

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



Junio, 1981

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año V - No. 20 - Junio, 1981.

Publicación trimestral

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

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

DESDE LAS AULAS DE ARISTOTELES, PARA EL JURISTA DE HOY

**(Michel Villey: una Filosofía del Derecho
"clásica", pero comprometida)**

*Dr. Enrique P. Haba.
Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.
Investigador honorario de la Alexander
von Humboldt-Stiftung.*

CONTENIDO:

I.	Generalidades	12
II.	Necesidad de recurrir a la filosofía jurídica.	13
III.	La concepción aristotélica del derecho.	15
IV.	Otras concepciones sobre el derecho	17
V.	Observaciones críticas	19

Pocos se negarán a reconocer que Michel Villey, catedrático de Historia de la Filosofía del Derecho en la Universidad de París II, es la figura más importante que nos presenta la filosofía jurídica contemporánea de Francia. Más considerable puede ser, no obstante, el número de quienes estén lejos de compartir las ideas básicas que ha defendido, con singular brillantez, en varios libros (1) y numerosos artículos (2). Escritor no menos informado que polémico, de sus investigaciones históricas Villey ha hecho bastante más que una mirada retrospectiva, siempre aguda, sobre cosas que se escribieron siglos atrás. Discusiones del pasado, y discusiones sobre el pasado, para él son testigos que mantienen indeclinable su vigencia, que nos siguen acercando claves decisivas para las cuestiones que exigen tomar partido también en el hoy por hoy. El estudio de la Historia significa, así encarado, una decidida forma de engagement ante (y a menudo contra) cosas del presente. "Compromiso" cuya orientación puede ser más o menos discutible, naturalmente, pero que, atento a la seriedad con que el profesor francés la fundamenta, ofrece el mayor interés de ser tomada en consideración.

Si hacemos abstracción del esquema que nos ofrece su *Abrégé du droit naturel classique* (1961) (3), los otros trabajos del autor habrían representado más bien formulaciones fragmentarias de su posición, enfoques centrados sobre tales o cuales aspectos en particular. Pero hace poco tiempo ha sido publicado en castellano el primer tomo de un

manual que Villey preparó, en años recientes, con el objeto de presentar una visión general compendiada (*Précis*) de la Filosofía del Derecho (4). Y allí los puntos de vista del autor, en cotejo con los de muchas otras posiciones, aparecen ahora sistematizados en un enfoque de conjunto más elaborado y amplio.

En ese primer tomo, al cual dedicaré la presente nota, son examinados la definición y los fines del derecho. El autor comienza por explicar (*Prolegómenos*) el papel que la Filosofía del Derecho puede desempeñar para la formación del jurista, la importancia de dicha disciplina con vistas a una mejor conformación de la ciencia y práctica jurídicas. Luego pasa a desarrollar (*Sección Primera de la Primera Parte*) la definición del derecho que él acepta, la noción aristotélica de la justicia particular entendida como finalidad específica de la actividad jurídica, con indicación de las consecuencias prácticas que —a su juicio— tienen que seguirse de la aceptación de tales bases. Finalmente (*Sección Segunda*) es confrontada dicha posición con varias otras concepciones acerca de los fines del derecho, las que son expuestas en sus líneas esenciales y sometidas a crítica. (El segundo tomo, del cual no existe todavía versión española, contiene la *Segunda Parte del Précis*, consagrada a los métodos y fuentes del quehacer jurídico: "Los medios lógicos" y "Las fuentes naturales" (5)).

Como siempre lo ha subrayado, Villey no reivindica para sí ninguna pretensión de originalidad por lo que hace a las ideas de fondo. Insiste en que su tarea, según él la entiende, se limita a recoger,

- (1) — *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Montchrestien, París, 1945.
— *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2da. ed., Dalloz, París, 1962, 318 p.
— *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1968, 715 p. (reed. 1975).
— *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, París, 1969, 370 p.
— *Le droit romain, son Actualité*, ed. reelaborada, "Que sais-je?" 195, Presses Universitaires de France, París, 1972, 125 p. (Tr. de la 4. ed., por Martha Lafitte de Juncal y Julio Angel Juncal: *El Derecho romano Cuadernos de Eudeba*, Buenos Aires, 1963, 63 p.).
— *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, París, 1976, 275 p.
— *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso (Chile), 1976, 248 p.
- (2) Buena parte de dichos artículos ha aparecido en los *Archives de Philosophie du Droit*, revista que se publica anualmente (Sirey, París) bajo la dirección del propio Villey. Algunos de los más importantes han sido recogidos en libros que están entre los indicados en la nota anterior.
- (3) El *Abrégé* apareció en el t. VI de los *Archives*, p. 25-72, correspondiente al año mencionado; se encuentra también recogido en las *Leçons*, p. 109-165. Hay traducción al castellano, por Ernesto Garzón Valdés, publicada bajo el título: *Consideraciones en pro del derecho natural*, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1966, 146 p.
- (4) *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, traducción por Diorki (Revisión de la traducción: Jesús Valdés y Menéndez Valdés), Ediciones Universidad de Navarra (Eunsa), Pamplona, 1979, 236 p., 21,5 x 14,5 cm., rústica. Esta traducción corresponde a la 1ra. ed. de dicha obra en francés: *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, *Précis* Dalloz, París, 1975, 242 p.; en 1978 apareció una 2da. ed., corregida y ampliada (283 p.). La posibilidad de consultar la referida traducción al castellano me la proporcionó el estudiante Sr. Sergio Adolfo Marín Durán, a quien quedo especialmente reconocido por haberme facilitado su ejemplar en ocasión de abocarme a la redacción del presente comentario.
- (5) *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, *Précis* Dalloz, París, 1979, 267 p.

del modo más fiel posible, enseñanzas de Aristóteles sobre la actividad de los juristas: el punto de vista del llamado "Derecho Natural clásico" (no confundir con el "Derecho Natural moderno": Hobbes, Locke, etc.). Dirige todos sus esfuerzos a defender precisamente la vigencia de esas enseñanzas, que son también las de Santo Tomás, frente a la mayor parte de lo que se dijo después, sobre todo a partir del Renacimiento. Nos advierte, así, que el autor de este *Compendio* entiende que "no es su misión aportar visiones personales", sino que se encargará apenas de "regular el orden del día": esto es, distribuir la forma de presentación de las distintas posiciones en juego, pero sin "intervenir" él mismo en ese debate (p. 58/44) (6).

A decir verdad, sin embargo, me temo que Villey no se haya mantenido demasiado fiel a este "programa", resignarse a desempeñar un papel meramente "ordenador" frente a las posiciones en pugna. Pero no creo que el lector lo lamente. Pienso, más bien, que uno de los méritos mayores de su exposición reside en que no se ha abstenido, por cierto, de "intervenir" —y bastante activamente, diría yo— en el debate planteado. Pues lo bueno es eso, el hecho de que contribuye a enriquecer la polémica con reflexiones propias, agregando siempre razones de su cuño en favor o en contra de las posiciones traídas a colación. Este *Compendio* se aparta, en buena medida, del estilo (y también del "orden del día") clásico en manuales de la materia. Por lo dinámico de la exposición, como por el hecho de que frase a frase no deja de asomar el "compromiso" del autor, no sé si con ello el gesto "académico" saldrá perdiendo, pero de ninguna manera se perjudica el valor del contenido ni, menos que menos, el interés de la lectura. Por lo demás, Villey no tiene embarazo en defender conclusiones que casi siempre se ubican en un ángulo que "contradice la opinión universitaria dominante e incluso el lenguaje actual". . . Un "inconveniente" del que se hace cargo, por cierto, sin demasiada pena (p. 216/212).

Claro está, hay "formas" y "formas" de navegar contra la corriente. En este caso, me parece que son remadas de las que vale la pena enterarse. Quiero, por eso, acercar aquí un panorama de las nociones fundamentales que son objeto de desarrollo en el trabajo mencionado. No sin subrayar una advertencia. Toda síntesis de pensamientos ajenos

viene a significar, ya se sabe, una traducción más o menos parcializada de las ideas en cuestión. Y en la presente nota, acaso el "traductor" resultará todavía más *traditore* que de costumbre. Porque lo que Villey dice es no solo mucho más, por supuesto, sino que expone sus puntos de vista con una sencillez y un brío, una agilidad y un vigor polémico, que me siento completamente incapaz de reflejar.

Si me he decidido, así y todo, a intentar una síntesis, es porque no considero superfluo tratar de ofrecerle al jurista costarricense una introducción a las ideas del profesor francés, máxime teniendo en cuenta que, lamentablemente, esta obra no es fácil de encontrar en nuestro medio. Pienso que el *Compendio*, por más que no ocultaré mi discrepancia con las principales tesis del autor, plantea cuestiones y trae respuestas que interesa conocer, discutir. Me importa sobre todo, pues, ofrecer una visión general de las ideas básicas que allí se encuentran expuestas. Algunas observaciones por mi cuenta, que agregaré al final (V), constituyen eventuales puntos de partida para una crítica (que debería ser desarrollada de modo más detallado y profundo). Si consigue que el lector se sienta tentado a tomar parte en el debate, el presente comentario habrá alcanzado su objetivo.

II

Solemos —dice Villey— no tener una clara conciencia acerca de los fines y principios del derecho. Ello hace necesario que se recurra a la Filosofía del Derecho para llenar lagunas fundamentales en la formación de los juristas. Pues estos no suelen preguntarse por la justificación, el fundamento, el por qué de las fuentes del derecho que están aceptando y de los métodos que utilizan para obtener las soluciones jurídicas a partir de ellas (§ § 5-6). La heterogeneidad, las incoherencias, las contradicciones, las inadecuaciones en la metodología jurídica —el "conflicto de métodos"— resultan precisamente de esa falta de una definición nítida y adecuada de los fines del derecho. La filosofía puede proporcionarnos las aclaraciones necesarias al respecto (§ 6; p. 221/217).

Cada una de las ciencias modernas se halla construida sobre determinadas nociones fundamentales; principios básicos que esas ciencias adop-

(6) Al efectuar la remisión a páginas de la obra, señalo primero la pág. de la versión española y luego la de la 1ra. ed. en francés, dejando separada aquella de esta por medio de una barra inclinada (/).

tan como punto de partida, mas sin que ellas mismas se encarguen de someterlos a discusión. El examen crítico de dichos datos primarios corresponde a otra disciplina, la filosofía. Así, los principios de la ciencia jurídica van surgiendo de una manera que se halla ligada, también en el caso de ellos, a tales o cuales sistemas generales de filosofía, históricamente dados, aunque de eso no suelen tener conciencia los propios juristas (§ 7).

La filosofía, si es entendida en forma adecuada, como lo era en el tiempo de los griegos, constituye una especie de "ciencia universal" (p. 36/19). Quiere decir que representa, en contraposición a lo que ofrecen las ciencias particulares, una tentativa de conocer la estructura general —conexiones interdisciplinarias, fundamentos— de las cosas. Busca aprehender el mundo como un todo (§ 12). Esa "universalidad" significa, por lo demás, que la filosofía se ocupa de aquello que es por esencia estable, permanente, en el seno de la realidad. Y por esto es que las grandes concepciones filosóficas, sea cual sea el momento histórico de su origen, en el fondo resultan todas contemporáneas, no tienen época (§ 18).

Por otro lado, importa recalcar que ese afán de universalidad, propio de la filosofía practicada en el mundo antiguo, llevó a que esta incluyera asimismo el estudio de los valores: lo bueno, la belleza, la justicia; y sin que eso implicara, para dichos estudios, que ellos no resultaran capaces de constituir un tipo de ciencia que fuera propiamente "objetiva" (p. 37-38/20-21). En su esfuerzo de aprehender en forma integral el ser, la filosofía tiene que representar un carácter crítico, esto es, abocarse también a ofrecer juicios de valor (p. 45/29). Debe servir para someter a crítica usos actuales del lenguaje (§ 126), cuestionar ideas recibidas (§ 127), ayudar a desembarazarse —¡filosofando!— de filosofías equivocadas (p. 221/217). Así es que la filosofía, en el sentido original de esta palabra, significaba "búsqueda de la sabiduría" (*sophia*, *sapientia*). En tal sentido constituía una ciencia —conocimiento de la realidad— y, al mismo tiempo, también una orientación moral general para la vida cotidiana —aptitud para la buena conducta— (p. 38-39/ 21-22).

