veamos un ejemplo: la condición suspensiva en un negocio jurídico es en cierta forma causa de la eficacia, pero nunca es un determinante autónomo de ella (51). También manifiesta la marginalidad el hecho de que las "concausas" de eficacia desarrollan una función complementaria solamente cuando se haya perfeccionado el núcleo de los elementos esenciales. A la existencia de los elementos principales corresponde la relevancia jurídica; al verificarse de los elementos marginales corresponde la actualización del interés y, por ello, la eficacia jurídica (52).

En base a estos criterios metodológicos es posible el análisis de las figuras jurídicas primarias; lo que interesa considerar, en definitiva, es el grado en que los diversos elementos contribuyen a la formación del interés en el mundo real.

Las conexiones internas de las figuras jurídicas secundarias o efectuales se encuentran en el vínculo inescindible entre el componente de hecho y el componente de valor del efecto jurídico (53).

b. Conexiones externas.

"Aquello que en el mecanismo de una norma es objeto de disposición (54) . . . puede tornarse parte del supuesto previsto en la estructura de otra norma. . . y aún la disposición de esta otra norma puede volverse, a su vez, parte del supuesto contemplado por una norma ulterior de carácter sancionatorio" (55).

Las conexiones externas de las figuras jurídicas son admisibles a partir de dos presupuestos esenciales: la ambivalencia de toda figura efectual y la eficacia de toda situación de hecho que revela la existencia actual de un interés jurídico. Por el primero de estos presupuestos toda situación jurídica (efecto concretizado en un sujeto) puede llegar a formar parte —en virtud de otra previsión normativa— de una diversa figura jurídica primaria, bastando para ello, según el segundo postulado,

(45) Op. ult. cit., p. 102.

(46) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 513 de 9:30 hrs. del 25 de junio de 1976 (Rev. Judicial 5, p. 193). SALA SEGUNDA CIVIL, No. 20 de 15:20 hrs. del 19 de enero de 1977 (Rev. Judicial 8, p. 213) y TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 191 de 15 hrs. del 5 de abril de 1977.

(47) V. ODIO, Elizabeth, *Familia de hecho*, Revista Judicial No. 8 Corte Suprema de Justicia, junio, 1978, San José, pp. 45 y ss.

(48) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No. 436 de 8:30 hrs. del 11 de febrero de 1977 y No. 431 de 8:13 hrs. del 11 de febrero de 1977 (ambas en Rev. Judicial No. 8, pp. 195 y 196).

(49) RICCA, Lucio, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. Giuffrè-ed., Milano, 1965.

(50) V. FALZEA, *Efficacia giuridica*. Voc. . . op. cit., supra 6, p. 309.

(51) FALZEA, op. cit., supra 7, p. 7 (arts. 678, 679, 682, 683, 685, 686 y 687 del Código Civil).

(52) FALZEA, *Il soggetto*. . . op. cit., supra 34, p. 24.

(53) FALZEA, *Efficacia giuridica*. Voc. . . op. cit., supra 6, p. 281.

(54) La expresión "objeto de disposición" técnicamente se refiere más bien, por ejemplo, al objeto del contrato de compraventa (el objeto del acto de disposición). Betti aquí usa la expresión referida a la conducta prescrita o permitida por la norma.

(55) BETTI, op. cit., supra 11, p. 7.

que sirva para revelar la existencia de un interés jurídico que exige satisfacción (56).

Frente a toda situación de hecho que revele la existencia de un interés jurídico pleno surgen consecuencias jurídicas. Estas situaciones pueden constituir antecedentes (de derecho) de otros hechos jurídicos causales. Por ejemplo: para que sea relevante la sevicia como causal de divorcio (artículo 48-4 del Código de Familia) es necesario que antes hayan surgido los efectos del matrimonio. Del mismo modo la obligación alimentaria entre cónyuges lo presupone (artículos 156-1 y 157 del Código de Familia). Estos efectos no surgirían si antes no hubieran surgido los efectos antecedentes; así, por ejemplo, no surge ningún deber de prestar alimentos a cargo del sujeto que vive en concubinato, aunque tal concubinato fuese en la práctica como un matrimonio; por no haberse desplegado los efectos jurídicos previos no nace la figura jurídica primaria correspondiente (que generaría el efecto alimentario).

En síntesis: una figura jurídica secundaria o efectual puede ser componente de la figura causal de otra norma jurídica.

D) Los hechos jurídicos en la práctica judicial.

En materia procesal la expresión "hechos" es de uso frecuente: se habla de hechos de la jactancia (artículo 3, párrafos 3, 4 y 5 del Código de Procedimientos Civiles), hechos de la sentencia alegados (artículo 84, inciso 3-b), probados (artículo últ. cit. inciso 3, a y c), etc.

"En el enjuiciamiento civil los hechos comprenden todos los actos de las partes anteriores al litigio que pueden tener importancia en la causa. Entre los requisitos de la demanda figura la exposición sucinta y numerada de los hechos (57). Todo

el período de prueba tiende a probar o a desvirtuar todos los hechos que no sean notorios (58) o los que hayan sido admitidos o reconocidos por las partes en los escritos o audiencias. En las sentencias. . . en. . . resultandos, ha de consignar el tribunal los hechos en que se funde el fallo" (59).

Los juristas usan a menudo la palabra hecho en contraposición a Derecho, para referirse a circunstancias que tienen alguna importancia en la decisión de un problema jurídico. La presentación y el análisis de las pruebas tienen que ocuparse de hechos en este sentido (60).

Con relación a la sentencia se ha hablado de un proceso de subsumción. Se suele configurar la actividad del Juez. . . como una operación lógica o silogismo, integrada por una triple tarea: a) la determinación de la situación de hecho objeto de la controversia; b) la determinación de la norma jurídica aplicable y c) la declaración del resultado jurídico que se deriva de someter el hecho a la regla jurídica correspondiente (subsumción)" (61). Esta distinción es de importancia con relación a las pruebas. La carga de la prueba del hecho incumbe a quien afirma, en cambio el contenido de la norma es desentrañado por el juez (iura novit curia) (62). Se ha hecho ver, sin embargo que la particularidad del hecho y de las circunstancias en que se verifica sugiere la oportunidad de superar la mera perspectiva silogística de reconducción del hecho concreto e histórico (premisa menor) a la "especie fáctica" abstracta de una norma (premisa mayor).

La importancia de esta función ha sido así resumida: "Para que las normas jurídicas se manifiesten en casos concretos, hay que averiguar con claridad los puntos exactos a los que se aplican las normas, y es en estos puntos donde se encuentran los hechos jurídicos. Presentan éstos un doble

(56) Este segundo postulado tiene importantes consecuencias prácticas en lo que se refiere al problema de la actividad de creación judicial: el juez frente a un caso concreto —no previsto normativamente— y ni siquiera analógicamente considerable debe examinar los elementos de la situación de hecho para ver si revelan la existencia de un interés jurídicamente digno de tutela según el sistema de Derecho correspondiente; de este examen pueden surgir dos resultados: a) que el caso revele un interés que no es jurídicamente relevante, pudiendo, por ejemplo tratarse de un interés moral o religioso, caso en el que ninguna consecuencia de Derecho podrá ser atribuido a la situación de hecho, b) la segunda hipótesis es la de que el interés que se revela sea digno de tutela: siendo un interés tutelable jurídicamente es necesario remontarse a los principios generales del Ordenamiento (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que amparan la situación (se trata de los intereses fundamentales de la comunidad) y así otorgar las consecuencias jurídicas que en mejor forma den satisfacción al interés revelado. Aquí se encuentra el aspecto valorativo en la función judicial: no basta que el juez dé satisfacción a los intereses, es necesario que otorgue las consecuencias que en mejor forma produzcan esta satisfacción (principio de conveniencia del efecto al hecho).

(57) Artículo 208 Código de Procedimientos Civiles.

(58) "Hay hechos en que la parte está dispensada de la prueba: es el caso de los hechos notorios". ROTONDI, op. cit., supra 5, p. 959. "Contra la alegación del hecho notorio no hay que excepcionar la inexistencia del hecho sino la falta de notoriedad. Para efecto del juicio de Casación será censurable la decisión del juez que sin motivo o sin adecuada prueba haya admitido la notoriedad del hecho". Op. ult. cit., p. 960.

(59) CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 288.

(60) VINOGRADOFF, Paul. *Introducción al Derecho*. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 65.

(61) CASTAN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 202.

(62) V. ROTONDI, op. cit., supra 5, p. 957. V. sobre el principio "iura novit curia". SENTIS, Santiago, *El juez y el Derecho*, E.J.E.A. Buenos Aires, 1957, ps. 9 y ss.

aspecto: son extraídos de la realidad y sirven como condiciones para la aplicación de las normas" (63).

Para la determinación del hecho "es necesario recurrir a las investigaciones jurídicas empíricas" (64). En esta determinación es fundamental buscar la razón de la transformación. Recordemos que con la interpretación se produce una búsqueda de sentido y alcances (65).

En el proceso de enfrentamiento con los hechos pueden darse dos posibilidades "constatación de hecho" e "interpretación". "En cuanto se refiere a los hechos relevantes lo que interesa, en especial, es determinar su existencia o inexistencia. . . nos encontramos en este caso frente a una constatación de hecho. Piénsese por ejemplo en un hecho natural, cuya verificación simplemente se constata para el otorgamiento de las consecuencias jurídicas correspondientes; en tal caso, sin embargo, no se presenta un problema de interpretación por cuanto no nos encontramos frente a un comportamiento inmaterial y no existe una manifestación cuyo contenido se deba precisar. Contrariamente, en los comportamientos significativos (puramente manifestativos o simbólicos), se trata de comprender un contenido inmaterial que se ha revelado mediante una forma determinada; así, por ejemplo en el contrato se trata no sólo de constatar el comportamiento negocial, sino de establecer los alcances de la programación de intereses" (66). Se trata, en todo caso, de una determinación de datos relevantes; "no es el conjunto de todos —indistintamente— los elementos que constituyen el cuadro de una realidad concreta, sino que, entre los innumerables elementos que constituyen la realidad de un instante, se impone una selección" (67). "Cuando hablamos de un hecho individualizamos siempre un número de elementos del cuadro completo de los acontecimientos tal como se presentan al ojo del observador" (68). "Se trata-

rá. . . del mero esqueleto del hecho en sí, una vez eliminadas todas las circunstancias que ya no hacen al caso" (69).

E) La juridicidad del hecho.

"Pueden darse tres hipótesis. O el Derecho a) se desinteresa del comportamiento (o evento) en cuestión, el cual queda entonces como "jurídicamente indiferente". O el Derecho lo hace objeto de su valoración normativa, b) positiva o c) negativa. O sea, que en la apreciación que haga puede asumir una doble actitud, según que apruebe o rechace el comportamiento como socialmente útil o dañoso" (70).

Antes de pasar a establecer las diversas categorías de hechos jurídicos conviene precisar el concepto. Surge inevitablemente la pregunta: ¿por qué un hecho es jurídico? o, en otras palabras: ¿dónde radica la juridicidad del hecho?

Podemos partir de la constatación de la existencia de hechos (fenómenos temporales, acontecimientos) que no son jurídicamente relevantes (71). Son hechos cuya verificación no afecta en modo alguno el sistema (sustancialmente entendido), hechos que no determinan el nacimiento ni la actualidad de intereses jurídicos. Con esto llegamos a la pregunta central: ¿qué es un interés jurídico? (72).

No basta decir, como lo hace Kelsen que "la calidad jurídica de un acto se identifica con su relación frente a una norma de Derecho. Un acto —dice él— es "jurídico" sólo en cuanto y por cuanto se encuentra determinado por una norma. . ." (73). Esto es solamente un criterio formal. El significado de las normas se extiende a la sustancia de los intereses sociales cuya tutela persigue la comunidad jurídica (74). Debe recordarse que el interés tutelado no es aislable del resto de los intereses del sistema (75), por lo que el

(63) VINOGRADOFF, op. cit., supra 60, p. 74.

(64) GESCHE, Bernardo, *Los fines del Derecho y las investigaciones jurídicas*. Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Valparaíso, Chile, diciembre 1976, junio 1977, p. 541.

(65) V. PERLINGIERI, op. cit., supra 14, ps. 112 y 114.

(66) PEREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, No. 4, junio 1977, p. 61.

(67) ROTONDI, op. cit., supra 5, p. 950.

(68) Op. ult. cit., p. 951.

(69) VINOGRADOFF, op. cit., supra 60, ps. 66 y 67. "Del conjunto total de hechos reales en los que se origina una situación jurídica, conflictiva o no conflictiva, el Derecho filtra tan sólo unos de tales hechos, y de estos extrae mirando la realidad a través de las normas de Derecho. . ." RECASENS, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1970, p. 200.

(70) BETTI, op. cit., supra 11, p. 12.

(71) "Se ha aclarado que la participación humana puede ser pasiva en el hecho. Los hechos naturales son hechos jurídicos en cuanto inciden. . . sobre situaciones humanas de intereses. Un rayo que cae sobre el mar es jurídicamente irrelevante si golpea sobre el agua; en cambio, es jurídicamente relevante si incendia un barco." V. FALZEA, *Efficacia giuridica*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 293.

(72) "el hecho del jurista. . . es el hecho en función de un interés jurídico". RONTONDI, op. cit., supra 5, p. 952.

(73) KELSEN, op. cit., supra 23, p. 46.

(74) FALZEA, *Efficacia giuridica*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 238.

(75) Op. ult. cit., p. 249.

mismo grado de tutelabilidad del interés estará condicionado por la presencia de otros intereses como ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de ineficacia relativa (76). Una de las funciones del Derecho es la de coordinar la vida social mediante un equilibrio de intereses (que es determinado políticamente por las fuerzas sociales en cada caso).

Se ha querido explicar la juridicidad del hecho así: "Cuáles son los hechos relevantes en cada caso

viene establecido por la ley misma. . . o bien se deja margen de apreciación al intérprete" (77). Esta es una concepción metodológica atomista. Frente a esta posición debe sostenerse que un hecho es jurídico porque su presencia pone en juego el sistema jurídico global y sustancialmente considerado (78), e incide sobre el interés de la comunidad.

PARTE II: CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS.

A) Las clasificaciones tradicionales de los hechos jurídicos.

Han sido dos los criterios principales que la doctrina tradicional ha utilizado para clasificar los hechos jurídicos: el criterio de la eficacia y el criterio de la voluntad. "Se tienen así dos métodos y dos correspondientes criterios de clasificación: uno en función de la eficacia y el otro independiente de la eficacia y centrado sobre la fenomenología de la realidad prejurídica" (79). Debe aclararse, sin embargo, que la única fenomenología usada ha sido la de la voluntad. Existen también algunas clasificaciones parciales relativas a ciertos caracteres del hecho (activos u omisivos, instantáneos o duraderos, etc.).

1. El criterio de la eficacia.

De conformidad con el criterio de la eficacia han surgido tres clasificaciones de los hechos jurídicos. Este criterio toma en cuenta las situaciones anteriores y posteriores al hecho; las tres clasificaciones propuestas son:

- en consideración a la situación jurídica sucesiva,

- en consideración a la situación jurídica precedente, y
- en consideración a ambas situaciones.

a) Clasificación en consideración a la situación jurídica sucesiva.

Esta clasificación establece dos categorías de hechos: con efectos conformes y con efectos disconformes.

Los orígenes de esta clasificación se encuentran en Roma, donde, en atención al distinto papel del efecto, se habló de "contrato" y "delito" (80). Esta distinción se basa en la idea de que el contrato es medio de adecuación del Derecho a los propósitos de los sujetos, mientras que en el delito la reacción del Ordenamiento es contraria a la actividad desarrollada.

La definición de los "hechos con efectos disconformes" ha sido planteada desde diversos ángulos metodológicos: para Kelsen la disconformidad radica en la sanción ("el acto antijurídico es el supuesto al cual la norma jurídica enlaza la sanción. Cierta conducta humana es un acto antijurídico porque el orden enlaza a tal conducta, en cuanto supuesto, una sanción, como consecuen-

(76) V. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Bosch-ed., Barcelona, 1977. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del Contrato, Las relaciones Obligatorias*, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, p. 292. PUGLIATTI, op. cit., supra 24, p. 658. CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano editore, Napoli, p. 393. STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961, p. 99.

En nuestra jurisprudencia: SALA DE CASACION No. 54 de 16 hrs. del 28 de mayo de 1958, sem. I, T. II, p. 876. No. 21 de 15:30 hrs. del 27 de enero de 1967, sem. I, tomo I, p. 369. No. 9 de 14:15 hrs. de 20 de enero de 1971. No. 35 de 15:15 hrs. del 15 de abril de 1959, sem. I, tomo II, p. 683. No. 9 de 14:45 hrs. del 20 de enero de 1959, sem. I tomo I, p. 259. No. 141 de 14:30 hrs. del 30 de noviembre de 1973, No. 113 de 16:15 hrs. del 9 de noviembre de 1955, sem. II, tomo II, p. 766. No. 117 de 15 hrs. de 25 de noviembre de 1958, sem. II, tomo II, p. 683. No. 74 de 15:30 hrs. del 16 de julio de 1958, sem. II, tomo I, p. 38, 13:30 hrs. del 5 de enero de 1951, sem. I, t. único, p. 15. No. 44 de 10:15 hrs. del 13 de enero de 1971, No. 22 de 14:30 hrs. del 31 de marzo de 1970 y TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 123 de 8:45 hrs. del 14 de marzo de 1975, No. 609 de 8:30 hrs. del 26 de julio de 1976, No. 801 de 9:30 hrs. del 29 de octubre de 1974, como ejemplos de hipótesis de ineficacia relativa en nuestro ordenamiento podemos mencionar: la falta de publicidad declarativa de la compraventa de inmuebles (arts. 455, 456, 459, 255 y 267 del Código Civil), la no invalidación de inscripciones nulas en perjuicio de tercero (art. 50, Reglamento Registro Público), actos de la sociedad no inscrita (arts. 19 y 22 del Código de Comercio), renuncia de la prescripción respecto a los acreedores del renunciante (arts. 716 y 850 del Código Civil) y en la acción pauliana (arts. 848 y 849 del Código Civil).

(77) LATORRE, Angel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 99.

(78) Sobre la exigencia sistemática en la metodología jurídica V. FALZEA, *Eficacia jurídica*, Voici . . . op. cit., supra 6, p. 248.

(79) FALZEA, *Fatto giuridico*, Voici . . . op. cit., supra 6, p. 384.

(80) Op. ult. cit., p. 383.

cia" (81), admitiéndose, sin embargo, que no siempre el hecho ilícito es condición suficiente para la sanción (82). Para Betti la disconformidad debe buscarse con relación a la voluntad ("...la valoración jurídica puede producirse, ya en el sentido de atribuir a un cierto comportamiento efectos jurídicos conformes a la voluntad que normalmente lo determina o en el de señalarle con preceptos de carácter sancionatorio efectos jurídicos contrarios a tal voluntad. En una hipótesis el comportamiento se califica de lícito, en la otra de ilícito" (83). Otros ponen énfasis más bien en la conformidad o falta de ella respecto a los fines del Ordenamiento ("...en materia negocial es conforme a los fines del orden jurídico; mientras que en materia ilícita es contrario. . ." (84)). Algunas hablan de disconformidad respecto al Ordenamiento globalmente considerado ("Los hechos jurídicos se pueden definir como lícitos o ilícitos, conformes al Ordenamiento o disconformes respecto a él" (85)). Hay quienes ponen de relieve que la conformidad o disconformidad de los efectos se da respecto al interés del autor ("producen unas consecuencias jurídicas no conformes sino contrarias al interés de su autor" (86).

Desde este punto de vista, en resumen, el contrato genera situaciones jurídicas conformes y el delito situaciones disconformes (87). Las escuelas bizantinas quitaron nitidez a la clasificación con la introducción del "cuasicontrato" (88) y del cuasidelito. Algunos autores y Códigos (en cuenta

nuestro Código Civil, en su artículo 632) incluyen una quinta categoría: la ley (lo que resulta inadmisibles) pues no se trata ya de un fenómeno temporal: "cuando se pone la ley como una de las causas de las obligaciones la lógica está perdida" (89); se agrega al respecto: "uno de los episodios más graves no tanto de atraso como de involución de la ciencia del derecho" (90).

Modernamente de la categoría del "contrato" se ha pasado a la "del negocio jurídico" (91); del "delito" se ha pasado a la categoría más general del "acto ilícito"; del "cuasicontrato" se ha pasado a la categoría del "acto lícito no negocial" (92).

La clasificación propuesta tradicionalmente en los términos referidos es inaceptable por diversas razones:

a) En primer lugar porque hay falta de conformidad, en el sentido dicho, en los "eventos", en algunos "actos lícitos no negociales" (93) y en los "actos ilícitos". No es un criterio útil, por la falta de correspondencia de las diversas categorías respecto a principios reguladores comunes (94).

b) En segundo lugar, desde un punto de vista teórico más amplio, con base en el principio de conveniencia del efecto al hecho (95) (problema-solución) debe recordarse que la conformidad es propiedad universal de toda eficacia jurídica. Entre el interés expresado por el hecho y el comportamiento jurídicamente valorado (efecto) existe siempre una relación de congruencia y con-

-
- (81) KELSEN, op. cit., supra 23, p. 60. Se ha dicho también: "...el acto antijurídico es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta", op. ult. cit., p. 63.
- (82) "Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente". KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, p. 89.
- (83) BETTI, op. cit., supra 11, p. 60.
- (84) MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 117.
- (85) PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 109. En este sentido también Planitz: "...se consideran como actos humanos con relevancia jurídica los actos ilícitos, cuyo resultado es contrario al Ordenamiento jurídico". PLANITZ, op. cit., supra 22, p. 34.
- (86) SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 15, p. IV-7.
- (87) "Los actos ilícitos pueden caer dentro de la esfera del Derecho Penal; es decir, configurar delitos o faltas; o bien mantenerse dentro del ámbito del Derecho Civil dando simplemente lugar a acciones tendientes a la determinación del daño sufrido". SOTELA MONTAGNE, Rogelio, *Hechos, actos y negocios jurídicos como génesis de los derechos subjetivos*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 16, Facultad de Derecho, San José, junio 1970, p. 169.
- (88) Dentro de esta categoría se ha incluido, por ejemplo, gestión de negocios (artículos 1295 a 1300 del Código Civil) y pago indebido (artículo 803 Código Civil). El único rasgo común es (de nuevo) no tener algo en común: la falta del acuerdo de voluntades.
- (89) CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 202.
- (90) Loc. ult. cit.
- (91) En el negocio jurídico se observa siempre una correspondencia entre el contenido del acto y la cualidad del efecto. Se ha sostenido que la esencia del negocio, desde el punto de vista de la eficacia, está caracterizada por un campo de variación concomitante entre hecho y efecto.
- (92) La moderna clasificación de las fuentes de las obligaciones, incorporada a algunos Códigos, suprime los cuasicontratos. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo I, Editorial Hellasta, S.R.L. Buenos Aires, 1976, p. 554.
- (93) "Algunos", pues, por ejemplo en las órdenes que da el patrono al trabajador, dentro de la relación laboral, que son declaraciones de voluntad no negociales, hay una eficacia conforme.
- (94) FALZEA, Angelo, *Fatto giuridico*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 387.
- (95) FALZEA, *Efficacia Giuridica*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 244.

formidad (y no sólo en el negocio). La relación de conveniencia entre causa y efecto existe en el negocio como existe también en el acto ilícito, en el acto lícito no negocial y en el evento (96).

b) Clasificación en consideración a la situación jurídica anterior.

"A la división bimembre de negocio jurídico y acto ilícito —dice Carnelutti— he creído poder sustituir una división tripartita: negocio jurídico, acto ilícito y acto debido. El negocio jurídico se contrapone como ejercicio del derecho, por un lado a la violación y por otro al cumplimiento de la obligación" (97).

Según esta segunda clasificación tradicional en función de la eficacia, los actos pueden ser de tres tipos, según la situación jurídica que los preceda:

El acto lícito es el que está precedido (98) de un "poder hacer", es "el mandado o permitido por la ley" (99). Entrarían dentro de esta categoría, por ejemplo, el acto de disposición realizado por el propietario, el acto de requerimiento de pago realizado por un acreedor y el simple caminar por la calle. Los actos lícitos se dividen en actos necesarios en orden a un efecto útil para el interesado (cargas) y actos meramente facultativos (100). Han sido calificados de transitivos (101).

El acto debido es el que está precedido de una valoración de "deber hacer". Es debido, por ejem-

plo, el pago realizado por el deudor, el cumplimiento contractual, el detener el vehículo en un alto. Los actos debidos han sido incluidos dentro de los llamados actos intransitivos (cumplimiento o transgresión de un deber) (102). Se han caracterizado (los actos intransitivos) por estar precedidos de una valoración de necesidad (103).

El "acto ilícito" (que también se ubica dentro de los transitivos), es el que está precedido de un "deber no hacer" (104). Entrarían en esta categoría, por ejemplo, la conducta del acreedor que dificulta el cumplimiento del deudor, los delitos penales y en general todos los comportamientos que contravengan prohibiciones. También puede considerarse acto ilícito el que incumple un deber positivo, por ejemplo el incumplimiento de un contrato (artículos 1022 y 692 del Código Civil) (105). Se ha aclarado, desde un punto de vista teórico general que la ilicitud es un juicio que debe ser expresado a la luz de los principios generales del Ordenamiento jurídico (106).

Otros autores hablan de dos categorías: potestativos y obligatorios (107). En realidad es mejor distinguir el acto obligatorio del acto ilícito, que es lo opuesto, aunque ambos estén precedidos de valoraciones de necesidad.