Esa "universalidad" propia del enfoque filosófico lleva sus implicaciones metodológicas, que son de peso. Importa subrayarlas, sobre todo porque contradicen puntos de vista que hoy en día suelen

ser admitidos en forma muy general. La ciencia moderna hace abstracción de las cualidades y de los valores, de las causas finales, quiere limitarse a los "hechos". Al fin de cuentas, su objetivo no es la verdad sino la utilidad. Pero de esta manera se priva de ver las cosas en su dimensión concreta, se contenta con abstracciones, se limita a encarar aspectos unilaterales (p. 37-38/20-21; §§ 109-111).

Una filosofía realista, en cambio, debe abocarse a lograr una visión de conjunto del mundo exterior (p. 43/26). Sin embargo, la filosofía se ha dejado arrastrar por el cientismo. Y así, degenerando, llega a tomar la forma de sistemas contruidos sobre experiencias que no son sino fragmentarias (p. 54/39); puede entonces pasar a ser un mero apéndice de las ciencias (epistemología), o diluirse simplemente en otras disciplinas (sociología, psicología, lingüística, etc.) (p. 40-41/24). Sería bueno, por el contrario, tratar de volver a la enseñanza de los filósofos griegos. Porque lo cierto es que en filosofía, inclusive en filosofía del derecho, cabe presumir que, con los griegos, ya "todo está dicho" (p. 57/42). Y habría que aplicar, también, el mismo método que utilizaban ellos, la dialéctica: el diálogo, el arte de la controversia bien organizada, la confrontación entre diversos puntos de vista (unilaterales), como instrumento de indagación para aproximar nuestro conocimiento a las verdades universales (§ 24) (7).

* * *

¿Pero qué puede aportarle concretamente la filosofía al jurista? A cada tipo fundamental de definición sobre los fines y la esencia del derecho responden otras tantas teorías acerca de sus fuentes, su método de razonamiento y la organización judicial, así como también otros tantos sistemas lingüísticos como formas de constituirse la ciencia jurídica (p. 221/217). El jurista se encuentra así enfrentado a alternativas claves, en donde está obligado a elegir, sin que todas las soluciones ofrecidas tengan igual valor. La Filosofía del Derecho está allí, justamente, para brindarle las herramientas intelectuales necesarias, aquellas que le permitan emprender esa elección con auténtico conocimiento de causa (§ 130).

Un examen filosófico del derecho deberá, por lo pronto, determinar la especificidad de esta disciplina frente al ámbito de otras más o menos cerca-

(7) Cf. t. II, *Titre Premier*, esp. §§ 168-169. Vid también *infra*, n. 14.

nas: moral, política, sociología, economía, etc. Quiere decir que a la filosofía jurídica le corresponde, en primer término, ocuparse de la definición —“universal”— del derecho, el *quid ius*; esto es, reconocer la finalidad específica de la actividad jurídica en cuanto tal. (Por ejemplo, lo que el Derecho romano ofrece de “universal”, aun examinado desde la actualidad, es precisamente ese *quid ius* —p. 102/91—). Al jurista le incumbe también, contra la opinión que tenía Kant, la tarea de indagar si son justas las soluciones que manejará. Pues ninguna respuesta científica sobre cuál será la solución concreta de derecho en tal o cual procedimiento judicial —*quid iuris*— es posible si no se posee ya de antemano una idea sobre el *quid ius*. Y en conexión con este punto de partida, a la Filosofía del Derecho le compete asimismo señalar cuáles son las fuentes propias de este y las características especiales de la metodología jurídica, frente a otros tipos de fuentes y de métodos (§ § 8 y 13).

Esas tareas de la filosofía jurídica pueden ser encaradas, si se quiere, como un estudio del “lenguaje”; pero tomándolo no desde un punto de vista simplemente “descriptivo”, sino también crítico-valorativo. En efecto: porque tratar de alcanzar una mejor definición para términos como “justicia”, “derecho”, “ley”, etc., viene a ser lo mismo que estudiar precisamente las propias fuentes y finalidades de la ciencia jurídica (§ 14). En especial, habrá que examinar la importancia que para la práctica del derecho presenta la definición del término “justicia”.

III

El único modo de delimitar el campo del derecho, frente al de las otras disciplinas con que puede ser confundido, es distinguir los tipos de fines

que, respectivamente, aquel y estas persiguen. El derecho ha sido definido en función de finalidades muy distintas (p. 67/47). Sin embargo, la manera más apropiada de hacerlo es, con Aristóteles, la de tomar como base la idea de justicia (§).

Aristóteles estudia el sentido de la palabra “justicia”, y el de otros términos emparentados con ella, tal cual ello se da en el uso lingüístico de sus contemporáneos. Comprueba, así, que dicha expresión no se refiere a alguno utópico, a un mero ideal, sino a realidades, a diversas especies de comportamientos (§ 29). Lo que él nos presenta, pues, no es otra cosa que una noción realista de la justicia. Poco tiene que ver con la manera en que suele ser entendido dicho vocablo actualmente. La “justicia” parece una palabra vacía si nos ubicamos en el punto de vista de la ciencia moderna. Hoy, deformado por el idealismo, el subjetivismo, ese término apunta simplemente a quimeras: a una igualdad absoluta entre los hombres, o bien a libertades utópicas (“derechos humanos”, cese de limitaciones impuestas por el Estado, etc.); dos sueños que, por lo demás, resultan incompatibles el uno con el otro. La tarea cotidiana de los jueces no tiene nada que ver con la persecución de semejantes ideales, irrealizables por ahora (p. 68-69/52-53). Sería mejor atenerse al análisis realista que nos presentaba Aristóteles.

Este distingue dos grandes acepciones de acuerdo a las cuales aparece empleado el vocablo “justicia”: un sentido general y un sentido particular. La justicia general encara la conducta de los individuos desde el punto de vista de su conformidad a la ley moral, pero esto en cuanto dicho actuar dice especial referencia a las buenas relaciones de cada uno con los demás. Es una virtud social, apunta al provecho del prójimo y de la colectividad (§ 31). Ahora bien, es verdad que todo régimen político-social se funda en ciertas leyes generales; pero estas, en sí, no constituyen el derecho mismo.

(8) Para el presente numeral (donde serán tenidos en cuenta sobre todo, pero no únicamente, los §§ 27-48) no estableceré discriminación, en su caso, entre pasajes en los que el autor se limita a reproducir afirmaciones de Aristóteles mismo y otros en que los complementa con desarrollos propios, esto es, en donde extrae consecuencias que no están indicadas *expressis verbis* en los textos aristotélicos. Podría plantearse la pregunta, naturalmente, acerca de la medida en que la interpretación de Villey es lo bastante “fidel” a las ideas de su maestro. Pero no entraré en la dilucidación de este punto, que por lo demás no me parece la cuestión más importante a resolver frente a los planteamientos presentados; ya tuve oportunidad de adelantar (*supra* I) que, por el contrario, considero especialmente valioso que Villey no se haya limitado a parafrasear citas de Aristóteles, que no se prive de aportarle su “intervención” personal al debate. De todos modos, para una interpretación algo distinta de la posición de Aristóteles, el lector puede consultar, por ejemplo, las observaciones críticas que, sobre las relaciones entre la concepción de Villey y las fuentes aristotélicas, formula Antonio Hernández Gil, en su *Metodología de la ciencia del derecho*, vol. III, ed. del autor, Madrid, 1973; cf. p. 140-156. Importa, sin embargo, dejar sentadas dos precisiones: a) que el comentario de Hernández Gil no se refiere al trabajo aquí examinado, sino principalmente al *Abregé*; b) y que, además, ese comentario toma en cuenta puntos que Villey no examina con detención en el t. I, sino que se encuentran desarrollados sobre todo en el t. II. Sea como sea, para los efectos de las acotaciones críticas que, por mi parte, efectuaré al final (*infra* V), no es necesario tomar partido frente a las diferencias entre Villey y Hernández Gil sobre el “verdadero” pensamiento de Aristóteles.

Pues el derecho no se identifica simplemente con la justicia general, aunque mantenga relaciones con aspectos de ella. A aquel le corresponde, en cambio, un papel especial propio: el de realizar la justicia particular (§ 32). Y es por este lado precisamente, el de la distinción entre las justicias general y particular, que resaltan las características capaces de definir lo que es específico en la actividad jurídica.

La justicia particular, como virtud, viene a ser una parte especial de la justicia general: aquella constituye una virtud puramente social. En efecto, su finalidad específica no es otra que la realización y conservación del buen reparto de los bienes y de las cargas, en el seno de una colectividad humana. Tarea que, naturalmente, tiene que quedar a cargo de órganos públicos. En última instancia, se trata de una labor que cumplen los jueces (el legislador y la doctrina jurídica les sirven de auxiliares) (§§ 33-34; p. 214/210).

El objeto directo, inmediato, del derecho no es, por tanto, buscar la utilidad, el bienestar, la seguridad, el enriquecimiento, el progreso, etc., de individuos o pueblos. Esas son finalidades que corresponden más bien a otras "artes", como ser la política o la economía (p. 80/65, 196/190, 197-198/192, 214/209-210). No hay que confundir el papel del juez —reparto imparcial— con el del abogado que defiende intereses particulares o el del tribuno, ni tampoco con el del moralista (p. 178-179/171). El derecho, según la descripción que Aristóteles efectúa de lo que verdaderamente se propone el jurista, está limitado a la función de atribuir (reparto) lo suyo a cada uno: *suum cuique tribuere*. El Digesto define al derecho —*ius*— como lo "justo", *id quod iustum est*. No se trata, por lo demás, de un reparto de cualquier clase de cosas, sino de bienes y cargas externos; el derecho no se refiere al mundo del "ser", sino al del "tener", no se aplica a bienes "espirituales". Y ello se ejerce en el marco de un grupo social, de una comunidad política organizada, esto es, con jueces apoyados por la fuerza pública, etc. (§§ 35-37 y 124; p. 162/154, 178-179/171). Para otras formas de vida en común —la familia, ciertas comunidades privadas, grupos de amigos, etc.— no existe "derecho" propiamente, pues no implican un verdadero reparto de bienes, allí no se trata (en lo fundamen-

tal) de "atribuir a cada uno lo suyo". Tampoco, por esa misma razón, el derecho resulta aplicable a las relaciones internacionales, pues a estas, dado que carecen de una organización política suficiente, solo se refieren unas reglas de moralidad (§§ 45-47) (9).

* * *

Sobre la base de la definición dada, la diferencia entre derecho y moral —o, de un modo más general todavía, entre derecho y reglas (leyes) de conducta— resulta clara. La moral es una virtud subjetiva del individuo; o bien, sirve para prescribirle conductas, con o sin sanción. El derecho, en cambio, no tiene por objeto el ejercer vigilancia sobre la virtud de los individuos, ni reglar su conducta. El se encarga ante todo de definir —"decir", en indicativo y no en imperativo— la parte de bienes, impuestos, penas, etc. que a cada uno le cabe (§§ 40, 54, 123 in limine; p. 140/130). De ahí, que el Derecho romano no haya sido un sistema de normas enseñadas autoritativamente, la *jurisdictio* no consistía en prescribir (modo imperativo) la observancia de reglas de conducta. La ciencia del Derecho romano clásico consistía en un estudio de realidades, el arte de descubrir relaciones justas en el seno del organismo social. La palabra *ius*, "derecho" en sentido estricto, no designa allí un conjunto de leyes (aunque cierta especie de leyes puedan constituir una de las fuentes del derecho), sino una realidad justa, una "cosa" (p. 108/97, 139/129). Y tampoco se trata, por supuesto, de cuestiones de "caridad"; aunque esto no significa negar que también puedan llegar a darse casos en donde el derecho merezca eventualmente ser sacrificado a fines morales superiores, como dice Santo Tomás (p. 141-142/131-132).