Esta segunda clasificación de los hechos jurídicos en función de la eficacia (en consideración a la situación jurídica precedente) es útil, pero es par-

- (96) FALZEA, *Fatto giuridico*, VoicI. . . op. cit., supra 6, p. 387. "El principio de conformidad entre hecho y efecto se identifica en substancia con el principio mismo de la eficacia jurídica".
- (97) CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, Vol. I., E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, p. 508.
- (98) Obsérvese que "el criterio de clasificación se refiere no ya a la situación jurídica siguiente al hecho, sino a la precedente". FALZEA, *Fatto, VoicI. . . op. cit.*, supra 6, p. 389.
- (99) CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 287.
- (100) BETTI, op. cit., supra 11, p. 13.
- (101) Así CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 12. Los actos transitivos o "de ejercicio de un poder" han sido, a su vez, clasificados en tres categorías: "a la potestad corresponde el proveimiento, al derecho subjetivo el negocio jurídico, a la facultad el acto facultativo", op. ult. cit., p. 220. En el primer grupo entran todos los actos en que se ejercita una potestad, aun privada; así, los actos del padre en ejercicio de la patria potestad (en realidad estos son poderes-deberes N. del A.), los actos de la hacienda local. Op. ult. cit., p. 220. Se ha aclarado que junto al proveimiento declaración debe colocarse el proveimiento operación loc. ult. cit. Con respecto a la segunda categoría se ha observado: En la definición del negocio jurídico como ejercicio de un derecho subjetivo, en particular cuando se considera el derecho subjetivo y el negocio jurídico privado, está naturalmente implícita su configuración como fenómeno de autonomía privada" op. ult. cit. p. 221. Sobre este tema Carnelutti hace ver que "el concepto de negocio se ha formado sin ninguna conexión con el de derecho subjetivo" en la doctrina tradicional. Esto no es cierto, pues ya desde los inicios de la doctrina se vio el negocio como ejercicio de un derecho. Así GROCIO, en su obra "*The Jurisprudence of Holland*" asimila el acto de alienación de la propiedad, como *ejercicio de un poder del hombre sobre los bienes*, al acto de obligación como *ejercicio de un poder del hombre sobre su persona*. V. PEREZ, Víctor, *Voluntad y Manifestación en el negocio jurídico*, Revista Judicial, No. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre 1977, p. 100. Con relación a los actos facultativos V. CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 222.
- (102) Op. ult. cit., p. 225.
- (103) Op. ult. cit., p. 225.
- (104) "Hecho ilícito, pues, es el hecho contrario a normas imperativas, al Orden Público, a las buenas costumbres. Es esencialmente ilícito el hecho doloso o culposo que crea un daño injusto". PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 109.
- (105) "La figura del acto ilícito, contraria a la del acto debido se resuelve en el incumplimiento de un deber, o en otros términos en su violación", CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 227.
- (106) PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 19.
- (107) "potestativos como el matrimonio u obligatorios como la indemnización por el daño". CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 287.

cial, pues se refiere solamente a los comportamientos y deja por fuera los eventos; así lo reconoce implícitamente la misma doctrina (108).

Por otra parte, no es una clasificación unitaria; por ejemplo un contrato puede ser además de "lícito" "acto debido", cuando existe un precontrato (109) o también puede ser "ilícito" cuando contraviene una obligación de no contratar.

c) Clasificación en función de ambas situaciones: anterior y posterior (110).

De las clasificaciones de los hechos jurídicos desde el punto de vista de la eficacia, la más completa ha sido elaborada con la llamada "teoría de las transformaciones jurídicas".

Esquemáticamente, de acuerdo a esta doctrina, los hechos se clasifican así:

Innovativos:

- a) Constitutivos (111).
- b) Extintivos (112).
- c) Modificativos (113).

Conservativos:

- a) Fortalecedores (114).
- b) Debilitadores (115).
- c) Especificadores (116).

Preclusivos:

- a) Los que remueven incerteza debida a tiempo (117).
- b) Los que remueven incerteza debida a discusión (118).

2. El criterio de la voluntad.

La doctrina se ha percatado de la insuficiencia del criterio de la eficacia (en cuanto no clasifica los hechos "en sí", sino "con relación a") y se ha afirmado la necesidad de acudir a criterios fenomenológicos, esto es, en consideración al hecho mismo, tal como se presenta. Se ha utilizado, en esta dirección, sin embargo, únicamente la fenomenología de la voluntad: "La distinción entre actos y simples hechos jurídicos se formula con relación a la influencia jurídica que le sea o no reconocida a la conciencia y voluntad humanas" (119). Ya sabemos que las concepciones real-subjetivas (120) pusieron en este elemento la esencia misma del Derecho. Los privatistas del siglo XIX (en particular en Alemania) elaboraron la teoría del negocio jurídico con base en la voluntad (121): el negocio fue considerado como la más plena manifestación de voluntad del particular. Se pasó de ahí a la definición de las otras figuras en función del nego-

- (108) "En otros términos, un hecho para ser un acto jurídico debe consistir en el desarrollo de una posibilidad o de la necesidad en que el poder y el deber consisten". CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 215.
- (109) "Interferencia entre las categorías del negocio jurídico, del acto ilícito y del acto debido. ¿Por qué? Porque hay negocios que son a la vez actos debidos. . . se conocen también negocios jurídicos que son a la vez actos ilícitos". CARNELUTTI, op. cit., supra 97, p. 508. Agrega sin embargo el autor citado: "las tres zonas en que se distinguen los actos jurídicos. . . se pueden representar con la acostumbrada figura de los círculos interferentes, más bien que con la de rectángulos adyacentes. Op. ult. cit. p. 511 y "hay negocios bastardos, como hay, por ejemplo, en las zonas fronterizas regiones bilingües, o como entre el día y la noche tenemos el crepúsculo. Pero no creo que tales fenómenos sirvan para negar la distinción entre el mediodía y la medianoche". Op. ult. cit., p. 508.
- (110) Remitimos para el desarrollo de esta clasificación a FALZEA, *Efficacia giuridica*, Voci. . . op. cit., supra 6, p. 322 y *Fatto giuridico*, op. ult. cit., p. 390.
- (111) Por ejemplo un acto ilícito que causa un daño genera (*constituye*) el deber de resarcirlo y el poder de reclamarlo (artículo 1045 del Código Civil).
- (112) Por ejemplo el pago de una deuda (artículo 764 del Código Civil), o el cumplimiento de un contrato *extinguen* la obligación (artículos 693 y 1023 del Código Civil).
- (113) Por ejemplo en la novación objetiva, la obligación se mantiene pero se *modifica* uno de sus elementos (por ejemplo cuando se hace un cambio del bien dado en garantía), (artículo 814 del Código Civil).
- (114) Por ejemplo el reconocimiento de una deuda o una gestión cobratoria interrumpen la prescripción, rejuveneciendo (*fortaleciendo*) la deuda en cuanto no se cuenta para efectos de la prescripción el tiempo corrido anteriormente (artículos 876, 878 y 879 del Código Civil).
- (115) Por ejemplo la constitución de una hipoteca sobre un inmueble hace perder en parte al derecho de propiedad su plenitud (lo *debilita*), artículos 409, 266 Código Civil.
- (116) Por ejemplo las órdenes que da el patrono al trabajador en una relación laboral *especifican* el vínculo genérico de subordinación (artículos 18, 71-a) y 81-h) del Código de Trabajo).
- (117) Por ejemplo la usucapión y la prescripción negativa (artículos 853 y 865 del Código Civil).
- (118) Por ejemplo la sentencia judicial (artículo 721 del Código Civil) y la transacción (artículos 1367 y 1385 del Código Civil).
- (119) BETTI, op. cit., supra 11, p. 11. Sobre el tema v. FALZEA, *Fatto giuridico*, Voci. . . op. cit., supra 6, p. 392.
- (120) STOLFI, Op. cit., supra 76.
- (121) V. sobre el tema CERTAD, op. cit., supra 37, ps. 19 y 20. Se ha dicho, por ejemplo: ". . . cuando la actividad humana en forma consciente, pero además expresamente querida va dirigida a buscar un fin de orden jurídico, el acto se convierte en "negocio jurídico". El individuo que busca a un Notario para hacer su testamento va con la clara idea de arreglar la sucesión de sus bienes para el caso de fallecimiento; desea producir el efecto jurídico de determinar quién o quiénes serán sus herederos y de disponer sobre otros extremos importantes para el evento de su muerte. . . el testamento, sin dejar de ser un hecho jurídico alcanza la gradación de negocio". SOTELA, op. cit., supra 87, p. 169.

cio, pero con la utilización de una metodología negativa. Se sostuvo que en el negocio había voluntad del comportamiento y voluntad del efecto (122), mientras que en los actos faltaba la voluntad del efecto (123) (en cuanto este se encontraba predeterminado normativamente) y en los hechos en sentido estricto faltaba tanto la voluntad del comportamiento (en realidad falta del todo el comportamiento) como la voluntad del efecto.

Es frecuente encontrar todavía en los juristas contemporáneos esta metodología negativa voluntarista. Así, por ejemplo, Santoro Passarelli clasifica los hechos según que tenga o no relevancia la voluntad humana en: hechos en sentido estricto y actos jurídicos (en los que tiene importancia este elemento) (124). A su vez, subdivide los actos en dos categorías: actos jurídicos en sentido estricto (cuando el acto tiene importancia como mero presupuesto de los efectos determinados por la ley) y negocios jurídicos (cuando la conducta tiene importancia como expresión de una voluntad diri-

gida a la producción de efectos, hablándose en este caso de actos de autonomía privada (125).

Según esta clasificación tradicional, son "hechos jurídicos en sentido estricto" aquellos fenómenos temporales en los que no tiene relevancia la voluntad humana, —aunque sean humanos y voluntarios— consideran algunos (126). Para ellos no interesa en consecuencia la capacidad de actuar. Los actos jurídicos en sentido estricto, en cambio, según esta concepción, requieren voluntad; "la consideración que el Derecho hace de un comportamiento del hombre como acto jurídico consiste, como ya se ha indicado, en reconocerle trascendencia jurídica basándose en una valoración de la conciencia que regularmente lo acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina" (127). En ellos la norma subordina la producción del efecto a la voluntad del acto por lo que entra en juego la capacidad de actuar (128).

Parte de la doctrina ofrece un concepto de acto, al que, dan las notas distintivas del negocio

- (122) "Los negocios jurídicos son actos tendientes a la creación, extinción o modificación (esta tripartición se queda corta N. del A.) de deberes jurídicos o legitimaciones en los que rige, por tanto, la voluntad de obtener el efecto jurídico". NAWIASKY, op. cit., supra 21, p. 284.
- (123) "Actos. Hechos que resultan de la voluntad del hombre. . . pero sin intención de hacerles producir efectos jurídicos, y a los cuales, sin embargo, la ley atribuye esta consecuencia. Tales son los delitos. . . engendran un derecho de crédito en provecho de la víctima contra el autor del daño". COLIN Y CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 160.
- (124) En este sentido se ha afirmado; "Los acaecimientos, llamados también acontecimientos o sucesos, pueden tener lugar independientemente de la voluntad humana, caso en el cual se habla de eventos (Ereignisse) y a veces también de hechos fortuitos, o depender de dicha voluntad, siendo resultados de ella, caso en el cual tenemos los actos. Ejemplo de eventos son: el nacimiento de un niño (como causa de aparición de relaciones jurídicas familiares), el cumplimiento de una cierta edad (como fundamento de una capacidad jurídica) —más bien, de la capacidad de actuar N. del A.—, la adquisición de una herencia (en realidad en este efecto se presuponen también comportamientos como la aceptación del heredero N. del A.), un incremento patrimonial por incremento del valor (como objeto del deber tributario), la caída de nieve (como causa del deber de limpiar la acera)". NAWIASKY, op. cit., supra 21, ps. 282 y 283.
- (125) "La noción general de relevancia jurídica con respecto a los hechos negociales, se liga con el problema del llamado reconocimiento de la autonomía privada". MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 113.
"En el ámbito de los actos lícitos particular atención viene dada por el legislador, y debe ser prestada por el intérprete, a los actos de autonomía negocial, llamados también negocios jurídicos. Con el término autonomía negocial se entiende el poder de los particulares, individuos o grupos, de regular los propios intereses con la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Los actos de autonomía negocial se resuelven en la posición de vínculo para los sujetos, pero el comportamiento nace de su libertad y voluntad y este es el significado literal de la palabra autonomía". RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, ed., Napoli, 1973, p. 247. ". . . la categoría general del negocio jurídico va más allá de aquel límite, comprendiendo en su diseño acuerdos y actos unilaterales de contenido no patrimonial (especialmente en el campo del Derecho de Familia) y actos que no son inter vivos (de tales actos, llamados "mortis causa" el testamento es la figura más significativa, si no el único ejemplo)". Loc. ult. cit.
". . . hay que definir como negocios los actos jurídicos no autoritarios que regulan las relaciones contempladas en ellos; en una palabra los actos jurídicos normativos no autoritarios". ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Ediciones Jurídicas América Europa, Buenos Aires, 1964, p. 27.
- (126) Así, por ejemplo sería un hecho jurídico, en sentido estricto, dentro de esta concepción, el acto del tercero (que evidentemente es un comportamiento N. del A.). Se afirma por ejemplo que el pago hecho por un tercero no es un acto jurídico (ver art. 765 del Código Civil). "En el hecho se comprende el acto del tercero". CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 217.
En análoga dirección: "Hay que catalogar. . . en la categoría de los meros hechos jurídicos no sólo los hechos extrahumanos, sino también los hechos que son del hombre, pero que podrían no serlo. . . o que son voluntarios pero podrían no serlo. . . se entiende que están comprendidos en esta categoría, por ejemplo, no sólo las accesiones naturales sino también las que tienen lugar por obra del hombre, como la edificación o la plantación, y además la confusión, conmixción y la especificación. . . "SANTORO, op. cit., supra 15, p. IV-5.
O bien: "Al ser configurados (los actos jurídicos) por una actividad consciente se excluye de esta categoría los actos del insano mental. Como dice Ruggiero las acciones humanas que no dependen de una voluntad entran en la categoría de los hechos naturales. No puede establecerse diferencia alguna entre el acto inconsciente de un loco y la fuerza bruta". SOTELA, op. cit., supra 87, p. 168.
Se incluyen de este modo, indiscriminadamente todos los fenómenos que no son ejercicio de una voluntad, en lo que se ha puesto la nota distintiva del acto jurídico. V. VINOGRADOFF, op. cit., supra 60, p. 75.
- (127) BETTI, op. cit., supra 11, p. 12. "El acto jurídico debe ser resultado de la voluntad del hombre". CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 287.
- (128) Sobre esta determinación se ha desarrollado la determinación de los elementos, presupuestos y circunstancias del acto. CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 237 y ss.

jurídico (en particular la intencionalidad de la eficacia) (129).

Otra parte de la doctrina habla de dos categorías de hechos: humanos y no humanos (o hechos en sentido estricto) (130). Esta última configuración parece concordar con la más reciente distinción entre eventos y comportamientos (sólo que es mucho más restringida que ésta). Ha sido combatida por la doctrina que toma en cuenta la voluntad en la definición de acto (131).

Otros autores al definir el acto jurídico limitan la categoría a los comportamientos inmateriales (132), aquellos (declarativos o puramente manifestativos) en los que una realidad manifestante exterioriza una realidad manifestada (133).

Obsérvese de lo dicho que no existe en la doctrina una delimitación unánime de la expresión "acto jurídico". Para unos, el que va dirigido a producir efectos; para otros, la conducta consciente y voluntaria del hombre; para otros, el hecho humano aunque no sea voluntario; para otros, únicamente los comportamientos inmateriales. La doctrina, en síntesis, no se ha puesto de acuerdo sobre el concepto de acto. La razón de ello se encuentra en la misma metodología negativa utilizada; a causa de ella no se han determinado sus caracteres específicos. Otra razón de este desacuerdo se debe a la concepción real-subjetiva de que se parte: dentro de esta concepción, como se sabe, la voluntad juega el papel de eje de todas las definiciones jurídicas. La pregunta fue, pues, ¿cuál era el papel de la voluntad respecto al acto? ¿voluntad del efecto?, ¿voluntad del acto?, o ¿ausencia de voluntad? Las respuestas, como se ha expuesto, fueron de la más diversa índole, a tal punto, por ejemplo, que la doctrina sigue discutiendo si el matrimonio, el reconocimiento de un hijo o la adopción son negocios o actos (134).

Más oportuno parece tomar en cuenta los fenómenos jurídicos temporales donde se da una

participación activa externa del hombre, que incide sobre intereses jurídicamente relevantes, desde un ángulo real-objetivo, según se expone más adelante.

El resultado de estos intentos de teorizar sobre los hechos jurídicos (con metodología negativa y dentro del voluntarismo) ha sido la limitada utilidad de las clasificaciones expuestas. Por ejemplo ¿qué reglas jurídicas comunes tienen los actos del incapaz natural y los fenómenos fluviales naturales? Y sin embargo algunos colocan ambos fenómenos dentro de los hechos naturales. Otro ejemplo: los intereses afectados por una enfermedad son muy diversos a los producidos por un terremoto; sin embargo, ambos fenómenos temporales se califican de hechos naturales.

El criterio para establecer la utilidad de una clasificación es el de que las diversas figuras responden a sistemas unitarios de intereses y normas. Esto no ocurre con la tradicional clasificación según la eficacia debido a las múltiples acepciones de las expresiones "hecho", "acto" y "negocio jurídico".

3. Otras clasificaciones tradicionales.

Se han propuesto también algunas otras clasificaciones de los hechos jurídicos de orden fenomenológico que son de relativa utilidad:

- a) Instantáneos y duraderos,
- b) Positivos y negativos,
- c) Simples y complejos.

a) Instantáneos y duraderos: Algunos autores distinguen entre hechos en sentido estricto y estados de hecho, según se agoten en "eventos" instantáneos o bien configuren situaciones de carácter más o menos duraderos (135). El factor tiempo es un elemento de diversa incidencia sobre la estructura del hecho, lo mismo que sobre su función. Según este elemento se justifica la distinción entre

- (129) "Los franceses denominan "acto jurídico" a lo que aquí hemos denominado negocio, e incluyen dentro de la categoría de los hechos jurídicos todos los demás, aun cuando puedan tener origen en la actividad humana. En suma —dicen Colin y Capitant— se puede definir el acto jurídico diciendo que es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho". SOTELA, op. cit., supra 87, p. 170.
- "Los actos jurídicos no son más que una forma especial de los hechos jurídicos. Tal y como dice Gastón Jeze: los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad de individuos... en ejercicio de un poder legal y con la finalidad final el acto tiene relevancia objetiva". GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 157. En realidad, independientemente de esta
- (130) Candian, por ejemplo sostiene que la relación jurídica tiene siempre su origen en un hecho que puede ser de la Naturaleza o del hombre. En esta última hipótesis habla de "actos" y en la primera de "hechos". Cit. p. SEIX, op. cit., supra 13, p. 837.
- (131) "En verdad no es suficiente la proveniencia del hombre para la calificación como acto. Es importante, más bien, otro punto: si la ley requiere, en el hecho humano, la conciencia y la voluntad del agente y, en primer término, la capacidad de actuar necesaria para el cumplimiento de los actos jurídicos. Cuando ello no ocurra estamos en la presencia de un hecho en el sentido restringido de la palabra y, es indiferente la material participación del hombre en el evento que modifica la realidad". RESCIGNO, op. cit., supra 125, p. 246.
- (132) "...actos jurídicos: solamente los pronunciamientos, manifestaciones o declaraciones de mero contenido psicológico (de voluntad, conocimientos o sentimientos). ROMANO, op. cit., supra 125, p. 23.
- (133) "Encontramos aquí una relación de significación, la relación por fuerza de la cual un primer fenómeno significa socialmente un segundo fenómeno, esto es, lo hace aparecer en el campo de la experiencia. En toda relación de significación se distingue un signo material y un significado inmaterial. El signo material es precisamente el fenómeno significante o manifestante...". PEREZ, op. cit., supra 101, pág. 107.
- (134) TREJOS, Gerardo, *El nuevo régimen legal de la adopción*, Ediciones Juricentro, San José, 1978, p. 4, discusiones ahí citadas.
- (135) BETTI, op. cit., supra 11, p. 10. PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 102.

hechos que se verifican en una mínima unidad temporal (136) (hecho instantáneo), en un periodo que supera la mínima unidad temporal (137) o a intervalos regulares de tiempo (138). Esta clasificación presenta utilidad práctica por cuanto a ella corresponde una diversa disciplina del hecho, causal o efectual.

La clasificación tiene importantes manifestaciones concretas, como por ejemplo con relación al tema de la publicidad registral como hecho permanente (139) y al de la excesiva onerosidad sobreviniente (140).

b) Positivos y negativos: Esta clasificación se hace según que consistan en el mudar o en el perdurar sin variación de un estado de cosas actual, previamente determinado. Los hechos positivos consisten en un hacer o un producirse (en el caso de los eventos), los negativos en una abstención o en un no acontecer (141). Tenemos, por ejemplo, comportamientos omisivos o negativos en las hipótesis penales de "omisión de dar parte a la autoridad" (artículo 393 del Código Penal) y de "omisión de auxilio" (artículo 114 del Código Penal) (142).

c) Simples y complejos: Se clasifican así los hechos según que consten de un solo hecho o de varios elementos de hecho conexos, sean estos contemporáneos entre sí o bien sucesivos en el tiempo (143).

A esta distinción se ha observado que lo más frecuente es que el supuesto de hecho esté formado por la concurrencia de varios hechos jurídicos. . . incluso que junto con los hechos concurren circunstancias o requisitos de diversa naturaleza (144).

Otros niegan validez a la distinción afirmando que los supuestos nunca son simples (145).

B) Necesidad de un criterio real objetivo de clasificación.

La nueva metodología real objetiva tiene como punto de partida la idea de que no es la voluntad, sino la vida con sus diversas exigencias, lo que se encuentra en la base del Derecho. Coherentemente, se presenta la necesidad de fundamentar la clasificación de los hechos en función de los tipos de valores jurídicos que entren en juego: los intereses afectados por los diversos fenómenos temporales.

Podemos tomar dos premisas como punto de partida:

- a) una categoría de hechos asume relevancia para el Derecho en función de los mismos intereses de la comunidad,
- b) es necesario estudiar los intereses jurídicos en todas las esferas de la realidad práctica.

¿Cuáles son estas esferas? Se han propuesto diversos criterios para su distinción. Así, por ejemplo, en la Edad Moderna, bajo el influjo cartesiano se reducen estas esferas a dos: realidad física (res extensa) y realidad psíquica del espíritu como conciencia (res cogitans). "Parece mejor regresar a la cuatripartición común, ya existente en la filosofía antigua de los seres en cuerpos, organismos, animales y hombres. Esta cuatripartición constituye una escala en la que cada grado sucesivo está incluido en el grado anterior, pero se le agrega una nueva cualidad, emergente (todo organismo es cuerpo, pero no todo cuerpo es orgánico; todo animal es organismo, pero no todo organismo es

(136) Un ejemplo de hecho instantáneo causal: un daño directo material (artículo 1045 del Código Civil).
Un ejemplo de hecho instantáneo efectual: el componente de hecho del efecto jurídico de una obligación de entrega derivada de una compraventa de objeto indivisible (artículos 662, 1049 y 1071 del Código Civil).

(137) Un ejemplo de hecho duradero causal: el contrato de trabajo, "permanente" (Código de Trabajo, artículo 18).
Un ejemplo de hecho duradero efectual: cuando la naturaleza de la obligación exige un cierto tiempo para su ejecución (artículo 774 del Código Civil).

(138) Un ejemplo de hecho periódico causal: cada uno de los pagos parciales de una obligación a plazos de cumplimiento periódico tiene un efecto extintivo parcial (artículo 416 del Código Civil).
Un ejemplo de hecho periódico efectual: el pago del precio del arrendamiento, que es el componente de hecho del efecto jurídico que nace del contrato de arrendamiento (artículos 1125 y 1141 del Código Civil).
"Algunos hechos se verifican en forma periódica. No se tiene una continuidad del hecho en el tiempo, sino su regular desarrollarse a intervalos constantes. Piénsese por ejemplo en el pago del alquiler, debido normalmente a fin o inicio de mes. . . Lo mismo díjase para el pago del salario o estipendio que se verifican a intervalos de tiempo bien precisos y determinados". PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 103.

(139) V. PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, Giuffrè-ed., Milano, 1957.

(140) Esta clasificación tiene importancia al respecto. V. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 156, v. tamb. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 173, ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, E. Antigua Librería Robredo, México, 1960, p. 274, BOSELLI, Aldo, *Eccessiva onerosità*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. IV UTET, Torino, 1968, p. 335, PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch-ed., Barcelona, 1959, p. 54.

(141) BETTI, op. cit., supra 11, p. 10.

(142) Sobre el tema v. PERLINGIERI, op. cit., supra 14, p. 105.

(143) BETTI, op. cit., supra 11, p. 10.

(144) V. SEIX, op. cit., supra 13, p. 837.

(145) "Desde un punto de vista concreto el concepto de "hecho simple" no tiene fundamentación lógica. . . una "fattispecie" nunca se agota en una sola circunstancia". MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 125 ". . . todo hecho no es más que un conjunto de circunstancias de hecho relacionadas" op. ult. cit., p. 119.

animado, etc.)" (146). La realidad humana participa de las cuatro esferas, por lo que los intereses jurídicos se refieren a todas ellas; por ejemplo, respecto a la esfera física vemos la tutela de la integridad física o de intereses de orden material; respecto a la esfera orgánica observamos en el sistema, por ejemplo, la tutela de la salud; con relación al plano animal observamos la calificación de los actos manifestativos y, con relación a la esfera superior, vemos todo lo relativo a intereses de orden cultural; es, por ejemplo, el campo de las declaraciones, de los bienes inmateriales y de los negocios.

La incidencia del fenómeno temporal sobre los intereses puede derivar de hechos donde la presencia humana es pasiva (eventos, por ejemplo los hechos naturales y los hechos de vida) y hechos donde la presencia es activa, los comportamientos, caracterizados por la existencia de iniciativa humana externa. Vemos así que se ha pasado de la categoría del acto a la categoría del comportamiento y de la categoría del hecho natural a la del evento. La razón de esto se encuentra en que en muchos casos el Derecho regula iniciativas que no son jurídicamente actos en el sentido tradicional, porque no ponen en juego la conciencia y la voluntad (asume relieve sólo el momento externo). De ahí la necesidad del concepto más genérico de comportamiento. Por ejemplo, en las creaciones artísticas interesa el resultado, pero no es necesaria una consideración de los momentos voluntarios del acto. El concepto de comportamiento cubre así toda "actitud externa del hombre", concepto que implica la existencia de una iniciativa (aunque hay iniciativas no voluntarias). Además, vemos que a veces se constituyen intereses por efecto de energías que no resultan de una iniciativa humana; es el caso de los eventos (por ejemplo, los hechos naturales). "Encontramos normas sociales en las que el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana" (147).

Eventos y comportamientos.

Tradicionalmente la característica del acto ha sido puesta en la voluntad (148). Hay, sin embargo, iniciativas humanas en las que no tiene relieve este aspecto interno, asumiendo importancia sólo el aspecto externo; se trata por esto de un concepto de mayor amplitud: el comportamiento, que

incluye toda posible actitud externa del hombre que pueda considerarse como "iniciativa". Por iniciativa podemos entender un desarrollo de energías no determinado externamente (desde fuera) (149).

También los intereses pueden constituirse fuera de iniciativas humanas por efecto de energías naturales o de energías humanas orgánicas, eventos en general.

Obsérvese que esta nueva clasificación de los hechos es fenoménica en cuanto parte del dato prejurídico, del fenómeno en sí.

En resumen: en los eventos el sujeto es punto de incidencia de energías y no existe iniciativa suya; en los comportamientos el sujeto es protagonista y existe iniciativa.

a) Teoría del evento.

i) Eventos relativos a la esfera física.