La tarea propia del jurista es, en efecto, la indagación del derecho, es decir, de la justicia (particular) como "cosa" objetiva: *dikaion*, un "justo medio" entre elementos de la realidad externa. Cosa que, como conviene hacer ver, no es lo mismo que el *dikaïos*, el hombre justo, aquel que posee subjetivamente —en su fuero interno, en su propia alma— la virtud de justicia (§§ 38-39). De esa manera, para los romanos, el *ius* no consiste en normas localizadas en el pensamiento o en las palabras

(9) Para un estudio muy completo del análisis que Aristóteles efectuó sobre el concepto de la justicia, se puede consultar además la excelente monografía de Eduardo García Máynez sobre ese tema: *Doctrina aristotélica de la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1973, 297 p. (Efectué una reseña de dicho libro en el No. 11 de la Revista Judicial, p. 82-83).

de los hombres; sino que se trata de cosas naturales (matrimonio, filiación, etc.), o de instituciones sociales (límites de los campos, formas comerciales, etc.), o de aspectos que son descubiertos en el caso mismo sometido a discusión (p. 107/96). El derecho, el objeto de la actividad del jurista, consiste en un reparto de "cosas exteriores", materiales, como señala Santo Tomás (p. 138/127), se trata de relaciones supraindividuales (p. 226/222). Sin embargo, la justicia no constituye un ser acabado, algo que se nos presente como enteramente "dado", sino que es más bien el objeto de un esfuerzo, una tensión, una "tarea" (Aufgabe) por realizar (p. 215/211). Tarea que, en razón de su misma especialidad, tiene que quedar en manos de expertos, esto es, encomendada a juristas; la justicia particular escapa, pues, a la competencia de los particulares (p. 137/127).

Quiere decir que el derecho, la justicia particular, es una relación social. Consiste en una "proporción" (buena) entre las cosas repartidas y las personas, es una especie de "igualdad". Ahí nos encontramos con la conocida distinción que Aristóteles formulara entre dos tipos de justicia particular. (i) La igualdad proporcional —o sea, igualdad... ldesigual!— en materia de repartos: justicia distributiva, *suum cuique tribuere*. (ii) La igualdad aritmética, en materia de intercambios (contratos y delitos): justicia conmutativa o correctiva. Pero en la práctica, salvo casos excepcionales, toda concreta situación jurídica implica más bien una combinación de distribución y conmutación. Y como, por lo demás, habrá que tomar en cuenta las cualidades que presentan las personas, bienes y cargas que entran en la relación, ninguna sentencia podrá ser formulada en términos propiamente matemáticos (§ § 41-44). En definitiva, importa retener que la labor del juez consiste en investigar la mejor proporción entre personas y cosas. Por consiguiente, de ninguna manera su objetivo es la persecución de una igualdad propiamente dicha. Al contrario, toda civilización reposa sobre la desigualdad, las diferencias, una división en cuanto a las tareas y los modos de vida (p. 214/210).

IV

La filosofía del derecho delineada por Aristóteles tuvo considerable influencia en la creación de la ciencia jurídica, obra de los romanos. En el Derecho civil romano, de la época clásica, en-

contramos la aplicación más fiel y fecunda de aquella filosofía (§ § 50-52). Pero su suerte estará luego llamada a declinar. Otras concepciones sobre la finalidad del Derecho aparecen en el decurso de la Historia. La influencia de esos otros puntos de vista repercutirá de modo muy negativo sobre la actividad jurídica, en la opinión de Villey, por cuanto solo servirán para enturbiar los claros planteos aristotélicos, salvo en lo que aporta Santo Tomás. En efecto, aquel había dejado una doctrina suficientemente completa para definir el concepto del derecho, la estructura de la ciencia jurídica y su esfera de aplicación (p. 99/87). Las otras concepciones, en cambio, son de bases "vulnerables", emanan todas de autores que carecen de una verdadera experiencia acerca del fenómeno judicial (p. 113/103).

La confrontación que nuestro autor encara a renglón seguido —Segunda Sección— entre los resultados obtenidos en su examen de la posición de Aristóteles y lo que ofrecen otras posiciones, nos permitirá ver más en concreto las consecuencias prácticas que se siguen de la aceptación de aquellas o estas bases filosóficas. Pues el tipo de finalidad asignado al derecho, no podrá menos que repercutir sobre la práctica jurídica. Repercusiones que, según Villey, serán en general de signo desfavorable, al haberse producido dicho apartamiento con respecto a la noción aristotélica de la justicia particular. Esas otras concepciones responden, respectivamente, a tres grandes clases de fines que han venido siendo propuestos para el derecho: la buena conducta, el servicio de los hombres, el servicio de la sociedad.

* * *

La buena conducta. Ya en la época del Imperio romano, la ley moral estoica y luego la influencia también de la ley judeo-cristiana sustituyen o al menos se mezclan al derecho civil (clásico) de las ciudades. Se abre entonces paso para una pluralidad de concepciones sobre la justicia y el derecho (§ 53). Esta anexión del derecho a la moral, cuando el primero aparece encarado como simple prolongación de la segunda, entendiendo que la actividad del jurista tiene por finalidad el promover la "buena conducta" de los individuos, es un punto de vista que se halla representado de manera típica por la noción judeo-cristiana de la justicia.

La Biblia trae una idea legalista y moralizante de lo que es la justicia, perspectiva que no tiene na-

da que ver con el derecho propiamente dicho. Lo que la Torah contiene no es un derecho, sino un conjunto de reglas de conducta. Y tampoco en los Evangelios se trata de derecho: "¿Quién me ha constituido juez o partidador entre vosotros?", dice Jesús (Lucas, XII.14) (§ § 54-56). De esa confusión, producto de nuestra cultura sacral, derivará la absorción del derecho en la ley, la identificación del primero con la segunda (p. 131/120). Es cierto que Santo Tomás, reafirmando y completando el legado aristotélico, tratará todavía, contra el "clericalismo", de poner cada cosa en su lugar. También para él, la "materia" del arte jurídico consiste en el reparto de las cosas materiales externas, actividad que importa no confundir con el respeto de la ley moral natural (§ § 61-65). Sin embargo, en definitiva su voz no será escuchada.

* * *

El servicio de los hombres. Tal finalidad, la de servir al "bienestar" de los demás, se difunde porque en la filosofía general pasó a prevalecer el individualismo (p. 144/135). La génesis de este se localiza en tres fuentes: cristianismo, humanismo, nominalismo (§ § 67-74). Ello lleva a desembocar en enfoques para los cuales el derecho tiene por fin la realización del provecho particular de cada individuo, como si cada uno se encontrara egoístamente aislado de los demás hombres (p. 158/150).

El sistema filosófico de Hobbes será la piedra angular de dicha clase de concepciones, esencialmente nominalistas, fundadas en la noción de "derecho subjetivo" (§ § 77-82). Se irá afirmando, por medio de diversos autores de la Escuela del Derecho Natural moderno, un nuevo tipo de distinción entre derecho y moral: mientras que esta última se entenderá como encargada sobre todo de dictar deberes, del derecho conferirá potestades de actuar (libertades) (§ 81). Y la ley —ahora de origen humano, etática: derecho objetivo— tendrá solo la función de un "instrumento", un auxiliar al servicio de los derechos subjetivos. El derecho aparece definido, entonces, como un sistema de derechos subjetivos provisto de dichos instrumentos, las leyes, destinadas a definir, medir limitar y garantizar esos poderes de los individuos. Frente a esta exaltación de la libertad individual, todo está llamado a ceder, incluso la ley moral, que queda ahora abandonada a la "conciencia", al sentimiento de cada uno. . . (§ 82).

Vendrán, así, los llamados "derechos huma-

nos". Catálogos que se ensanchan, a partir de Locke, desde las Declaraciones de los Estados Unidos anglo-americanos y de la Revolución francesa hasta los de nuestros días (§ § 83-85). Por el otro lado, nos encontramos con el "utilitarismo jurídico", corriente a la que pone alas Benthan (con base en un punto de vista positivista que lo lleva a rechazar, por "ficticias", las teorías sobre los "derechos naturales del hombre") (§ 86).

Todas estas concepciones —que fueran ya criticadas por Burke y por Marx— se muestran no solo reñidas con la realidad: derechos humanos irrealizables y hasta contradictorios entre sí, igualitarismos utópicos, ilusión de poder incrementar al infinito la riqueza de unos y también la de los otros. Por añadidura, ellos escamotean lo que constituye la finalidad esencial del derecho, la realización de la justicia particular. Y es esta, al fin de cuentas, la única "justicia" viable, la única capaz de servirle en la realidad al individuo, aquella que le asegura su parte propia en forma relativamente fija. Reparto desigual, es cierto, ya que los hombres son desiguales —una realidad que se impone, querrámoslo o no—. Pero reparto realizado en la proporción que corresponde a la situación social real, no una igualdad utópica que promete (falazmente) la satisfacción infinita de los deseos de todos por igual (§ § 88-92). Además, la proclamación de semejantes "derechos" acarrea, a la postre, el desencadenamiento de la violencia: huelgas, guerras, etc., para imponer esas aspiraciones, cuya satisfacción es exigida por estos o aquellos grupos de individuos o pueblos (p. 212/208).

* * *

El servicio de la sociedad. Acabamos de aludir a derechos de "pueblos". Eso nos traslada al terreno de otro tipo de finalidades, muy en boga. También allí se trata del derecho considerado como un "instrumento", pero esta vez subordinado a aquello que importa para la "sociedad" tomada como un conjunto. Por tal camino, el individualismo queda atrás. Aparecen corrientes como la del organicismo romántico de la Restauración (Bonald, De Maistre), en el cual abreviarán tendencias del pensamiento aún vigentes: nacionalismo, corporativismo, etc. Hegel, Marx y Comte propondrán la humanidad como ídolo colectivo, culto del progreso. Está el sociologismo (Durkheim, Duguit, Hauriou, Santi Romano, etc.) y el ascenso de las ideologías socialistas. "Progreso", "desarrollo",

"igualdad", etc. . . . ¡todo se presta a ser puesto como fin del derecho! (§ § 94-104).

Pero lo cierto es que el colectivismo es no solo injusto porque abandona el punto de vista (imparcial) del juez, para adoptar el del abogado. También lo es porque conduce al sacrificio de los individuos. En efecto: por un lado, ese "todo" puede funcionar, en la práctica, al servicio de oligarquías; pero además, incluso si esto último no se diera, el individuo no tiene por qué ser sacrificado al Todo. La justicia es un arbitraje. Como tal, encara no solo relaciones entre individuos, sino asimismo entre el individuo y el grupo. A ella no le corresponde decidir sumariamente en favor del grupo y contra los individuos, como tampoco pronunciarse siempre en el sentido inverso. En definitiva, el colectivismo perpetúa los errores fundamentales del nominalismo. Solo que, en vez de poner el derecho al servicio de personas físicas, los individuos, lo coloca (análogamente) al servicio de "personas morales": nación, corporación, proletariado, humanidad. . . ¡siempre en perjuicio de la justicia! El socialismo no protege a los hombres sino en la medida en que cada uno de ellos puede ser considerado como elemento de tal o cual grupo: asalariado, agricultor, productor o consumidor, etc. Pero no es posible centrar toda la atención sobre el grupo sin que ello conduzca a sacrificar la libertad individual (§ § 105-108).

* * *

Llegamos así, finalmente, a filosofías contemporáneas donde el derecho aparece ligado a una pluralidad ecléctica y superabundante de finalidades: fines individualistas de tipo variado, intereses del grupo, visiones idealistas de la justicia. Mas esos son fines "extrínsecos" al derecho mismo; corresponden a la moral, a la economía, a la política. Entonces aquel aparece definido simplemente como una técnica apta para servir a lo que sea (§ 108).