Se ha observado que hacen falta estudios sistemáticos sobre los hechos naturales. Tradicionalmente se ha utilizado, como hemos visto, un método negativo, identificándose el concepto con el de hecho en sentido estricto (lo que no es acto) (150). El dato negativo es insuficiente; no nos dice sus caracteres (151).

Tradicionalmente la doctrina incluye como hechos naturales las llamadas accesiones fluviales (avulsión —caracterizada por su carácter violento—, aluvión —más bien paulatino—, islas que se forman, abandono de cauce), movimientos violentos de tierras (terremotos), el transcurrir del tiempo (lo que no es correcto como se verá luego), el nacimiento y perecimiento de cosas, la reproducción vegetal por el viento, inundaciones, erupciones volcánicas, etc.

También se incluyen dentro de la categoría los fenómenos relativos al nacimiento, salud y muerte del ser humano (en realidad deben calificarse diversamente pues los intereses afectados son de otro orden; no físicos, sino orgánicos).

Los hechos naturales pueden conceptualizarse como transformaciones externas relativas al plano físico, debidas a fuerzas naturales que afectan intereses jurídicamente relevantes. Se trata de un supuesto complejo (152).

— Regulación jurídica: el criterio axiológico. De conformidad con este criterio se toman en cuenta los valores tutelados por el Derecho y las

(146) DE STEFANO, Rodolfo, *Per un'etica sociale della cultura*, Vol II, *La cultura e l'uomo*. Giuffrè-ed., Milano, 1963, p. 7.

(147) KELSEN, op. cit., supra 82, p. 32.

(148) COVIELLO, op. cit., supra 22, p. 343.

(149) FALZEA, *Fatto naturale*. Voc. . . op. cit., supra 6, ps. 398, 399.

(150) CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 287, GUTIERREZ, op. cit., supra 9, p. 154.

(151) FALZEA, *Fatto naturale*. Voc. . . op. cit., supra 6, p. 406.

(152) Op. ult. cit., p. 412.

situaciones que favorecen o perjudican su realización. Así, desde el punto de vista de los intereses hay dos tipos posibles de incidencia de una fuerza natural: propicia (ventajosa) y adversa (perjudicial).

— Hechos naturales de valor positivo. Son los favorables a los intereses de los sujetos jurídicos: incrementan una cosa preexistente o producen una cosa nueva.

Por ejemplo: las cosas productivas dan lugar a la fructificación (artículos 287 y 288 del Código Civil). En este caso no se plantea un conflicto de intereses: el que tiene el goce jurídico de la cosa (propietario, 290 Código Civil o usufructuario, 335 del Código Civil) hace suyos los frutos; el derecho se extiende a los frutos (153). Cuando se produce la separación (los frutos naturales se adquieren por percepción, art. 338 del Código Civil) respecto al árbol encontramos un comportamiento de eficacia innovativo-constitutiva, pues los productos pasan a ser bienes jurídicos autónomos y sobre ellos surge una nueva situación jurídica.

Otro ejemplo: puede ocurrir también que el incremento o formación de una cosa nueva se dé fuera de un proceso productivo (una cosa no generada por un bien productivo). Es el caso de la isla que se forma en un río (insula in flumine nata). No es posible en estos casos aplicar los principios sobre la fructificación, sino que se aplican, más bien otros principios: en particular el principio de conservación de la eficacia (en cuanto conservación de la situación jurídica precedente). Esto ocurre por ejemplo en el caso del artículo 81 de la Ley de Aguas, según el cual, en caso de avulsión se conserva la propiedad del terreno desprendido si no hay confusión (154); también el principio de conservación puede basarse en criterios espaciales

cuando a la cosa nueva se comunica la situación del espacio donde se forma, por ejemplo en el caso de las islas que se forman en ríos, según el artículo 83 de la Ley de Aguas (155) o cuando al incremento se comunica la situación jurídica del espacio contiguo, como en el caso del artículo 74 de la Ley de Aguas (156) y en el caso del artículo 78 de la misma Ley (157).

— Hechos naturales de valor negativo. Son los contrarios a los intereses de los sujetos (158).

La regla general es la de que si el evento no produce ninguna compensación de interés el sujeto afectado soporta el daño.

Así, por ejemplo, el perecimiento de la cosa extingue el derecho subjetivo de propiedad (res perit domino). En este caso se trata de un efecto necesario, no de un efecto legal. Así, el usufructo se extingue por la pérdida total de la cosa (artículo 358, inciso 3 del Código Civil) y puede pedirse la cancelación de la inscripción de una hipoteca cuando se extingue el inmueble (artículo 472 del Código Civil). También en los contratos con prestaciones recíprocas, si una de las prestaciones llega a ser imposible por efecto de un evento natural se extingue la obligación (artículo 830 del Código Civil) (159). También vemos que cuando hay contigüedad de fundos, el del fundo inferior debe recibir las aguas naturales del fundo superior (artículo 94 de la Ley de Aguas) (160).

A veces el evento natural (relativo a la esfera física) afecta negativamente amplias esferas de intereses (ciclones, terremotos) que hacen necesaria la intervención de los poderes públicos.

— Hechos naturales en parte de valor positivo y parte de valor negativo. Son, en parte favorables y en parte desfavorables. Favorecen un interés pero perjudican otro.

(153) CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 213.

(154) Artículo 81, Ley de Aguas: "Cuando la corriente de un arroyo, torrente o río segregada de su ribera una porción conocida de terreno y lo transporta a las heredades colindantes o a las inferiores, el dueño de la finca que orillaba la ribera segregada conserva la propiedad de la porción de terreno transportado, siempre que no haya confusión con terrenos de aquellas heredades".

(155) En el Derecho español, "el Fuero Real atendía para regular la propiedad de la isla, a que hubiera surgido en medio del río o estuviere más cercana a una margen que a la otra". SEIX, op. cit., supra 13, p. 93. Nuestra Ley de Aguas, en su artículo 83 establece: "Las islas que, por sucesiva acumulación de arrastres superiores, se van formando en el cauce, pertenecen al Estado si se trata de ríos navegables o a los dueños de los márgenes en los demás casos. Si la isla se formare a un lado de la línea media del río, pertenecerá al dueño del terreno ribereño, y si se formare en medio del río, se dividirá entonces longitudinalmente por mitades, perteneciendo cada mitad a los dueños de los terrenos ribereños de uno y otro lado. En todo caso, la línea media servirá para marcar los respectivos derechos de los dueños".

(156) Artículo 74 de la Ley de Aguas: "Son de dominio público los terrenos que se unen a la zona marítima por las accesiones y aterramientos que ocasione el mar. . .".

(157) "Los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los predios respectivos en toda la longitud. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras" (artículo 78 de la Ley de Aguas). "El curso de un río no es una línea recta sino más bien irregular, presenta trazos sinuosos llamados meandros; la parte cóncava está sometida a la acción de las aguas en tanto que la parte convexa, por el contrario, en ella se depositan materiales arrastrados. Si se aumenta demasiado la curvatura del meandro puede romperse el dique, se separan los distintos arcos y el agua abandona los cauces intermedios dejando brazos muertos". MONTERO, Ramiro, *Lección de geología*. Ed. B.A.S. 1958, p. 21.

(158) V. FALZEA, *Fatto naturale*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 425.

(159) V. CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 213.

(160) "Los terrenos inferiores están obligados a recibir las aguas que naturalmente y sin intervención del hombre, fluyan de los superiores, así como la tierra o piedras que arrastren en su curso. . ." (artículo 94 de la Ley de Aguas).

Como ejemplos de esta categoría encontramos: el conocido fenómeno del aluvión (161); puede definirse como "el acrecentamiento que reciben paulatinamente las heredades confinantes con las riberas de los ríos por efecto de la corriente de las aguas" (162); produce como efecto el de hacer adquirir la propiedad de las porciones a los dueños de las heredades sobre las que se ha acumulado (163) (artículo 84 de la Ley de Aguas) (164).

Si las situaciones jurídicas beneficiadas y perjudicadas pertenecen a un mismo sujeto no hay ningún problema. Los intereses, en cambio se ven afectados diversamente cuando un sujeto se ve perjudicado y otro beneficiado. Tal problema es objeto de regulación, por ejemplo, en el caso de avulsión en que se desprende una porción diferenciada vimos que se aplicaba la regla de la conservación de la eficacia; se ha dicho que no es un hecho jurídico, "pues en las relaciones jurídicas no se produce ninguna creación, modificación o extinción. . ." (165). En realidad ya la consideración que el Derecho hace de él (como forma de conservar el dominio) lo hace jurídico, aunque no produzca transformaciones (ya sabemos que no basta definir los hechos en función de la eficacia).

En este hecho natural (avulsión) se da "una segregación, por obra de la corriente de un río, arroyo o torrente, de una porción de la heredad, y transporte esto a otro fundo. Según que esta porción transportada y depositada sea conocida o no, la ley le atribuye respectivamente determinadas consecuencias jurídicas" (166).

— Modificaciones naturales reversibles e irreversibles. (167).

Debe ser diversa la regulación si puede naturalmente esperarse que las cosas vuelvan a su estado anterior o si ello está excluido. La reversibilidad es la posibilidad de que la situación vuelva a su estado anterior. La reversibilidad puede ser natural o artificial.

— Modificaciones reversibles:

Con respecto a la reversibilidad natural se aplica el principio de conservación del estado jurídico preexistente. Debido al carácter temporal de la modificación no resulta necesaria la modificación jurídica. Por ejemplo, en el caso de terrenos que han sido inundados por las aguas en forma temporal no se produce ningún cambio en el derecho de propiedad (168).

Igualmente, el cambio de lugar de un bien mueble por acción de un fenómeno natural no justifica una transformación jurídica (por ejemplo en el caso de que el viento transporte una sábana tendida al sol de una casa a otra). También en los objetos arrastrados por la corriente no se produce transformación jurídica si el propietario los reclama dentro de los términos legales (169).

— Modificaciones irreversibles:

Son aquellas donde no puede naturalmente esperarse que se vuelva a la situación anterior; un ejemplo claro se da con el aluvión (donde se sacrifica el interés del sujeto afectado) (artículo 84 citado).

La regla es la de que la transformación jurídica se adecúa al resultado natural. Por ejemplo, el nuevo cauce de un río pasa a ser propiedad del dominio público (170).

— ¿Es el tiempo un hecho jurídico? específicamente: ¿un hecho natural?

Algunos autores incluyen dentro de la categoría tradicional de los hechos en sentido estricto al tiempo. Afirman, por ejemplo, que el transcurso de cierto lapso hace adquirir derechos o los extingue por prescripción adquisitiva o extintiva, o que determina la mayoría (171).

Esta posición tradicional ha sido bastante abandonada. El tiempo, como el espacio, es un marco de ubicación de los hechos. Su mero transcurrir carece de relevancia jurídica; el transcurrir

(161) V. SOTELA, op. cit., supra 87, p. 168.

(162) V. SEIX, op. cit., supra 13, p. 610. "Este fenómeno de tipo geológico, está originado por la constante acción que las aguas en movimiento desarrollan en las márgenes y en el álveo de los ríos, la cual da como resultado el arrastre de pequeñas partículas del material que forma aquellos y el depósito y acumulación de las mismas en lugares distintos", loc. ult. cit.

(163) Loc. ult. cit.

(164) "... pertenece a los dueños de los terrenos confinantes con los arroyos, torrentes, ríos y lagos, el acrecentamiento que reciben paulatinamente por la acción o sedimentación de las aguas".

(165) V. SEIX, op. cit., supra 13, p. 214.

(166) Op. ult. cit., p. 215.

(167) V. FALZEA, *Fatto Naturale*, VocI. . . op. cit., supra 6, p. 430.

(168) "Los terrenos titulados que fuesen accidentalmente inundados por las aguas de los lagos, o por los arroyos, ríos y demás corrientes, continuarán siendo propiedad de sus dueños respectivos" (artículo 77 Ley de Aguas).

(169) "Cualquiera puede recoger y salvar los animales, maderas, frutos, muebles y otros productos de la industria, arrebatados por las corrientes. . . si dentro de un año hubiere reclamación por parte del dueño se le entregará el objeto. . ." (artículo 85 de la Ley de Aguas, en lo conducente).

(170) "Cuando un río navegable o flutable variara naturalmente de cauce y abriere un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. . .". Este hecho puede hacerse regresar a la situación anterior, aún artificial, "por trabajos legalmente autorizados al efecto" caso en el cual la propiedad regresa a su anterior dueño (artículo 79, Ley de Aguas).

(171) COLIN Y CAPITAN, op. cit., supra 123, p. 160.

del tiempo sólo es relevante cuando está cargado de intereses. No es el simple transcurso del tiempo lo que produce una prescripción negativa, es más bien el interés que revelan las partes con su conducta (172). "Se trata siempre de espacialidad o temporalidad incorporadas; no tienen relieve autónomo" (173). El tiempo sin eventos o comportamientos es tiempo sin intereses humanos: un tiempo que no reviste valor para el Derecho (174).

ii) **Eventos relativos a la esfera orgánica (hechos de vida) (175).**

En cuanto eventos son fenómenos temporales donde no hay iniciativa; su diferencia específica se encuentra en la esfera de intereses sobre la que inciden: los intereses relativos al hombre como organismo. Los eventos pueden incidir sobre las cosas o sobre las personas; en cada caso hay diversos intereses, por lo que deben existir diversas soluciones jurídicas para satisfacerlos. Los principios en que se fundamenta la tutela en cada caso son diversos: a) intereses que satisface el hombre por medio de las cosas, b) intereses que satisface sin las cosas (176). Los principios que se aplican para la regulación jurídica de las cosas nada tienen que ver directamente con los que regulan otros intereses como los relativos al nacimiento, la muerte, una enfermedad, el envejecer, etc. El nombre que se da a los eventos relativos a la esfera orgánica es el de hechos de vida.

La característica de los hechos de vida puede resumirse en que en ellos el punto de incidencia es la esfera orgánica.

Se diferencian de los comportamientos en que en estos hay iniciativa, mientras que en los hechos de vida el sujeto es pasivo expectador de un acontecer de su organismo.

En la medida en que son relevantes para el Derecho, los procesos originarios constituyen simples eventos, que, como hechos de vida en sentido estricto, se contraponen a los comportamientos

(177). No todos los hechos humanos son hechos del hombre; no lo son, por ejemplo, los procesos vitales de su organismo (178).

Como se ha visto, la unidad de esfera de intereses permite distinguirlos de los hechos naturales, donde tradicionalmente se les ha incluido (179).

Estos temas han sido objeto de estudio por parte de la doctrina bajo el tema de la "existencia y capacidad de las personas" (nacimiento, enfermedad mental, muerte).

Carnelutti los especifica bajo la denominación de "hechos jurídicos subjetivos", acercándose con ello al concepto de "hecho de vida"; pone como ejemplos: el cumplimiento de la mayoría, la manifestación de una enfermedad mental (180), el nacimiento (181) y la muerte (182).

iii) **Los llamados hechos psíquicos:**

En lo que se refiere a los niveles de conciencia espontáneo y reflexivo (animal y propiamente humano) se ha hablado de hechos psíquicos.

Ya sabemos que frente a los fenómenos donde tenía relevancia la voluntad (los llamados actos) se colocaron aquellos donde entraban en juego otros elementos psíquicos diversos (el sentimiento y el conocimiento). Por no tratarse de "actos de voluntad" (según la metodología tradicional negativa) se les ha incluido dentro de los hechos en sentido estricto.

La categoría resulta inadmisiblemente jurídica por las siguientes razones:

En lo que se refiere a lo que podríamos llamar eventos relativos al nivel de conciencia espontánea (hechos de sentimiento) o de conciencia refleja (hechos de conocimiento) debe observarse que se trata de acontecimientos (sentires o conoceres) que pueden producirse sin iniciativa en el plano psíquico (tener un sentimiento religioso, querer a una persona, o un sentimiento estético contemplativo, o adquirir un conocimiento por haber presenciado sin iniciativa un hecho, por ejemplo) que no

(172) Sobre la crítica a la idea tradicional de que el tiempo es un hecho no voluntario o hecho en sentido estricto V. FALZEA, *Fatto naturale*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 415.

(173) Op. ult. cit., p. 417. "Por lo que al tiempo se refiere, éste, como el lugar, no es más que una circunstancia, un modo de ser del hecho, no es un hecho. . . la prescripción y la usucapión no son efectos jurídicos del tiempo, sino respectivamente de la inercia y de la posesión que ha durado un cierto tiempo". SANTORO, op. cit., supra 15, p. IV-9. ". . . ha sido notado que el tiempo no puede ser definido como un "hecho" dado que él se refiere a los desarrollos de los hechos, de los acontecimientos, expresa el concepto de duración y el diverso modo de ser de los hechos según este punto de vista; por ello se hace la distinción entre hechos instantáneos y hechos continuados". MAIORCA, op. cit., supra 13, p. 119.

(174) Así FALZEA, *Fatto naturale*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 421.

(175) V. FALZEA, *Fatto naturale*, Voc. . . op. cit., supra 6, p. 412.

(176) Op. ult. cit., p. 413.

(177) V. FALZEA, *Manifestazione*, op. cit., supra 13, p. 443.

(178) V. op. ult. cit., p. 461.

(179) Se ha hablado tradicionalmente por ejemplo de que el nacimiento y el fallecimiento son hechos de la naturaleza. CABANELLAS, op. cit., supra 22, p. 287.

(180) CARNELUTTI, op. cit., supra 22, p. 212.

(181) ". . . del nacimiento surgen nuevas relaciones jurídicas que antes no existían; . . . en cuanto confiere la patria potestad altera el status" op. ult. cit., p. 213.

(182) ". . . la novedad de la situación final consiste en que al puesto del sujeto se coloca otro (sucesión) y extinción de la persona" op. ult. cit., p. 212.

Pueden calificarse de comportamientos; acontecen objetivamente e inciden sobre los niveles psíquicos (183).

Debe aclararse de inmediato que estos acontecimientos psíquicos, innegables, adquieren relevancia únicamente cuando pasan a ser objetivos. Tienen relevancia en un supuesto, pero no relevancia autónoma, pues necesitan de una objetivación. Los hechos de conciencia son ciertamente hechos humanos, pero no consisten de una actitud física del hombre, aun si de tal actitud tienen necesidad para manifestarse (una cosa es el hecho de conciencia que se agota internamente y otra cosa es su manifestación) (184).

La eficacia, en las diversas hipótesis depende de lo que se ha llamado un supuesto complejo, formado por el hecho psíquico (de sentimiento o conocimiento) y otros elementos, fundamentalmente su exteriorización (un comportamiento). En los hechos psíquicos la instancia de objetividad propia del Derecho en cuanto fenómeno cultural, se satisface con la traducción de los hechos psíquicos en el mundo externo, por medio de comportamientos (185).

Veamos un ejemplo de relevancia causal (no autónoma) del sentimiento.

Un hecho de sentimiento (amor) puede generar una actitud afectiva de perdón; mientras no se manifieste es jurídicamente irrelevante, por ejemplo: según nuestra jurisprudencia el abandono del hogar es causa de indignidad sucesoria (186) que determina una falta de legitimación pasiva (187). Sin embargo, de conformidad con el Código Civil

(artículo 523 inciso 1) a pesar de la indignidad el testador puede, perdonando al indigno, rehabilitarlo. Obsérvese que además del sentimiento se ha producido su exteriorización, un comportamiento (que algunos han incluido dentro de las llamadas declaraciones de sentimiento) (188).

Un hecho de conocimiento (un percibir pasivamente, por ejemplo) puede o no reproducirse seguidamente; si después de la observación receptiva se produce la exteriorización comunicativa de lo visto, lo que hasta el momento había sido un evento interno irrelevante por falta de objetivación, surge en el mundo jurídico. Este conocimiento puede ser relevante cuando se exterioriza, por ejemplo, por medio de una declaración testimonial (artículo 753 del Código Civil); nos encontramos así de nuevo con el comportamiento (no ya con el evento psíquico autónomo) (189).

En síntesis, parece preferible abstenerse de hablar, por las razones expresadas, de "eventos relativos a la esfera psíquica como determinantes autónomos de efectos jurídicos". La razón: la relevancia jurídica está determinada por la incidencia sobre intereses y por la objetividad del fenómeno. Cuando estos hechos psíquicos adquieren objetividad ya estamos fuera del campo de los fenómenos temporales que llamamos eventos y pasamos más bien al ámbito de los comportamientos.

b) Comportamientos. (190)

El término comportamiento ha sido usado por la doctrina con múltiples acepciones. Se utilizó por los juristas alemanes del siglo XIX (Verhalten).

(183) Pugliatti ha aclarado que más que de formas distintas y autónomas se trata de grados. V. PUGLIATTI, Salvatore, *Conoscenza e Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1961, p. 6. V. tamb. FALZEA, *Manifestazione*, Op. cit., supra 13, p. 443.

(184) V. op. ult. cit., p. 463.

(185) V. op. ult. cit., p. 464.

(186) SALA DE CASACION, 8 de enero de 1902, tomo único, p. 441.

(187) V. PEREZ, op. cit., supra 32, p. 83.

(188) Veamos algunos ejemplos de supuestos donde tiene relevancia el sentimiento en nuestro Derecho: a) Una reconciliación conyugal puede producirse anímicamente en ambos sujetos, pero, no se produce —hasta la objetivación— la relevancia y eficacia que el Ordenamiento le otorga (artículos 52 y 63 del Código de Familia), b) Un fenómeno natural de grandes proporciones puede causar una fuerte impresión en un sujeto y hacerle perder su capacidad mental. La alteración psíquica es relevante a través de los comportamientos que la revelen, por los cuales se llega a la anulabilidad (si no hay sentencia de interdicción) o nulidad de los actos (artículo 23 del C.C.) cuando hay sentencia de interdicción. Los momentos psíquicos adquieren relieve con la exteriorización, c) Dentro de los delitos de acción privada el artículo 81 del Código Penal incluye la injuria (artículo 145 del citado Código). Este delito puede ser perdonado por el ofendido. El perdón como sentimiento (o hecho psíquico) adquiere relieve con su exteriorización —como comportamiento—.

La relevancia del sentimiento en el Derecho es grande: en la base misma del Derecho y de la decisión judicial está el sentimiento de Justicia. Sin embargo escasean las hipótesis de relevancia autónoma del sentimiento.

En algunos casos el sentimiento entra en juego desde el punto de vista de la acción (por ejemplo en los llamados delitos de sentimiento o con factores de este tipo, por ejemplo el caso del enajenamiento, artículo 112 inciso 3 del Código Penal).

Vemos así que factores emocionales pueden formar parte de un supuesto complejo; obsérvese, sin embargo que no hay relevancia autónoma de ellos.

También pueden entrar en juego factores sentimentales, no ya desde el punto de vista de la acción sino desde el punto de vista del valor afectado. Por ejemplo: el caso de perturbación de sentimientos morales o religiosos con las prácticas de hechicería (artículo 391 Código Penal), o el caso de perturbación de sentimientos sociales con el delito de profanación de tumbas y cadáveres (artículo 207 del Código Penal), o el caso de violación del sentimiento de piedad por los animales (en la contravención prevista en el artículo 378, inciso 3 del Código Penal).

(189) En otros casos vemos la relevancia de los hechos que afectan la conciencia, por ejemplo, en el caso de la enfermedad mental o perturbación de conciencia en el momento de la comisión del hecho punible que genera inimputabilidad (artículo 42) y la imputabilidad disminuida de aquel donde la perturbación es parcial (artículo 43 del Código Penal).

(190) V. FALZEA, Angelo, *Comportamento*, Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè-ed., Milano, 1961.

Eltzacher y Manigk advierten la necesidad de un concepto más amplio que el de acto. En el uso actual lo vemos en derecho privado (comportamientos concluyentes), derecho penal (191) (comportamiento, como aspecto material del acto) en Derecho Administrativo (se usa con relación a los proveimientos no declarativos).

En la doctrina civilista se ha visto en muchos casos el concepto referido sólo al lado externo u objetivo (die äussere oder objektive Seite). Se ha visto el movimiento corporal con iniciativa (la "körperlike Bewegung") como una categoría más general que el acto; así, por ejemplo en el pensamiento de Zitelmann, donde se caracteriza por la exterioridad y objetividad (192).

La expresión es de amplio desarrollo dentro de la Psicología; según el conductismo, comportamiento (o conducta) es todo hecho objetivamente observable en un organismo dentro de determinadas situaciones ambientales.

A partir de Watson la Psicología toma una importante dirección: el psicólogo debe concentrar más su atención sobre la conducta y menos sobre la conciencia (193). El conductismo ha mostrado como muchos fenómenos subjetivos como el lenguaje pueden ser estudiados sobre un plano objetivo; en efecto el lenguaje tiene un aspecto interno, como fenómeno psíquico de asociación y de ideación, pero tiene también un aspecto externo, objetivo: es comportamiento significativo y simbólico.

Se ha observado, sin embargo, que el conductismo ve el comportamiento como una reacción específica, una respuesta del cuerpo al ambiente. Esta concepción es muy restringida, porque no tiene en debida cuenta los comportamientos adoptados espontáneamente fuera de la intervención de estímulos externos. La "etología" más reciente que ve en el comportamiento factores innatos y factores ambientales no se limita a la explicación estímulo-respuesta del comportamiento (194).

Las bases del concepto de comportamiento se encuentran también en la biología, donde indica un "modo de presentación del organismo". No todo proceso orgánico es comportamiento; podemos distinguir los procesos vitales en originarios y derivados; los primeros son aquellos procesos

propios del organismo de los que depende la misma vida, así, por ejemplo, encontramos la circulación y el metabolismo; los segundos no operan en forma automática, están ligados a los procesos primarios pero presuponen una iniciativa (ejemplo de los primeros: tener hambre; ejemplo de los segundos: comer). En los procesos derivados el organismo se manifiesta hacia el exterior, introduciéndose con ello en el ambiente que lo rodea. Estos procesos secundarios del organismo son precisamente los comportamientos; podemos, de este modo, completar la definición en el sentido de que comportamientos son las iniciativas del organismo en el ambiente. La distinción que hemos realizado tiene gran importancia sustancial, pues a los procesos primarios u originarios se encuentran ligados los hechos de vida (o eventos relativos a la esfera orgánica) mientras que los procesos secundarios son los comportamientos. En todo tipo de vida podemos distinguir, lógicamente y empíricamente, procesos originarios en función de los cuales el tipo de vida se constituye y define, de modo que su continuación significa la supervivencia y su cesación la muerte; y procesos derivados de adaptaciones ambientales. En principio, los primeros son constantes y los segundos variables, en cuanto dependen de las variaciones del ambiente (195).