Desde la perspectiva del cientismo, por otro lado, asistimos a la exclusión lisa y llana de las causas finales. El examen "científico" se limita al estudio de las causas eficientes, las leyes de causa a efecto, lo cual lleva a entender que el enfoque de los fines no puede ser sino de carácter subjetivo. O sea, que se sustituye el análisis de los fines objetivos, reales, relacionales, por la consideración de ideales subjetivos. La ciencia se desentiende de tales fines, deja que de ellos se encargue la "filoso-

fía"; salvo, por supuesto, en cuanto aquellos puedan ser enfocados también como "hechos", como fenómenos psicológicos que intervienen en calidad de causa eficiente (intenciones efectivamente motivantes) para producir tipos de conducta observables. Triunfa el positivismo científico. Es la "muerte de los fines", estos dejan de ser el objeto central de la ciencia jurídica, el derecho queda reducido a una ciencia de "hechos" (§ § 108-113). Jhering y Heck, Radbruch y Max Weber, Kelsen, estos autores pueden servir como ejemplo para ilustrar los caminos del positivismo jurídico (§ § 114-116).

* * *

La conclusión general a que Villey arriba no puede ser optimista, claro está. Porque el derecho de tipo romano, la forma más acabada del arte jurídico, se halla —nos dice— en vías de desaparecer. Los procesos judiciales de contradicción se hacen cada vez más escasos; la administración y la policía tienden a sustituir a los jueces, y los órganos judiciales mismos se transforman en una especie de administración. Pronto será todo cuestión de computadoras. Ahora entendemos por "derecho", una técnica de control social y la protección de derechos humanos. La justicia no entra en el marco de estas coordenadas (p. 216-217/212-213).

No obstante, hoy más que nunca resulta imprescindible una actividad destinada a que se "dé a cada uno lo suyo". Pero para ello, nada más necesario que volver al lenguaje clásico, único capaz de brindarnos una visión clara del arte jurídico. Si la palabra "justicia" resulta confiscada para otros usos, nos quedamos sin ningún término para indicar esa tarea de distribuir "a cada uno su parte". Al degenerar el empleo de ese signo lingüístico, "justicia", se pierde también la noción específica que él mentaba. Ahí podemos ver, otra vez, la importancia de la filosofía: rebelándose contra usos lingüísticos perjudiciales y contra opiniones dominantes erróneas, ella es capaz de ayudarnos, también en materia de derecho, a enderezar el camino (§ § 125-130).

V

Creo que los desarrollos de Villey sobre la esencia del derecho —la naturaleza del arte jurídico, la manera de tomar y también las maneras de errar ese camino— apuntan a una conclusión que yo me atrevería a resumir, para ser más gráfico que

elegante, en la vieja fórmula: "Izapatero, a tus zapatos!". Consejo que a primera vista parece sencillo, que el jurista se ocupe del derecho. Mas las dificultades residen, como hemos visto, en que no todo el mundo está de acuerdo respecto a qué haya de entenderse por "derecho". Discrepancias que, lejos de constituir inofensivas querellas terminológicas, se traducen en modos muy distintos de concebir — y de llevar a cabo en la práctica! — el papel que el derecho desempeña en las sociedades.

Villey nos propone un tipo determinado de solución a ese respecto. Pero más allá del hecho de que uno esté de acuerdo o no con los enfoques del autor, me parece que a este *Compendio*, tan rico en la presentación (sintética) de encontrados puntos de vista, y tan polémico, nadie podrá negarle dos méritos singulares. Ante todo, el de poner en evidencia, una y otra vez, la importancia que para la actividad del jurista reviste la manera de concebir, conscientemente o no, lo que es el derecho. Y el de mostrar, además, que una conciencia clara sobre esto no puede alcanzarse salvo por la vía de abordar la reflexión filosófica al respecto, es decir, mediante la Filosofía del Derecho, sean cuales fueren las posiciones que finalmente estemos dispuestos a suscribir. Ninguna de estas dos conclusiones es nueva, evidentemente, y Villey menos que nadie estaría dispuesto a pretender que lo son. Mas no conozco ningún otro manual de la materia en donde, como en este, esa dimensión de praxis que puede seguirse de una discusión filosófica sobre la definición del derecho, resulte expuesta de modo tan patente y también con tanta "vida", con tanto "compromiso": con tanta ancla tendida, desde el "cielo" de la conceptualización, al pro y contra de alternativas fundamentales para la tarea de los juristas.

Es cierto que dicha "tarea" no aparece terminada de delinear en el tomo comentado. Allí Villey se conforma con subrayar que la labor del jurista consiste en localizar una "justa proporción" en las "cosas", en las relaciones sociales, mediante lo cual se conseguiría "reconocer" — len indicativo! — la "parte" (exterior) que le corresponde a cada uno. Sin embargo, aun suponiendo que estuvié-

semos de acuerdo con tal definición, queda por determinar la manera de descubrir cuáles serán concretamente esas "proporciones" en el seno de la realidad.

Pero Villey se apresura a advertirnos, desde ya (p. 93-94/80-81), que las definiciones que Aristóteles ofrece de la justicia no prejuzgan en cuanto a una elección de los criterios para la distribución. Esos criterios se vinculan a otro problema, nos remiten a otra dirección de análisis. No se tratará, entonces, simplemente de llegar a definir (como se hizo en este tomo) los tipos de operaciones — distribuciones e intercambios — que hacen a la especificidad del quehacer jurídico, con vistas a delimitarlo frente a otras clases de actividades; sino que habrá que encarar la determinación de las fuentes del derecho, los modos de "invención" de las soluciones jurídicas concretas. Tal cosa no se encuentra examinada aquí, sino en el volumen II del *Précis* (10).

Dejemos pues en suspenso la discusión sobre el asunto de las fuentes y de los métodos para acceder a ellas, con todo lo fundamental que eso es. Pero de ello depende, por ejemplo, si ese "realismo" que Villey invoca, en cuanto a la aceptación de desigualdades, consistirá simplemente en un culto del *fait accompli*; o si, en cambio, dichas desigualdades se justifican por alguna otra razón que por la de hallarse coercitivamente impuestas en un medio social, vale decir, no por la mera realidad de que ellas existan allí. Esto es: ¿hay desigualdades que se justifican y otras que no se justifican, o cualquier desigualdad se justifica por el solo hecho de que en un medio social ella se produce de la manera en que se produce y que un régimen jurídico-positivo la consiente? Además, supuesto que aceptemos la primera respuesta, ¿cómo distinguir las desigualdades que se justifican de las que no se justifican? (En definitiva, Villey se remitirá —t. II— al "arte" de una discusión "razonable" entre los juristas, inspirada en el modelo de la "dialéctica" aristotélica y tal cual esta fue recogida por los juristas romanos, como única vía adecuada para abordar la tarea de "descubrir", en cada caso, la solución "justa": vid *infra*, n. 14).

(10) Sin embargo, en el t. I se nos adelanta desde ya algo al respecto: "¿Qué proporción?, preguntaría. No hay ninguna respuesta filosófica. No la conocemos. (...) Desconozco qué medida de desigualdad, eventualmente de igualdad (una proporción puede ser igual), debe admitirse en una participación entre patronos y obreros, hombres y mujeres, niños y adultos. Eso depende, en cada momento y en cada lugar, de circunstancias que los juristas deberán conocer. Pues no es al filósofo sino al jurista al que compete decidir las soluciones de Derecho. (...) Intentaremos descubrir más tarde, a falta de soluciones completas, al menos un método que permita acercarnos a la solución de Derecho" (p. 214-215/210-211). "Debemos reconocer al Derecho otras fuentes que las legislativas, pero fuentes objetivas, accesibles a todos. Considero que sería una gran ventaja la instauración de la antigua noción jurídica del Derecho natural, generalmente mal comprendida debido a la deformación y falsificación de los moralistas y sociólogos desde comienzos de los tiempos modernos" (p. 225/221). Vid también *infra*, n. 14.

De todos modos, creo que la posición de nuestro autor puede desde ya ser objeto de algunas observaciones, aun si no vamos más allá del volumen I. Me limitaré a efectuar dos o tres acotaciones, pues una discusión más detallada no cabe en el marco de esta nota. Quiero dejar indicadas, aunque sea aforísticamente, ciertas líneas de reflexión que sirven desde ya para esbozar por dónde podría intentarse una crítica de la tesis central desarrollada en el tomo comentado: lo concerniente a la definición del derecho en términos de "justicia particular" (aristotélica) (11).

* * *

Tengo la impresión de que la definición propuesta no resulta, por lo pronto, todo lo "realista" que sería de desear. En todo caso, no me parece serlo con vistas al derecho actual. Es cierto que, como dice Villey, la misión de la filosofía no tiene por qué ser de mero carácter reproductivo, pasiva; también le cabe una dimensión "crítica". Pero la crítica, en la medida en que quiera servir asimismo para encaminar la práctica (y estoy convencido de que es esa la intención de Villey), tiene que hallarse orientada hacia caminos viables en función de las condiciones reales dadas. Tratar de "corregir", sí, pero corregir lo que en verdad es corregible. En cambio, el empeño de nuestro autor por deslindar el derecho frente a esas "otras finalidades", que él considera extrajurídicas, "extrínsecas", no me parece que tenga probabilidades de alcanzar una realización en nuestras civilizaciones (12).

Dejaré de lado la cuestión —punto que tal vez sea el más importante— de examinar si será bueno que el derecho sea presentado de esa manera justamente, es decir, cual si en realidad él pudiera darse en términos de asepsia político-ideológica, como lo presupone Villey (al menos para el derecho romano). La experiencia histórica parece abonar más bien lo contrario, y ello no solo con referencia al derecho moderno (13). De cualquier manera, creo que el centro de la discusión apunta, en última instancia, a la conveniencia de efectuar cierta división

del trabajo: que el jurista se ocupe o no, de tal o cual cosa. Pero lo cierto es que esto se dilucida siempre en función de ideales históricamente dados y de las características socio-económicas concretas del medio en cuestión. Dos coordenadas que son no poco cambiantes, difíciles de conciliar con una definición de tipo esencialista, "universal", sobre la misión del "derecho" (...a menos que se trate de una mera definición nominal, de aplicación analítica).

Por otro lado, tampoco estoy convencido de que una concepción del derecho ajustada estricta y simplemente a la definición aristotélica de la justicia particular, se halle en contradicción forzosa con las "otras finalidades". La justicia "particular" es una noción de tipo esencialmente formal (recuérdese, no contiene "criterios"...). Por tanto, no veo ninguna dificultad para que ella, si nos atenemos a la definición dada, sea apta para tolerar los contenidos más variados, según cualesquiera clases de valores que aparezcan planteados como finalidades jurídicas, de acuerdo a la ideología a que se afilien los operadores de ese "arte"-derecho.

Dicho carácter formal no se halla superado por el hecho de que tal justicia se entienda referida a "cosas" exteriores, a relaciones "objetivamente justas", a "proporciones" en el seno de la realidad social. Para que todo eso constituyera algo más que una referencia meramente formal, habría que indicar, precisamente, los criterios que permitan "descubrir" cuáles son tales "cosas". Esto es, cómo distinguirlas de ciertas otras "cosas": de las relaciones "injustas", las "proporciones" inadecuadas. Pero entre los juristas mismos, por no hablar de los profanos, con frecuencia se dan discrepancias insalvables acerca de si es una o más bien otra la solución "justa". Ello pone de manifiesto que ahí se trata de "cosas" bastante menos evidentes que las enfocadas en otras disciplinas; la "objetividad" de aquellas no puede afirmarse sin más, resulta dudosa antes del proceso judicial y sigue siendo discutible después, en muchos casos. La fórmula del *suum cuique tribuere* deja en blanco lo principal: el "a quién" y el "qué" del *tribuere*. Una no-

(11) Vid supra, n. 8.