Así, la característica básica del comportamiento es la de encontrarse referido a los procesos secundarios. Estos procesos se caracterizan por la adaptabilidad del organismo a las exigencias del ambiente, pueden ser considerados como respuesta del organismo al ambiente.

Podemos definir el comportamiento como toda actitud física del sujeto en cuanto no esté físicamente necesitada por la realidad externa y eventualmente en cuanto tiene el poder de influir sobre esta realidad. Esta definición tiene tres aspectos: a) actitud externa del organismo, b) ausencia de necesidad externa sobre ella, y c) posibilidad de incidencia sobre el exterior (196).

i) Caracteres.

El primero de estos caracteres es la referencia del término al organismo humano. "Comportamiento es en todo caso un hecho referible, peculiar y característicamente ligado a un individuo"

(191) Con las bases de Beling, Ihering y Von Liszt el acto se reduce a la mera conducta, con exclusión de todo elemento de contenido. V. FALZEA, *Manifestazione*, op. cit., supra 13, p. 447.

(192) Así, op. ult. cit., p. 449.

(193) Sobre el tema v. WHITTAKER, James, *Psicología*, Editorial Interamericana, S.A., México, 1965, p. 6, KATZ D. y R., *Manual de Psicología*, Ediciones Morata S.A. Madrid, 1977, ps. 28, 76 a 80, KAGAN HAVEMANN, *Psychology. An Introduction*, H.B. y W. Inc., New York, Chicago, San Francisco, Atlanta, 1968, ps. 25 y 26. Se ha desarrollado modernamente por SKINNER en Harvard la tesis del "condicionamiento operante" y los "refuerzos positivos y negativos", v. KATZ, op. ult. cit., p. 434. En su origen Watson propone el conductismo como modelo de investigación sustitutivo de la introspección de la psicología clásica europea. Ya desde Wundt la psicología se encontraba permeada de una instancia de objetividad. El conductismo va a exigir que la psicología limite su estudio a los comportamientos en su materialidad y objetividad. Se concibe el comportamiento como respuesta frente a un estímulo. V. FALZEA, *Manifestazione*, op. cit., supra 13, p. 452.

(194) V., así op. ult. cit., p. 459.

(195) Op. ult. cit., p. 460.

(196) V. op. ult. cit., p. 462.

(197); debe entenderse que se trata de una referibilidad objetiva (en cuanto de interés para el Derecho). Además, no sólo ha de ser referible al organismo humano sino que debe ser imputable al mismo; esto significa que el despliegue de energías debe tener su causa (iniciativa) en el mismo organismo.

"Para que una actitud del cuerpo sea jurídicamente referible al sujeto como comportamiento suyo es necesaria otra condición: el fenómeno que se manifiesta en el cuerpo humano no debe ser la consecuencia de una necesidad física. . . El comportamiento para ser referible al sujeto debe consistir de una iniciativa, una respuesta al ambiente si se quiere, pero una respuesta que implica un cierto grado de libertad física" (198). En esto radica el segundo rasgo; en otras palabras: no debe estar determinado por fuerzas externas (199). Como resultado producen una transformación (material o inmaterial) del ambiente.

Según el tercer rasgo la iniciativa del sujeto es normalmente causante, produce una influencia sobre la realidad externa. . . Muchos comportamientos se encuentran previstos por su resultado (ej.: matar a alguien). No siempre —se ha dicho—, sin embargo, la relevancia jurídica del comportamiento depende de su eficiencia causal, por ejemplo en Derecho Penal conocemos los llamados "delitos formales" (200).

Debe aclararse que aun en estos casos el comportamiento tiene importancia jurídica porque afecta valores; el ejemplo tradicional de delito formal (asociación para delinquir —272, Código Penal—) es una conducta que afecta la tranquilidad (y dentro de los delitos contra la tranquilidad pública se encuentra incluido en el Código). El hecho de que no afecte materialmente a otro sujeto no significa que no afecte valores jurídicos.

El estudio de los comportamientos debe hacerse objetivamente (con relativa prescindencia de los elementos psicológicos o subjetivos). El comportamiento debe tener objetividad y ser objeto de pública evidencia; quedan fuera de la categoría los hechos orgánicos y los hechos psíquicos.

En este ángulo objetivo hay posibilidad de encontrar elementos para una investigación realmente científica, sin excluir con ello la relevancia de los elementos subjetivos. Estos perfiles subjetivos tienen importancia por ejemplo en materia de

ilicitud (incapacidad natural —artículos 42 y 43 del Código Penal—, dolo, culpa —artículos 30, 31, 32 del Código Penal—, etc.) y en materia negocial (incapacidad natural —artículo 23 Código Civil—, error, violencia, dolo —artículos 1015 a 1018 Código Civil—) (201).

ii) Tipos.

Los comportamientos pueden ser "reveladores de intereses" o "incidentes sobre intereses". Los primeros son, en general, los inmateriales y los segundos son materiales, si bien existen excepciones en el caso de los comportamientos inmateriales actuosos (por ejemplo, como se verá, escribir una obra literaria). Los llamados comportamientos inmateriales se refieren a situaciones no presentes en el tiempo o no presentes en el espacio. Se dice "situación no presente en el tiempo" pues puede darse que se encuentre colocada en un tiempo diverso (por ejemplo una declaración de un testigo en la que el comportamiento presente se refiere a un hecho pasado —artículos 752 a 758 del Código Civil—). Se dice "situación no presente en el espacio" en los casos en que una situación es sensorialmente perceptible a través de un sujeto que habla, evocándonos una situación no presente en nuestro espacio visual (locutor que transmite una noticia, por ejemplo). En los comportamientos inmateriales al aspecto materialmente presente se agrega otro aspecto no materialmente presente, pero presente inmaterialmente.

En el comportamiento humano interviene un fenómeno humano: el lenguaje. Existe una socialidad inferior que no sirve para caracterizar al hombre pues la encontramos también en especies vegetales. La socialidad humana es de un nivel superior, el nivel de la cultura. Dentro del medio cultural se extiende el ámbito de los estímulos y de las respuestas (el ámbito de los comportamientos) gracias a la potencia simbólica del ser humano. El comportamiento no se limita a la dimensión material, sino que expresa además la inmaterialidad cultural. Si bien es cierto que también los fenómenos culturales requieren de un soporte material, lo que los caracteriza es un componente inmaterial, una relación de significación donde la situación significada está presente sólo en cuanto a ella se refiere la situación significativa, esto es, inmaterialmente.

(197) Op. ult. cit., p. 455.

(198) Op. ult. cit., ps. 459, 460.

(199) Tradicionalmente se ha afirmado la invalidez de los "comportamientos" realizados por violencia física con base en que la conducta no es querida. . . con esta forma de ver las cosas se pasa al plano psíquico un fenómeno que se agota en el plano físico. . . el acto no es libre ni siquiera físicamente. V. op. ult. cit., p. 463.

(200) "Delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesaria para su integración la producción de un resultado externo". CASTELLANOS, Fernando, *Líneas elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977, p. 137. "En los delitos formales esa transformación de las condiciones externas no se opera". PADILLA, Guillermo, *Derecho Penal Costarricense*, Parte General, U.C.R. 1966, p. 132. Por ejemplo, en nuestro Código Penal el artículo 272 que tipifica la asociación para delinquir.

(201) Por ejemplo en la validez de los contratos influye el error (artículo 1015 del Código Civil) o la violencia moral (artículo 1017 y 1018 del Código Civil).

El aspecto no presente materialmente en los comportamientos inmateriales es el significado (ejemplo típico es el caso del lenguaje). En estos comportamientos encontramos un dato material presente que hace referencia a una situación no presente materialmente. Entre estos dos momentos hay una relación de significación (202). "Concurren para constituir la manifestación tres elementos: un hecho manifestante, un hecho manifestado y una relación de manifestación" (203).

Tal como ha quedado estudiado al desarrollarse la teoría del evento, los fenómenos jurídicos se presentan en las diversas esferas de realidad; del mismo modo ocurre con los comportamientos.

La forma mínima de comportamiento se refiere a la realidad orgánica, donde encontramos comportamientos imputables al organismo, procesos secundarios de vida. Se presenta así el comportamiento como una actitud del organismo humano.

Al nivel de la vida animal encontramos el comportamiento significativo por medio de señales (conciencia empírica). Se trata de la "manifestación" (en sentido estricto) la cual es un tipo de comportamiento significativo no simbólico. Hay un comportamiento manifestante y una situación manifestada.

Al nivel de la conciencia espiritual del hombre la relación es de significación simbólica.

Tenemos así que el comportamiento humano puede ser vital, manifestativo o simbólico (o sea, puede darse en relación a cada una de las esferas de la realidad).

La realidad empírica del mundo, como se ha recordado, se constituye progresivamente a través de cuatro esferas concéntricas: esfera física, esfera orgánica, esfera animada y esfera humana. Las dos primeras tienen en común el carácter de la materialidad y las otras dos el de la inmaterialidad, con la consecuencia de que es posible reducir la cuádrupartición a una bipartición: comportamientos materiales y comportamientos inmateriales (204).

Cada una de las formas estudiadas de comportamiento absorbe en sí los niveles anteriores. Así, el comportamiento espiritual es manifestativo y vital.

Esta clasificación de los comportamientos, obedeciendo a un criterio fenomenológico, sustancial, tiene importantes aplicaciones prácticas. Cada uno de estos tipos tiene una forma especial de relevancia.

La clave para entender la relevancia jurídica específica de los distintos tipos de hechos jurídicos se encuentra en el concepto de "interés" (humano). Un comportamiento asume relevancia jurídica en cuanto a través de él se determina la incidencia sobre esferas de intereses jurídicamente relevantes.

Esta incidencia puede ocurrir en dos formas: positiva (cuando ayuda a la realización de los intereses) o bien puede ser negativa (cuando la perjudica).

También podemos distinguir los comportamientos en "actuosos" (o actuantes) e inactuosos (o inactuantes), atendiendo al siguiente criterio: los comportamientos materiales y los orgánicos son los más aptos para producir una transformación del ambiente y sus intereses, por lo que se denominan "actuosos" (en cuanto actualizan directamente una incidencia sobre intereses). La mencionada capacidad de transformación directa no la tienen los comportamientos significativos (sean estos puramente manifestativos —por señales— o simbólicos —por símbolos—); su soporte material no es suficiente para transformar directa e inmediatamente la realidad externa y sus intereses, por lo que se califican de "inactuosos". Lo que interesa, en todo caso, es el modo de incidencia sobre los intereses. No debe creerse que los comportamientos inactuosos no influyen o no inciden sobre los intereses; toda la diferencia con respecto a los actuosos se encuentra en que en estos la incidencia es directa mientras que en aquellos es mediata (205).

Debe aclararse que la distinción entre comportamientos materiales e inmateriales no se identifica (no es paralela) con la distinción entre comportamientos actuosos e inactuosos. Existen comportamientos significativos (manifestativos o simbólicos) que pueden influir sobre los intereses jurídicos en forma directa; así en la producción de una obra se crea un bien inmaterial; el comportamiento del autor, aunque es inmaterial, es actuoso. También determinados comportamientos inmateriales como la injuria afectan directamente ciertos valores (actuosos aunque inmateriales).

Normalmente los comportamientos materiales son actuosos, entendiéndose por actuosidad la idoneidad del comportamiento para causar una inmediata lesión o realización de intereses. Paralelamente, normalmente los comportamientos inmateriales son inactuosos; así ocurre por ejemplo con las dos figuras fundamentales de comportamientos declarativos en el Derecho Privado: las declaraciones de ciencia (o de conocimiento) y las declaraciones de voluntad. En la declaración de ciencia no se determina una inmediata transformación sustancial (los efectos los produce la sentencia no el testimonio). En la declaración de voluntad se define un diseño de acción; si el Derecho le otorga asistencia traduce en modalidades jurídicas —poderes y deberes— el programa de acción. Solamente las acciones programadas podrán realizar el interés, no la manifestación programática. En otros casos, sin embargo, un comportamiento inmaterial puede

(202) V. FALZEA, *Manifestazione*, op. cit., supra 13, p. 469.

(203) Op. ult. cit., p. 470.

(204) V. op. ult. cit., p. 473.

(205) V. sobre el tema: op. ult. cit., p. 473.

influir de modo inmediato sobre los intereses, dañándolos o realizándolos; por ejemplo, los comportamientos que lesionan valores morales (como en el caso de los artículos 145 —injurias—, 146 —difamación—, 147 —calumnia— y 377 —divulgación de hechos mortificantes— del Código Penal) o los que tienen como resultado una producción cultural. "El comportamiento que acompaña al proceso creativo y que da materialidad a la idea es un comportamiento significativo (como en el caso de la pintura o la escultura) o simbólico (como en una poesía o una novela) que afecta en forma inmediata la realidad inmaterial de los bienes culturales" (206).

En estos comportamientos el Derecho no

toma en cuenta el contenido inmaterial para determinar la medida del efecto; no hay una relevancia del significado preordenada al efecto. La diferencia radica en que dado que "el significado tiene relevancia jurídica exclusivamente en los comportamientos inactuosos inmatrimales puede reservarse a ellos la denominación de "comportamientos significativos" y recoger bajo la denominación de "comportamientos actuosos", en virtud de la nota dominante de la actuosidad, tanto los comportamientos materiales —que no tienen un significado apreciable— como los comportamientos inmatrimales (actuosos) que tienen un significado, pero no un significado jurídicamente relevante para preordenar la eficacia (207).