(12) En realidad, a Villey no se le ha escapado que su posición pueda ser objeto de observaciones análogas a las que acabo de formular: cf. t. II, §§ 249 y esp. 250. He aquí su respuesta, las palabras con que cierra el manual: "Sí. Cuando nos abstenemos de cultivar la filosofía y la historia antigua, todas las probabilidades para ellas son de que resulten ineficaces. ¿Pero y si, solamente, las Facultades les otorgaran un lugar, en vez de excluirlas, y de librarse en cuerpo y en bienes a la investigación 'científica'? Mi querido colega, ¿qué pasaría si usted comenzara por incluir, en su catálogo de los 'derechos humanos', el derecho del estudiante a la reflexión?" (p. 254).

(13) Cf., por todos, el libro de Mario Sbriccoli sobre *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1969, 493 p.

ción tal de "justicia", que nada preestablece acerca de cuáles son las "cosas" justas y cuáles las injustas, no me parece que, en la práctica, pueda tener ninguna clase de efectos decisivos para promover ni tampoco para impedir unas u otras clases de soluciones jurídicas específicas. Por tanto, la aceptación o el rechazo de la mayoría de aquellos fines que nuestro autor considera extrajurídicos, no es algo que pueda ser inferido de la idea de justicia en sí misma. Ese rechazo tiene que derivar de otro lado: de una postulación —presupuesta ya— en el sentido de que son aceptables únicamente tales o cuales fuentes concretas, y no otras.

Quiere decir, pues, que la verdadera base de las críticas a que Villey somete las "Otras concepciones de la finalidad del derecho" (Sec. II), no reside tanto en el fundamento —la idea de justicia particular— expuesto en el presente tomo, sino que ello habría que discutirlo sobre todo a la luz de lo que explica en el tomo II: métodos y fuentes (14). Me atrevo a adelantar, sin embargo, que no creo que esa discusión, sean cuales fueren las conclusiones que se defiendan, pueda tener lugar sin referirse de modo fundamental a tomas de posición en materia de ideas político-sociales. Es más: creo que la actitud, sea positiva o negativa, que se adopte frente a los fines objetados en el tomo que estamos comentando, no puede menos que implicar, desde ya, tales tomas de posición respecto al papel del derecho. La "neutralidad" del jurista constituye no solo una ficción, sino que tiene, ella también, un claro sentido político-instrumental: constituye un factor que legitima la intervención de los operadores del derecho en defensa del *status quo*, le brinda mayor "credibilidad" (15).

* * *

Yo diría que la idea de "justicia particular" puede ser útil como parte (formal) de una definición del derecho, pero quedando siempre sujeta a verificación y a complementación con vistas al medio social de que se trate. Creo, por eso, que la de-

finición del derecho con base en aquella idea conduce, en rigor, menos lejos de lo que Villey señala. No es la noción de justicia particular, sino las condiciones fácticas y los ideales dados en una colectividad, lo realmente llamado a determinar el papel del derecho en cada enclave histórico. Y así es que, paradójicamente, la objeción sobre "viabilidad" que formulé antes, resulta, si bien se mira, más justificada si se acepta el punto de vista del propio Villey que si se parte del mío. Porque solo aceptando —cosa que yo he puesto en duda— que la idea misma de justicia particular sirve para establecer un marco diferencial neto en materia de fines jurídicos, cabría la crítica que adelanté; esto es, que dicha definición peca de insuficiente realismo, cuando pretende establecer, de una vez por todas, determinada división entre finalidades "jurídicas" y finalidades "extrínsecas". Una de dos, pues: o bien, como creo, la justicia particular aristotélica constituye una categoría puramente formal, en cuyo caso nada prejuzga a favor ni en contra de ninguno de los fines que le han ido siendo adjudicados al derecho; o bien, como parece presuponerlo Villey, el concepto de dicha justicia excluye desde ya que sea aplicada a determinados fines, entre ellos muchos de aquellos que en la actualidad se entiende que corresponden al campo de lo jurídico, en cuyo caso esa definición nominal del "derecho" resulta demasiado unilateral, es poco "realista".

Sea como sea, acaso la raíz de mis discrepancias con Villey se halle centrada en lo siguiente. No creo que la filosofía, al menos las ramas de ella que se ocupan del hombre en su dimensión social, esté llamada a ser una disciplina tendida, en lo fundamental, hacia la búsqueda de conocimientos "universales". A diferencia de lo que entiende nuestro autor (cf. p. 52/37), pienso que, en ese terreno, no se trata de perseguir el descubrimiento de verdades "estables", esencias definitivas, ahistóricas. Más atinado me parece el conocido dictamen de Hegel: "Su propia época, captada en pensamientos, eso es la filosofía" (Filosofía del Derecho, Prefacio).

(14) En dicho tomo, Villey subraya que el derecho no es una "ciencia" (cf., p. ej., p. 49 y § 153), sino un "arte" (p. 53), una "lógica de la invención" (§ 152). Pues su método es, como en la filosofía antigua y medieval (§ 160), la "dialéctica" de tipo aristotélico (§§ 157 y 159), la cual consiste en un "diálogo" (§ 160) mediante el cual los participantes persiguen colectivamente —sometiéndose, para ello, a un procedimiento reglamentado (§§ 163-168)— la aproximación (siempre inacabada) a una verdad ("razonable") acerca del punto que se discute (§ 159). Dicho método será aplicado para descubrir esas "verdades" en determinadas fuentes. Para el jurista, tales "fuentes" son "los principios originarios, transpositivos, de donde surge el derecho" (p. 86), el lugar "de donde surgen a la vez las sentencias y los textos legislativos... lo que está más allá del derecho positivo" (p. 123). Y es eso precisamente lo que constituye el "derecho natural", tomando aquí la palabra "naturaleza" en su sentido antiguo; es decir, un concepto integral de lo que es la naturaleza, según el cual ella comprende también fines, valores, coincidencia entre "ser" y "deber ser" (*bonum est in re*) (§§ 199-200) —noción aplicable asimismo al descubrimiento de las "relaciones justas" (derecho natural) existentes en el seno de una colectividad (p. 145 y §§ 204 ss.)—.

(15) Cf. el estudio de Sbriccoli indicado en la n. 13.

Por lo demás, toda definición del "derecho", así como el determinar qué fines son "jurídicos" y cuáles no, se revela como una cosa que es de lo más relativa, si tenemos en cuenta lo polisémico que es dicho término. Dada esa ambigüedad, se puede definir "derecho" en una u otra forma. Por ejemplo, hacerlo (o no) de la manera que postula Villey, esto es, descartando a priori ciertos contenidos para el significado que se le adjudique a dicho término. En este caso, lo que se hace no es otra cosa que privilegiar una de las definiciones nominales de esa palabra. Se trata, pues, de una mera fijación semántica; fijación que no es ni más ni menos legítima y "realista" que tantas otras convenciones lingüísticas que se ponen de manifiesto en el uso del vocablo "derecho". No existe una "esencia" del derecho, salvo si con ello (sentido "universal") queremos decir que vamos a mencionar en particular, llamándolo de ese modo, alguno de sus muchos significados posibles; esto es, si resolvemos —[convencionalmente]— imputar dicha palabra a uno de sus sentidos y a otros no (16). Ontologizar este asunto, no creo que ayude a ver más claro.

Una definición del derecho —el derecho tal y cual se presenta en nuestras sociedades, o el derecho que nosotros estamos en condiciones reales de ayudar a establecer— puede reivindicar, por cierto, un lugar en la conciencia filosófica de nuestra época, como vislumbraba Hegel. De lo que ha de tratarse, entonces, es de conocer ese derecho en su ser actual, pero también de atisbar, a partir del presente mismo, las encrucijadas (contradictorias) abiertas a su devenir. Las ideas de Aristóteles, como las de otros grandes pensadores de tiempos pasados, pueden aportarnos todavía, es cierto, valiosos elementos de juicio, que mucho importa tener en

cuenta a la hora de emprender esa tarea. Y en tal sentido, la diáfana exposición de Villey contribuye a enriquecer con sugestivos puntos de vista, propios y ajenos, la discusión —[actual]— sobre el tema. Una discusión en la cual, eso sí, pienso que ha sido agregada y queda por agregar no poca cosa a las bases que intuyera (genialmente) Aristóteles.

Pero que sea aconsejable ir bastante más allá de lo que nos legara El Estagirita, no quita que siga siendo indispensable pasar primero por allí, por lo que dijo Aristóteles y también por lo que dicen sus mejores discípulos. No existe otro modo: para llegar a superar el planteamiento de un gran filósofo, hay que empezar por conocerlo.

De ahí que este Compendio de Villey, por la claridad y la brillantez de su técnica expositiva, por el hecho de representar una orientación tan propia como importante en el campo de la filosofía jurídica actual, por la multilateralidad de posiciones que trae a la palestra y también por la coherencia de la argumentación con que las enfrenta; en fin, por brindarnos un panorama no menos rico que polémico de las concepciones sobre lo que es el derecho, no podrá menos que ser muy tenido en cuenta por quien quiera estar al tanto de las posiciones principales en lo que atañe a los fundamentos del pensamiento jurídico. Habrá que discutirlo. Y aun cuando, por mi parte, no estoy ni mucho ni poco de acuerdo con las tesis centrales de mi querido maestro francés, no puedo menos que recomendar con todo entusiasmo, para alentar el fuego de esa discusión, la lectura de sus puntos de vista. Lástima que, para escuchar las "campanas" de enfrente, no será fácil dar con otro manual-alegato tan estupendamente redactado.

(16) Ante estas observaciones, Villey diría probablemente que son el resultado (mejor dicho, la víctima) de un enfoque "nominalista". . . : cf. §§ 71-74.

MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA

*Dr. Ubaldino Calvento Solari.
Encargado de Estudios Jurídicos y Sociales
Instituto Interamericano del Niño (O.E.A.).*

I) INTRODUCCION:

1. Cabría preguntarse por qué en nuestros cursos o seminarios, que preferentemente tienen por objetivo abordar los aspectos de la amplia temática del menor que se encuentra en situación irregular, dedicamos un tema al estudio del Derecho de Familia y más concretamente, a las modernas tendencias del Derecho de Familia.

2. Debe tenerse presente que tan importante es el estudio del menor que se encuentra en situación irregular y que posee familia, como el de aquel que carece de familia. En ambas hipótesis el menor es una figura relevante y de interés prioritario. Los Estados deben desarrollar una política tendiente al fortalecimiento de la familia, porque sólo a través de ella será posible lograr la más eficiente y correcta protección del individuo y principalmente como medio para prevenir situaciones de conflicto familiar y social. Pero tampoco debemos ignorar la situación corriente del menor abandonado, en peligro o infractor, que carece de familia. En estos casos el interés inmediato y la actividad del Estado debe centrarse en la protección del menor como sujeto prevalente de derechos, independientemente de los planes a cumplir a nivel familiar.

3. La consideración del tema familia desde una perspectiva sociológica y normativa presenta en nuestro campo una doble importancia y de ahí que incluyamos su estudio.

4. En primer lugar, la familia tiene importancia cuando estudiamos los factores que determinan la conducta antisocial de los adolescentes y jóvenes. Hoy se encuentran superadas aquellas concepciones que intentaban explicar la conducta desviada por la herencia. Las experiencias efectuadas por Bowlby y los esposos Glueck son bien conocidas y pusieron de manifiesto que la anormalidad de la relación materno-filial en los primeros años de vida del niño, ya sea en los casos de privación maternal absoluta, como cuando la actitud de la madre hacia el niño es desfavorable, encuentran entre las primeras de las diferentes causas que dan origen a perturbaciones mentales en el niño e incluso determinan el desarrollo de una personalidad delincuente.

Por consiguiente, y con respecto a los menores, destácase en el marco socio-cultural predisponente hacia la antisocialidad, por su excepcional importancia: la familia. Esta constituye el medio ambiente en que el ser humano se va tornando apto para la vida en sociedad; donde el niño debe aprender las normas y valores de la sociedad en que vive; y la cual juega un rol determinante en el desarrollo de su personalidad, de sus aptitudes y comportamiento.

Es en el escenario restringido del hogar donde corresponde aprender a respetar los derechos y propiedades de los otros y se forme el sentimiento de cooperación y mutua ayuda.

5. En segundo lugar, la institución familia reviste particular importancia en el área del trata-

miento de los menores con problemas de conducta, como asimismo frente al menor abandonado.

Modernamente los autores se preguntan qué beneficios han reportado para los delincuentes adultos los sistemas basados en la privación de la libertad. Las orientaciones actuales del derecho penitenciario tienden a la utilización del medio abierto en la readaptación social de los delincuentes. El sistema progresivo es un ejemplo de esta tendencia.

Si estas transformaciones se vienen operando en el terreno de los adultos, con mucha mayor razón debe suceder lo mismo tratándose de adolescentes y jóvenes.

El instituto de la libertad vigilada para menores de edad, encarado como sistema de tratamiento y opuesto al tratamiento institucional, trata de obtener la rehabilitación del menor sin segregarlo del medio familiar y social, utilizando los beneficios insustituibles que el hábitat natural ofrece al hombre para su crecimiento y desarrollo.

6. De la misma forma, frente al menor abandonado, corresponde también poner en funcionamiento los distintos mecanismos posibles para integrarlo a un hogar estable: adopción, colocación familiar, etc., institutos que suponen la utilización de la familia como marco para la adecuada socialización del niño.

II) FUNCION DE LA FAMILIA.

1. Algunos antropólogos, como Margaret Mead, se preguntan si la familia ha de sobrevivir. Una serie de acontecimientos como la rebeldía estudiantil, jóvenes que adoptan formas de vida comunitaria, parejas que viven juntas sin estar casadas, ponen en entredicho el significado mismo y la estructura de la unidad de la familia en la forma como nuestra sociedad la ha conocido. Algunos datos que proporcionan las estadísticas sobre divorcio parecen confirmar esta preocupación. Es sin duda alarmante el aumento cada día mayor del número de divorcios en todos los países al extremo de que hay quienes llegan a decir que actualmente constituye excepción el matrimonio permanente y de por vida.

Preguntarse si la familia ha de sobrevivir, es como preguntarse si el hombre o la sociedad han de sobrevivir. No cabe duda que la familia seguirá existiendo. La cuestión radica en si podrá sobrevivir con éxito en su forma actual, para lo cual

parece de toda evidencia que necesita del apoyo del Estado.

2. A través de la historia puede apreciarse que la familia ha sufrido muchos embates, a pesar de los cuales la institución ha salido fortalecida. Si examinamos la evolución de la legislación de los países socialistas, comprobamos que en una primera época y por razones ideológicas, se trató de debilitar la posición de la familia, por considerársela un obstáculo en las relaciones del individuo con el Estado. Sin embargo, la reacción no se hizo esperar. La propia U.R.S.S., que en un primer momento sancionó el divorcio con la máxima amplitud a través del Código de la Familia de 1918, dictó posteriormente en 1944 una legislación restrictiva del mismo, llegando a castigar con una especie de multa civil al esposo que deseaba obtener el divorcio. El abandono de la teoría de la libre disolubilidad del matrimonio indica, en éste como en otros campos, la vuelta al reconocimiento de una institución social y legal indispensable en toda sociedad ordenada. Algo análogo sucedió en materia de investigación de paternidad, la cual se ha visto limitada, en defensa de la familia basada en el matrimonio.

III) TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA. FACTORES.

1. El Derecho de Familia constituye una de las ramas del Derecho que en los últimos tiempos ha sufrido mayores transformaciones, algunas muy profundas y hasta espectaculares. Las innovaciones operadas en el campo económico, social, moral y aún político han tenido gran influencia en sus modernos desarrollos.

La familia del Consulado era un grupo autoritario, profundamente influido por el recuerdo de la familia patriarcal romana y sometida a la autoridad absoluta e indiscutible del jefe de familia. La patria potestad y la potestad marital, pilares fundamentales de ese derecho, le aseguraban una completa hegemonía. La evolución legislativa iniciada ya en el siglo XIX y completada en nuestro siglo, ha tendido a restringir esta doble autoridad.

2. Las transformaciones operadas en el ámbito del Derecho de Familia han obedecido a una serie de factores, destacándose como más importantes los siguientes:

A) Consagración de los derechos individuales y sociales. La mayoría de las constituciones de los países hoy incluyen principios relativos al orden individual y social. Principalmente, a partir de la Constitución de México de 1917, los países americanos empezaron a incorporar a sus textos constitucionales los llamados "derechos sociales", como son los relativos a la protección del niño y la familia, normas sobre salud, educación, seguridad social, matrimonio, unión de hecho, filiación, paternidad, etc. Esta corriente impregnada de una filosofía individual y social destaca la libertad del individuo frente a la indisolubilidad del estado civil matrimonial. También destaca una mayor liberalización en la posición jurídica y social de la mujer que es una de las principales protagonistas del Derecho de Familia.

B) Los progresos tecnológicos y científicos que han transformado la estructura social, económica y jurídica de la sociedad, y el Derecho no ha quedado ajeno a esos cambios.

C) Los progresos de la Medicina, que hacen posible el control de la natalidad, la inseminación artificial y más modernamente la fecundación fuera del útero.

Aún cuando se conocen desde antiguo, procedimientos para controlar la natalidad, sólo en años recientes es que se han convertido en medios practicables para controlar la procreación de hijos. En el mundo occidental, las técnicas de control de la natalidad se encuentran muy extendidas, aceptándose ampliamente la filosofía de la planificación familiar, aún cuando existen discrepancias acerca de los medios para hacerla efectiva.

La legislación de familia no ha quedado ajena a estos progresos y con relación a la inseminación artificial ha incorporado disposiciones, como sucede en el moderno Código de la Familia de Costa Rica, cuyo artículo 72 establece: "*La inseminación artificial con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades*".

D) La situación del Estado benefactor moderno, que hace nuevas y crecientes exigencias a la familia, asumiendo paralelamente también muchas obligaciones hacia ella. Las contingencias a que está sujeto el grupo familiar paulatinamente son

cubiertas por la Seguridad Social, lo cual incide en los planteos tradicionales del derecho de familia.

E) Socialización del Derecho de Familia. Las legislaciones americanas bajo la influencia del Código Civil francés y español, habían estructurado la familia en función de la persona de su jefe y del carácter absoluto de las prerrogativas que le eran concedidas. Frente a ese sentido individualista del derecho tradicional, se afirma hoy el carácter social de los derechos. Modernamente la sustitución de la idea de los "derechos poderes" por la de los "derechos funciones" parte de la base de que los derechos y privilegios que informan algunas instituciones de familia, sólo se otorgan en cuanto sirve a su titular para facilitar el ejercicio de las cargas y responsabilidades familiares.

F) Publicización del Derecho de Familia.

1. En una primera época la intervención de la autoridad, del órgano jurisdiccional, en la vida de la familia, se limitaba a casos excepcionales, pues solamente lo hacía en los casos más extremos y para pronunciar la disolución del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos. Sin embargo, hoy las legislaciones prevén una mayor intervención de los magistrados en el ámbito de la familia, ya sea para actuar como árbitros en los conflictos entre marido y mujer, ya sea para mantener el orden familiar.

2. La ley francesa de 1970 sobre autoridad parental bajo el título de la Asistencia Educativa, establece la posibilidad de adoptar medidas judiciales de asistencia educativa, cuando la salud, la seguridad, la moralidad o educación del menor están comprometidas, medidas que pueden ser decretadas de oficio, a solicitud conjunta de los padres o de uno de ellos o del Ministerio Público. Además, el ejercicio conjunto de la patria potestad y de la dirección de la familia —tendencia actual— puede traer aparejadas desinteligenacias entre los cónyuges sobre ciertos aspectos de su gestión y relacionadas a la formación y educación de los hijos o al manejo del hogar. También en estos casos la autoridad judicial es llamada a colaborar y decidir en la solución de los conflictos.

3. Igual tendencia se observa en los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica, regulándose en el primero la intervención del tribunal de familia en los llamados "desacuerdos entre cónyuges".

4. Si bien en el derecho positivo latinoamericano no encontramos una fórmula tan amplia como la preconizada por la legislación francesa, en materia de poderes del magistrado de menores o de familia, las legislaciones prevén en mayor o menor grado, que la autoridad judicial asuma un rol dinámico con relación a los asuntos familiares. El Código del Niño del Uruguay, al enumerar las atribuciones del Juez de Menores, establece en su art. 113 que le corresponde, entre otros cometidos: *"Ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia"*. Esta norma concede al Juez de Menores poderes discrecionales, pudiendo de esta manera apreciar la oportunidad y conveniencia de las medidas proteccionales a adoptar: facultades que de acuerdo a los principios del Derecho Administrativo corresponden en general a los jerarcas de la administración. Desde luego, que discrecionalidad no significa ilegalidad, ya que la actuación siempre deberá ser conforme a las normas.

También el ya citado Código de la Familia de Costa Rica, refiriéndose a la salud del menor, preceptúa en el art. 131: *"Cuando sea necesario una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún, contra el criterio de los padres"*.

5. Otro ejemplo de este creciente intervencionismo de la autoridad en los asuntos de la familia, está dado por el Instituto de Libertad Vigilada para menores de edad. La Libertad Vigilada para menores de edad —Instituto de Derecho de Menores— considerado como sistema de tratamiento en medio abierto, supone en su desarrollo más moderno la intervención de la autoridad en el seno de la familia. El Delegado de Libertad Vigilada, para cumplir cabalmente su función, debe asumir un rol activo en sus funciones, en base a los contactos y a la acción que debe desplegar con relación a los diversos círculos sociales en que transcurre la vida del menor sometido a ese régimen: familia, trabajo, grupo de amistades, escuela, centros culturales y deportivos, etc. El Delegado de Libertad Vigilada, vigila y eventualmente puede dirigir la educación del menor, influyendo sobre el núcleo familiar y demás personas que rodean al menor. Algunos autores como Veillard-Cybulski, han definido a este Delegado como "un educador en

medio abierto". En Francia, país donde se ha trabajado más sobre esta cuestión, el instituto recibe el nombre de "éducation surveillée", estando a cargo de un "éducateur".

IV. DERECHO DE MENORES Y DERECHO DE FAMILIA.

1. Deslindar las ramas del Derecho, circunscribiendo cada disciplina jurídica en su ámbito de acción, no es tarea fácil. A primera vista puede parecer confuso encontrar una zona de delimitación entre el Derecho de Menores y el Derecho de Familia, teniendo en cuenta que ambos en algunos aspectos de sus regulaciones parecen converger sobre las mismas materias.

El menor aparece en la preocupación del legislador en ambos derechos; sin embargo, la incidencia de sus respectivas normas no opera de la misma forma. El aspecto teleológico del Derecho de Familia y del Derecho de Menores, aparece diferente e informado por preocupaciones distintas.

2. En el Derecho de Menores la figura del "menor" aparece como sujeto prevalente de derechos, como motivo y fin de una especial normatividad. En el Derecho de Familia, el menor no ocupa una posición prevalente y su consideración resulta de ser integrante de un grupo, el grupo familiar; su protección se opera a través de la regulación específica de la familia y de los vínculos familiares.

El Derecho de Familia, en forma inmediata, tiene como objeto de estudio, la familia, aún cuando el menor como integrante de la misma no es ajeno a sus objetivos. La familia aparece entonces como una institución de especial protección para el Estado, por considerársela el núcleo primario y fundamental de la sociedad para el pleno desarrollo físico, mental, moral y social del individuo.

El Derecho de Menores, por el contrario, tiene como objeto inmediato al menor, pasando a un plano secundario el aspecto de familia, ya que su filosofía es la de ser eminentemente proteccional del menor, posea o no familia.

3. De esta forma el Derecho de Menores ha sido definido como *"conjunto de disposiciones que tiene por objeto reglar la actividad comunita-*

ria con relación al menor" (1), o "conjunto de normas jurídicas relativas a la definición de la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención" (2).

Por su parte, el Derecho de Familia está representado por las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de la familia, su constitución, desarrollo y extinción.