CONCLUSIONES :

De lo expuesto pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

- a) Antecedente jurídico y hecho jurídico están en relación de "género - especie", en cuanto hay antecedentes de Derecho junto a los de hecho;
- b) Supuesto jurídico y hecho jurídico están en relación de "abstracto - concreto"; el primero es la hipótesis normativa, el otro es su verificación;
- c) Parte de la doctrina define el hecho como "causa de efectos jurídicos"; esto no es aceptable porque hay hechos en función efectual y además hay hechos relevantes (con ineficacia originaria) que no son actualmente causa de efectos jurídicos;
- d) Otra parte de la doctrina define hecho como "lo que no es acto"; esta concepción parte de premisas voluntaristas, utiliza una metodología negativa y además en todo caso sigue viendo el hecho en función causal;
- e) Resulta mejor definir el hecho jurídico como "todo fenómeno temporal relevante para el Derecho, sea en función causal o en función efectual, sea evento o comportamiento, relevante o eficaz";
- f) Un único hecho puede recibir diversas calificaciones por parte del Ordenamiento;
- g) En el estudio del hecho jurídico debe conjugarse el perfil estructural con el perfil sustancial;
- h) Las llamadas "situaciones de hecho" son también jurídicamente calificadas; se

- i) Un hecho puede estar compuesto de elementos principales y marginales; los primeros denotan la existencia de un interés relevante; los segundos actualizan ese interés;
- j) Una figura efectual puede integrar parcialmente otra figura causal;
- k) La expresión "hechos" en materia procesal se refiere siempre a los fenómenos temporales seleccionados por su relevancia en el caso;
- l) La juridicidad del hecho se encuentra en que su presencia pone en juego el sistema jurídico global y sustancialmente considerado;
- m) Tradicionalmente se han clasificado los hechos jurídicos en función de la eficacia y en función de la voluntad;
- n) Según la eficacia los hechos se clasifican: en consideración a la situación sucesiva, a la precedente y en consideración a ambas;
- ñ) La clasificación según la situación sucesiva atiende a la conformidad o falta de ella. No es aceptable pues la falta de conformidad en el sentido propuesto es común a fenómenos disímiles y además porque el principio de conveniencia exige siempre una relación de conformidad entre el interés del hecho y el efecto;
- o) La clasificación según la situación anterior en actos lícitos (poder hacer), debidos (deber hacer) e ilícitos (deber no

(206) Op. ult. cit., p. 474.

(207) V. op. ult. cit., p. 475. En general sobre el tema "actividad expresión y símbolos". V. ARISTOTELES, *Política*, Clásicos políticos, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1951; GUSDORF, Georges, *La palabra*, Ed. Galatea, Buenos Aires, 1957; FIRTH, Raymond, *Tipos humanos*, EUDEBA, Buenos Aires, 1961; KLUCKHOHM, C. *Antropología*, Breviarios, F.C.E., México, 1965; SAPIR, Edward, *El lenguaje*, Breviarios, F.C.E., México, 1962 y VOSSLER, Karl, *Filosofía del lenguaje*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

- hacer) deja fuera los eventos, en cuanto se refiere sólo a los comportamientos; además no es unitaria ya que hay interferencias entre las categorías propuestas;
- p) Desde el punto de vista de la eficacia la más completa clasificación es la que distingue los hechos en innovativos, conservativos y preclusivos, considerando ambas situaciones, anterior y posterior;
- q) Tradicionalmente se han clasificado los hechos con una metodología negativa y voluntarista en "hechos en sentido estricto", "actos" y "negocios jurídicos". La metodología utilizada ha llevado a la falta de delimitación unánime de las categorías con la respectiva confusión teórica y práctica;
- r) Otras clasificaciones de parcial utilidad tradicionalmente propuestas son: a) instantáneos y duraderos, b) positivos y negativos y c) simples y complejos;
- s) La insuficiencia de los planteamientos voluntaristas ha llevado a la necesidad de una clasificación de los hechos según los intereses en juego. Se ha propuesto la utilización de la cuatripartición aristotélica de las esferas del ser: físico, orgánico, animal y humano;
- t) La presencia humana en el hecho puede ser pasiva (en los eventos) o activa (en los comportamientos, caracterizados por ser iniciativas humanas objetivamente apreciables);
- u) Los eventos pueden afectar la esfera física (hechos naturales) o la esfera orgánica (hechos de vida). En su estudio debe acudirse a criterios axiológicos. El tiempo queda excluido de la categoría de los eventos por ser el marco en que estos se desarrollan;
- v) Los llamados eventos psíquicos no tienen eficiencia causal autónoma pues para su relevancia requieren de un comportamiento;
- w) Los comportamientos se caracterizan por ser actitud externa del organismo, por no ser resultado de fuerzas externas y por la posibilidad de incidir sobre el ambiente;
- x) Los comportamientos se ubican dentro de las diversas esferas de realidad. Pueden resumirse en dos categorías: materiales (que se agotan en su realización) e inmateriales (donde encontramos una realidad manifestante, una realidad manifestada y una relación de significación). Esta significación puede ser por señales (manifestación en sentido estricto) o por símbolos (declaración);
- y) Normalmente los comportamientos inmateriales no provocan una alteración directa (son inactuosos) y las materiales sí (son actuosos);
- z) A pesar de lo anterior encontramos a veces comportamientos inmateriales que sí afectan directamente los valores jurídicos; son inmateriales pero actuosos.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTOTELES, *Política*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- BARBERO, Domenico, *Studi di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1953.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
- BOBBIO, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1956.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Ed. Perrot, Buenos Aires, Parte General, II, 1970.
- BOSELLI, Aldo, *Eccessiva onerosità*, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, UTET, Torino, 1968.
- BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923.
- BRUSCUGLIA, Luciano, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed., Milano, 1975.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomos I y II, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976.
- CAMPAGNA, Lorenzo, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- CAMUS, E.F., *Filosofía Jurídica Contemporánea*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1932.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, Napoli.
- CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, Vol. I, E.J.E.A., Buenos Aires, 1952.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del diritto*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951.
- ASTAN TOBENAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, México, 1977.
- CERTAD, Gastón, *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*, Revista Judicial No. 2, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1976.
- COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.
- COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Ed. Bibl. Arg. Buenos Aires, 1947.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho Civil*, Editorial UTEHA, México, 1949.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch-ed., Barcelona, 1965.
- DE STEFANO, Rodolfo, *Per un'etica sociale della cultura*, Vol. II, *La cultura e l'uomo*, Giuffrè-ed., Milano, 1963.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del contrato, Las relaciones obligatorias*, Editorial Tecnos, Madrid, 1972.
- DNIESTRZANSKY, S., *Die Aufträge Zugunsten Dritter*, A. Deischer, George Borme, Leipzig, 1904.
- ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, Primer Tomo, Parte general, II.
- FALZEA, Angelo, *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè-ed., Milano, 1961.
- FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè-ed., Milano, 1939.
- FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Parte Prima, Il concetto di diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1975.
- FALZEA, Angelo, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè-ed., Milano, 1941.

- FALZEA, Angelo, *Manifestazione*, Enciclopedia del diritto, Vol. XXV, Giuffrè-ed., Milano, 1975.
- FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del diritto (Efficacia giuridica, Fatto giuridico, Fatto naturale)*, Giuffrè-ed., Milano, 1970.
- FIRTH, Raymond, *Tipos humanos*, EUDEBA, Buenos Aires, 1961.
- FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni di diritto privato*, Casa Molisana del libro, Ed. Campobasso, 1962.
- FULLER, Lon, *Anatomía del Derecho*, Monte Avila Editores, Caracas 1969.
- GESCHE, Bernardo, *Los fines del derecho y las investigaciones jurídicas*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Valparaíso, Chile, diciembre de 1976, junio de 1977.
- GUSDORF, Georges, *La Palabra*, Ed. Galatea, Buenos Aires, 1957.
- GUTIERREZ, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Tridente, S.A., Madrid, 1963.
- HECK, Phillip, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, R. Dubischar, Berlin, Zurich, 1968.
- HECK, Phillip, *Das Probleme der Rechtsgewinnung*, R. Dubischar, Berlin, Zurich, 1968.
- HECK, Phillip, *The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests*, J. of. I. Harvard, 1948.
- IHERING, R. von, *Law as a mean to an end. Trad. Husik*, Introduction to Jurisprudence, Stevens, London, 1972.
- KAGAN-HAVEMANN, *Psychology. An Introduction*, H.B. y W. Inc. New York, Chicago, San Francisco, Atlanta, 1968.
- KATZ, D. y R. *Manual de Psicología*, Ediciones Morata S.A., Madrid, 1977.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios, U.N.A.M., México, 1969.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.
- KLUCKHOHM, C., *Antropología*, Breviarios F.C.E. México, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 2, Bosch-ed., Barcelona, 1977.
- LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LARENZ, Karl, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè-ed., Milano, 1966.
- LATORRE, Angel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.
- LLOYD, Dennis, *Introduction to Jurisprudence*, Stevens and Sons, London, 1972.
- LUMIA, Giuseppe, *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè-ed., Milano, 1971.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, Giuffrè-ed., Milano, 1962.
- MAIORCA, Carlo, *Fatto giuridico-Fattispecie*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. I, UTET, Torino.
- MONTERO, Ramiro, *Lecciones de geología*, Ed. B.A.S. 1958.
- MYRDAL, G., *Objectivity in social research*, J. to J. Butterworths, London, 1972.
- NAWIASKY, Hans, *Teoría general del Derecho*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1962.
- ODIO, Elizabeth, *Familla de hecho*, Revista Judicial No. 8, Corte Suprema de Justicia, San José, junio, 1978.
- PADILLA, Guillermo, *Derecho Penal Costarricense*, U.C.R. 1966.
- PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las Personas*, Editorial Lex Locí, San José, 1977.
- PEREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, No. 4, junio, 1977.
- PEREZ, Víctor, *La jurisprudencia de intereses*, Instituto de Derecho Privado, Universidad de Costa Rica, 1974.
- PEREZ, Víctor, *Los hechos jurídicos*, Versión preliminar mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1973.
- PEREZ, Víctor, *Patología negocial: invalidez e ineficacia del negocio jurídico*, Revista Judicial No. 8, Corte Suprema de Justicia, San José, junio, 1978.
- PEREZ, Víctor, *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*, Revista Judicial No. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1977.
- PERLINGIERI, Pietro, *Profilii istituzionali del diritto civile*, Scuola di perfezionamento in diritto civile, Università di Camerino, Jovene-ed., Napoli, ottobre, 1975.
- PIAZZESE, Antonino, *L'applicazione della legge*, Giuffrè-ed., Milano, 1964.
- PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch-ed., Barcelona, 1959.
- FOUND, Roscoe, *Lo spirito della Common Law*, Giuffrè-ed., Milano, 1970.
- FOUND, Roscoe, *Gistizia, Diritto, Interesse*, Il Mulino, Bologna, 1962.
- FOUND, Roscoe, *Contemporary Juristic Theory, 1940*, Philosophy of Law, The end or purpose of the Law, revised, ed. 1954.
- PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch-ed., Urgel, 51 bis, Barcelona.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Conoscenza e Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1961.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile*, Metodo, teoría, práctica, Saggi, Giuffrè-ed., Milano, 1951.
- PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, Giuffrè-ed., Milano, 1957.
- RECASENS, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.
- RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene-ed., Napoli, 1973.
- RICCA, Lucio, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè-ed., Milano, 1965.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, E. Antigua Librería Robredo, México, 1960.
- ROMANO, Santi, *Fragments de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas América, Europa, Buenos Aires, 1964.
- ROTONDI, Mario, *Considerazioni in "fatto" e in "diritto"*, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, anno XXI, N-3, Giuffrè-ed., Milano, settembre, 1977.
- RÜMELIN, Max, *Bernard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, Tübingen, 1907.
- RÜMELIN, Max, *Developments in Legal Theory and Teaching during my lifetime*, 1930, en J. of. I. Harvard, 1948.
- RÜMELIN, Max, *Die Gerechtigkeit*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1921.
- RÜMELIN, Max, *Rechtssicherheit*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1924.
- RUSO, Ennio, *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè-ed., Milano, 1973.
- SANTORO Passarelli, Francesco, *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Edición mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972.
- SAPIR, Eduard, *El lenguaje*, Breviarios F.C.E., México, 1962.
- SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, seconda ed. Jovene-ed., Napoli, 1969.
- SEIX, Francisco, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1950.
- SENTIS, Santiago, *El Juez y el Derecho*, E.J.E.A. Buenos Aires, 1957.
- SOVELLA MONTAGNE, Rogelio, *Hechos, actos y negocios jurídicos como génesis de los derechos subjetivos*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 15, Facultad de Derecho, San José, junio de 1970.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Padova, Cedam, 1961.
- TOMMASINI, Raffaele, *Invalidità*, Enciclopedia del Diritto, Vol. 22, Giuffrè-ed., Milano, 1971.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto Civile*, Cedam, Padova, 1970.
- TREJOS, Gerardo, *El nuevo régimen legal de la adopción*, Ediciones Juricentro, San José, 1978.
- VANDER EYCHEN, *Methodes positive d'interpretation juridique*, Bruselas, 1907.
- VARRONE, Claudio, *Ideología e dogmática nella teoría del negocio giuridico*, Casa ed. Jovene, Napoli, 1972.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- VOSSLER, Karl, *Filosofía del lenguaje*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.
- WERTENBRUCH, Wilhelm, *Versuch einer Kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Iherings*, Walter d. Gruyter and Co., Berlin, 1955.
- WHITTAKER, James, *Psicología*, Editorial Interamericana S.A., México, 1965.