Como puede apreciarse, los elementos estructurales de ambas definiciones difieren.

4. Casi todas las ramas del Derecho contienen disposiciones que regulan aspectos de la persona o intereses del menor de edad, de ahí que resulta útil efectuar una delimitación del contenido del Derecho de Menores.

Algunos autores critican la existencia del Derecho de Menores como rama independiente aduciendo que "los intereses de los menores no son jurídicamente diferentes de los de la familia". De esta forma los "civilistas" resisten que se estudien dentro de aquella disciplina los principios e instituciones contenidos en el Derecho de Familia y Sucesiones y en la parte general del Derecho Civil; los "comercialistas" lo referente al estatuto del menor comerciante; los "penalistas" todo lo referente a la imputabilidad penal, tratamiento de menores autores de delitos; los especialistas del Derecho de Trabajo, lo referente a trabajo de menores, aprendizaje, etc.

5. El Derecho de Menores se ha ido elaborando paulatinamente y enriqueciendo por una legislación específica y por el aporte doctrinario de numerosos autores. Su objeto, el menor, presenta problemas propios y especiales distintos de los adultos y la necesidad de contar con normas e instituciones específicas que motivan la existencia de una legislación particular.

Por otra parte, existen una serie de principios generales cuyo punto de partida lo constituye la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que han sido desarrollados por las legislaciones y que hoy son susceptibles de una sistematización. Esta sistematización ha cristalizado en numerosos países en la sanción de Códigos o Estatutos de Menores, modalidad no necesaria para que se configure la existencia y autonomía del Derecho de Menores.

Una de las características del actual desarrollo del Derecho de Menores es su tendencia a la codificación, ya que es posible agrupar en un cuerpo orgánico de normas, diversos aspectos de su estructura normativa, sin perjuicio de que dicha disciplina también se integre con leyes especiales. Numerosos países han seguido el sistema de la codificación, aunque no todos con la misma amplitud (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela). Los más recientes Códigos son el de Ecuador, promulgado el 2 de junio de 1976, el de Bolivia de 30 de mayo de 1975 y el de El Salvador de 17 de enero de 1974.

6. Puestos de acuerdo de que el Derecho de Menores representa una coordinación sistemática de normas con relación a un dato central: la protección integral del menor, cabe preguntarse, si el Derecho de Menores se refiere al menor en general sin distinción, o al menor que se encuentra en determinada situación. Los autores divergen en esta cuestión.

A) Tesis Amplia.

1. De acuerdo a una tesis amplia, todos aquellos aspectos de la vida del menor que sean susceptibles de regularse jurídicamente integrarían el contenido del Derecho de Menores, es decir, que basta que de alguna forma esté comprometido el interés del menor para encontrarnos ante materia propia del Derecho de Menores. De esta manera, temas que hoy son estudiados por el Derecho Civil o el Derecho Laboral, pasarían a integrar nuestra disciplina.

2. En tal sentido y teniendo en cuenta el contenido amplio, se ha definido a este derecho como: *"un conjunto de disposiciones que tienen por objeto regular la actividad comunitaria en relación con el menor"*. Conforme con este criterio están prestigiosos autores sudamericanos y las declaraciones del X Congreso Panamericano del Niño (Panamá 1955), de reglamentar todos los asuntos referentes a la protección integral de los menores partiendo desde su concepción biológica hasta su mayoría de edad en los aspectos moral, de salud,

(1) SAJON, Rafael. *Introducción al Derecho de Menores*, Montevideo, 1970.

(2) CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do Menor*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, año 1976.

social, educativo, de trabajo y legal: Por la amplitud de materias que comprende, el Código del Niño del Uruguay está en esta línea jurídica. En tal sentido también se orienta la Ley Tutelar de Nicaragua (1973). Su art. 70 prevé que el Derecho de Menores se integre con las normas que se refieren a menores contenidas en el Derecho Civil, Derecho Comercial y del Trabajo.

B) Tesis Restringida.

1. La posición, restringida identifica al Derecho de Menores con la situación de los menores infractores; sus normas se habrían segregado principalmente del Derecho Penal para constituir un derecho especial, el de los menores infractores, con principios y objetivos diferentes a los imperantes en el ámbito penal.

2. La concepción restringida fue el primer paso del actual desenvolvimiento del Derecho de Menores, ya que la primera preocupación en los albores de esta disciplina fue sacar al menor del Derecho Penal. Esta concepción también corresponde a aquellos autores que hablan de la existencia de un "Derecho Penal de Menores", posición a nuestro juicio equivocada y que encierra en sí mismo una negación de los principios que informan nuestra disciplina. El Derecho Penal, aún cuando se le quiera calificar "de Menores", descansa sobre bases sustancialmente distintas y reñidas con los criterios informadores y filosóficos del Derecho de Menores. La represión, la sanción y el carácter retributivo informan al Derecho Penal, mientras nuestra disciplina es proteccional y tutelar; la tutela y la reeducación sustituyen a la sanción.

3. La concepción restringida parece ser la que informa la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales de México, de 26 de diciembre de 1973 y cuyo art. 2 expresa: *"El Consejo Tutelar interviendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo"*.

Desde luego que la finalidad de la ley es emi-

nentemente proteccional y tuitiva de la persona del menor infractor, organizando todo un procedimiento y arbitrando medidas tendientes a la readaptación social del mismo; pero parece circunscribir su acción al caso del menor infractor.

4. El principal sostenedor de la tesis restringida es Philippe Robert en Francia que ha escrito una obra intitulada "Droit des Mineurs".

C) Tesis Intermedia.

1. De acuerdo con una tesis intermedia, estas posiciones no consultarían la naturaleza y origen del Derecho de Menores. La historia de esta rama del derecho no es más que la historia de las instituciones creadas, para la defensa y protección del menor que había delinquido, o que se encontraba en situación de abandono material o moral, en estado de peligro o víctima de delito, todas hipótesis en las cuales el menor se encuentra en una situación de conflicto. Este punto de vista aparecería corroborado con las tendencias que ofrece el derecho positivo, donde las soluciones legales se reducen a la protección del menor que se encuentra en "situación irregular" (Chile, El Salvador, Venezuela), o que es de "conducta irregular" (Bolivia, Ecuador, Honduras). Dentro de esta tendencia el Derecho de Menores encuentra su objeto y razón de ser en la regulación del menor carenciado, que se encuentra en situación de conflicto con su familia o con la sociedad.

2. Generalmente cuando una disciplina jurídica adquiere independencia dentro del vasto campo del Derecho y con la finalidad de regular aspectos específicos de una materia, siempre surge una nota que califica a su objeto.

Antes de surgir el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma, las relaciones laborales se juzgaban a través del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil. La necesidad creciente de tutelar el trabajo humano, principalmente el prestado en relación de dependencia, hizo surgir al Derecho del Trabajo como rama específica del Derecho. Sin embargo, el objeto del Derecho de Trabajo no lo constituye todo trabajo, sino solamente aquel trabajo que se presta en relación de subordinación. Como vemos el objeto aparece calificado.

3. De igual manera entendemos que con respecto al Derecho de Menores, cabe calificar su objeto y la calificación estaría dada por la regulación de la persona del menor que se encuentra en situación de conflicto con su familia o con la sociedad.

4. Necesidades de orden filosófico y científico exigen deslindar el contenido de esta nueva rama del derecho, para que sus fronteras no se desdibujen y confundan con otras ramas del ordenamiento jurídico, evitando así críticas provenientes de los civilistas y penalistas.

V) TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

1. Julliot de la Morandière señala que las relaciones entre los cónyuges se organizó tradicionalmente en el derecho francés —que influyó a la mayoría de las legislaciones latinoamericanas— sobre la base de dos ideas fundamentales: la primera, que los esposos son asociados, y la segunda, que los esposos no están en un pie de igualdad.

El matrimonio daba lugar a la formación de una sociedad entre los cónyuges que en los aspectos patrimoniales era administrada por el marido, con facultades más o menos amplias. Por otra parte, el matrimonio aparejaba cierta incapacidad para la mujer, limitando su actuación en la vida civil y profesional.

2. En este reducido trabajo no podemos reseñar con detalles los modernos esquemas del Derecho de Familia, el cual presenta facetas por demás interesantes. Solamente expresamos que las transformaciones han sido sustanciales y afectan principalmente a las siguientes áreas: 1) Estatuto del matrimonio y su disolución; 2) Uniones de hecho; 3) Relaciones personales entre los cónyuges; 4) Relaciones entre los padres y los hijos; 5) Régimen patrimonial del matrimonio.

3. Los pilares básicos del Derecho de Familia: la potestad marital y la patria potestad, se han resquebrajado y sustituido por un sistema de igualdad en la posición del marido y la mujer, otorgándoles el ejercicio conjunto en la dirección de la familia y en la autoridad sobre los hijos.

Las potestades familiares se han transformado en funciones controladas. Por otra parte, la ten-

dencia a segregar en un cuerpo legal autónomo las normas que regulan las relaciones familiares, a través de la sanción de Códigos de la Familia, va ganando terreno en los países. Si bien fue una modalidad iniciada y seguida por los países socialistas, actualmente se está generalizando en los países occidentales. En América, Bolivia y Costa Rica, han promulgado Códigos de la Familia.

A) Estatuto del Matrimonio y su Disolución.

1. Algunas legislaciones han manifestado la preocupación del Estado por controlar la celebración del matrimonio, principalmente obedeciendo a razones sanitarias o eugenésicas. Esta preocupación se ha traducido especialmente por el establecimiento del certificado prenupcial o impidiendo contraer matrimonio a quienes adolecen de enfermedad mental o enfermedades crónicas e incurables (Argentina, Bolivia, México).

2. En materia de disolución del vínculo matrimonial las soluciones oscilan entre aquellos países que niegan el divorcio ad vinculum (Argentina, Paraguay, Chile) y los países que lo admiten con gran amplitud (Suecia).

3. Las controversias al respecto hoy en día no se refieren tanto a la admisión en sí del divorcio vincular, sino a los caracteres del mismo. Las legislaciones titubean entre dos concepciones esenciales y divergentes: la del divorcio sanción, en la cual la disolución del matrimonio supone la falta reconocida por parte de uno de los esposos, y la del divorcio remedio, en la que la disolución del matrimonio no se basa exclusivamente en la comprobación de una culpabilidad, sino que puede tener lugar en casos que aparece oportuno socialmente liberar a los esposos del vínculo conyugal: de ahí la tendencia a admitir el divorcio por enfermedad mental o grave e incurable de uno de los esposos.

4. Existe una tendencia creciente a encarar la disolución del vínculo matrimonial con cierta liberalidad, admitiéndose progresivamente nuevas causales de divorcio o separación de cuerpos.

5. Paralelamente las legislaciones tienden a arbitrar soluciones tendientes a asegurar de un punto de vista económico a los hijos y al cónyuge no culpable del divorcio o separación, principalmente otorgando derechos sobre el inmueble que constituye la casa de habitación de la familia.

6. Algunos países admiten correctivos al sistema de división por partes iguales de los bienes del matrimonio al operarse su disolución, cuando esta división aparea resultados contrarios a la equidad. Así se establecen medidas proteccionales en favor del cónyuge que por razones de edad o invalidez no es capaz de proveer a su subsistencia, o en caso de divorcio, en favor del esposo al cual le han confiado la guarda y educación de los hijos menores (República Democrática Alemana, Bulgaria, Checoslovaquia, U.R.S.S.).

7. Si bien la mayoría de las legislaciones recurren al sistema de causales, algunas dejan librado a la discrecionalidad del magistrado el otorgamiento del divorcio, quien lo pronunciará "cuando el tribunal comprueba que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad" (Cuba: Código de la Familia: art. 51).

8. Por otra parte, debemos destacar que la nueva ley del Brasil sobre divorcio, No. 6.515 de 26 de diciembre de 1977, permite al magistrado negarlo en algunas circunstancias como cuando aparea "consecuencias morales de excepcional gravedad para los hijos menores" o "agrava las condiciones personales o de enfermedad del otro cónyuge".

B) Uniones de hecho.

1. Si observamos el panorama social de los países americanos vemos que en el Continente no hay un tipo uniforme de familia, de la misma manera como no existe una integración étnica uniforme.

Uno de los fenómenos sociales característicos y más difundido en los países latinoamericanos es la convivencia del hombre y la mujer en unión de hecho o concubinato "more uxorio".

2. Las legislaciones que sirvieron de fuente a los países americanos (derecho civil francés y español) reconocieron una sola de familia, la basada únicamente en el matrimonio institucional, considerando con bastante desfavor a la familia natural.

Así es que algunos países (Bolivia, Cuba, Panamá, Guatemala), adecuando su legislación a la realidad social, paralelamente al matrimonio contienen previsiones sobre las "uniones de hecho"

cuando las mismas están dotadas de cierta singularidad, permanencia y estabilidad, asimilándolas en sus efectos al matrimonio y regulando en detalle muchos de sus aspectos (deberes recíprocos de los convivientes, régimen de bienes, situación de los hijos, ruptura de la unión, etc.). La legislación incluso ha ido más allá, reconociendo ciertas formas prematrimoniales indígenas como el "tantanacu" o "sirvinacu", uniones de hecho de los aborígenes, practicadas en países del Altiplano (Bolivia).

C) Relaciones Personales entre los Cónyuges.

1. Entre los efectos personales que produce el matrimonio existen deberes recíprocos y deberes unilaterales. Como deberes recíprocos se señalan los de convivencia, fidelidad y asistencia. Sobre estos deberes en general puede decirse que no existe una transformación profunda en sus lineamientos generales ni en su concepto sino una modificación en cuanto a la forma de encarar las sanciones que acarrear su incumplimiento.

En lo que respecta al deber de convivencia, la fijación del domicilio que un principio era atributo del marido hoy constituye una facultad de ambos cónyuges (México, Uruguay, entre otros).

2. En lo que respecta a relaciones personales entre los cónyuges son posibles tres sistemas legales. El primero, del antiguo Código Civil francés, fundado en la obligación de obediencia impuesta a la mujer y en la completa supremacía del marido. El segundo sistema, a la inversa, se basa en igualdad completa de los esposos, sin que ni el uno ni el otro pueda prevalecerse de derechos que su cónyuge no tenga la posibilidad de ejercer en igualdad de condiciones. Marido y mujer son frente a la ley tan independientes jurídicamente, como si no hubieran contraído matrimonio. Un tercer sistema se limita a conceder en la dirección de los asuntos de familia, una simple preponderancia del marido.

El primero de estos sistemas estuvo muy extendido en el siglo XIX. La evolución actual de las legislaciones se orienta hacia el segundo sistema, con matices del tercer sistema.

3. La potestad marital y el consiguiente deber de obediencia de la mujer al marido se atenuaron progresivamente constituyendo un rasgo típico de las legislaciones contemporáneas el debilitamiento de la potestad marital, dándole simplemente al marido cierta preeminencia en la jefatura de la familia o la desaparición lisa y llana de esa jefatura.

4. Paralelamente, se produce el fenómeno de la más amplia emancipación de la mujer en general, y en especial de la mujer casada, a quien se le reconoce el pleno ejercicio de todos sus derechos, tanto en el ámbito político como en el civil. El principio de la igualdad jurídica de los cónyuges es recogido por Uruguay; Guatemala y más recientemente por la legislación de Colombia.

D) Relaciones entre los Padres y los Hijos.

1. Medularmente interesa en este aspecto hacer una breve referencia al Instituto de la patria potestad o autoridad parental, de acuerdo a la más moderna denominación.

2. La ley francesa de 4 de junio de 1970 sustituyó la denominación de patria potestad (*puissance paternelle*) por la de autoridad parental (*autorité parentale*).

El cambio terminológico desde luego obedece a la finalidad de adaptar su denominación al contenido moderno del instituto. Las transformaciones que venían operando lentamente en el instituto de la patria potestad, suavizando sus características, la dejaban desprovista prácticamente de toda idea de poder.

3. Un doble alcance parece tener la elección terminológica efectuada. Por un lado, la voz "autorité" reemplaza a la de "puissance", suprimiéndose así en el mismo nombre de la institución el matiz de poder que correspondía a una concepción que se estima superada y a una regulación que ha quedado derogada. Por otro lado, se sustituye la voz "paternelle" por "parentale", que cubre mejor al padre y a la madre. Los dos aspectos responden a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que, en una vertiente ha pasado de poder a función y, en otra vertiente, ha pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre a constituir algo compartido por el padre y la madre.

4. La patria potestad deja de ser un poder absoluto para transformarse en una función social contralorada y deja de pertenecer exclusivamente al padre para darle una ingerencia cada vez mayor a la madre, culminando esta tendencia con la atribución igualitaria de ese poder tuitivo al padre y a la madre.

5. La nueva denominación del Instituto ha sido adoptada por el Código de la Familia de Bolivia y Costa Rica. Del mismo modo, aún cuando no han adoptado la nueva denominación el instituto de la autoridad parental se organiza sobre la base del ejercicio conjunto de ambos padres en México, Guatemala, Colombia, entre otros.

E) Régimen Patrimonial del Matrimonio.

1. En materia económica tiende a generalizarse el sistema llamado de "participación en los bienes gananciales", por el cual cada cónyuge conserva la administración y disposición de sus bienes propios, estableciéndose una coparticipación en los bienes que se adquieren durante la vigencia de la sociedad conyugal.

2. Conjuntamente con la emancipación de la mujer y con el debilitamiento o desaparición de la autoridad marital, aparece en el derecho contemporáneo una transformación completa de los regímenes matrimoniales, especialmente en aquellos en que imperaba el principio comunitario.

3. Esta transformación se ha operado por tres procedimientos:

- a) Reconociendo la capacidad e independencia de la mujer mediante la administración y disposición de sus bienes propios.
- b) Debilitando las prerrogativas del marido como jefe de la sociedad conyugal, dándole a la mujer una mayor ingerencia en la administración y disposición de los bienes comunes.
- c) Mediante la adopción de un régimen matrimonial llamado de participación, que es el más apto para regular las relaciones pecuniarias entre los cónyuges dentro de los principios de igualdad e independencia jurídica.

Como expresa Marc Ancel *"la enseñanza más interesante del derecho de familia, en su expresión más reciente, es probablemente la aparición de un nuevo régimen que tiende a conciliar la independencia jurídica de los esposos, con la solidaridad económica implicada normalmente en el matrimonio de ellos"*.

BIBLIOGRAFIA

- BLUSKE de AYALA, Gloria. **Derecho de Menores. Doctrina y legislación boliviana.** La Paz, Junta Nacional de Desarrollo Social, 1975; 215 p.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **Integración del niño a un hogar estable.** (En: CONSEJO URUGUAYO DE BIENESTAR SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES: "Jornadas de promoción del bienestar social de la infancia. Montevideo, 1971". (Montevideo), Mosca Hnos., 1972; pp. 144-150).
- La juventud en el desarrollo nacional. Aspectos sociales y legales.** (En: URUGUAY. MINISTERIO DE VIVIENDA Y PROMOCION SOCIAL; INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO; NACIONES UNIDAS. FONDO PARA LA INFANCIA: "1er. Seminario Nacional. Niñez, Juventud, Familia. Montevideo, Uruguay, 27-31 de julio de 1976. Informe final". Montevideo, Palacio Legislativo, 1977; v. 1, pp. 325-338).
- CASTAN VAZQUEZ, José María. **La tendencia a la creación de Tribunales de Familia,** Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, 1975.
- CORDOBA, Eduardo R. **El Nuevo Derecho de Menores y su proyección en el ámbito jurisdiccional,** Gaceta de la Minoridad, Universidad Nacional de Córdoba, año 1975, 121 p.
- CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor.** Rio de Janeiro, Sao Paulo, Freitas Bastos, 1976; 444 p.
- DAVID, Pedro. **Conducta, integrativismo y sociología del derecho.** Buenos Aires, Víctor De Zavalía, 1970.
- MENDIZABAL OSES, Luis. **Derecho de menores. Teoría general.** Madrid. Pirámide, 1977; 517 p.
- Introducción al derecho correccional de menores.** Madrid. Instituto de la Juventud del Instituto de Estudios Políticos, 1973; 183 p.
- ROBERT, Philippe. **Traité de droit des mineurs. Place et role dans l'évolution du droit français contemporain.** S.C. (Cujas), s.f.; 640 p.
- SAJON, Rafael. **Introducción al Derecho de Menores.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1970; 18 hojas.
- SAJON, Rafael. **Nuevo Derecho de Menores. Fundamentos doctrinarios sobre legislación vigente.** Buenos Aires, Humanistas, 1967; 182 p.
- CALVENTO, Ubaldino. (Comps.). **Legislación atinente a menores en las Américas.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1977; 411 p.
- ACHARD, José Pedro; CALVENTO, Ubaldino. **Menores en situación irregular.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1973; 16 p.
- ACHARD, José Pedro. **Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1965, 90 p.

EL DIFERENDO ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA SOBRE EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA*

Dr. Gonzalo Facio.

El 4 de febrero de 1980, el Ministerio del Exterior del Gobierno de Nicaragua hizo pública una "Declaración de Nulidad e Invalidez del **Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra**". Mediante ese Tratado, firmado el 24 de marzo de 1928 por los plenipotenciarios de Nicaragua y de Colombia, la primera había reconocido la soberanía y pleno dominio de la República colombiana sobre "las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho Archipiélago de San Andrés" del que, expresamente, quedaron excluidos los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, cuyo dominio, se dijo en el mismo Tratado, "está en litigio entre Colombia y los Estados Unidos de América.

Colombia, desde luego, no acepta la invalidez del Tratado declarada unilateralmente por Nicaragua, y reafirma su dominio sobre el Archipiélago de San Andrés. En cuanto a la soberanía que reclama sobre los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana, la fundamenta Colombia en el Tratado que celebró con los Estados Unidos de América el día 8 de setiembre de 1972, (Tratado Vázquez Carrizosa-Saccio), que en su oportunidad había sido protestado por el gobierno que entonces regía Nicaragua.

La controversia tiene, entonces, dos partes: (a) La que se refiere a la soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, propiamente dicho, y (b) La que se refiere a los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana. Y ya veremos como la solución debe ser diferente para cada parte.

EL DOMINIO COLONIAL ESPAÑOL SOBRE EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES.

Refiriéndose a la primera parte, dice el ex Canciller de Colombia, el eminente internacionalista, Dr. Alfredo Vázquez Carrizosa:

"La historia del Archipiélago de San Andrés y Providencia está saturada de leyenda y fantasía. En el alba del Descubrimiento de América, vinieron los marineros de Castilla y se produjo el bautismo de las islas con los nombres sacados del Santoral romano. España tomaba posesión de las tierras nuevas con ceremonias notariales, y no tardaron en venir los bucaneros, la piratería que merodea en torno del Caribe.

"San Andrés y Providencia tuvieron la suerte de tantas islas a donde se aproximaban los navegantes ingleses, franceses y holandeses. El clima suave de aquellos parajes atraía a los marinos y despertaba el sueño de la aventura lejana. . . En 1631 llegó a bordo del "Seaflower" directamente de Inglaterra, un primer grupo de colonos. Mas la empresa lejana, como muchas otras de la aventura colonial, resultó a la postre un completo fracaso. Los colonos se dispersaron sin dejar rastro y los españoles acometieron varias veces la tarea de desalojar a los intrusos. Fue así como en 1640 y 1641, el Almirante Francisco Díaz de Pimienta llegó a Cartagena de Indias con una flota de doce embarcaciones y logró establecer una cabeza de puente en las playas de Providencia".

Las islas fueron objeto de numerosas invasiones y cambiaron varias veces de dominio colonial. Su posición geográfica en el centro de las rutas ma-

* Conferencia dictada en la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Costa Rica, el 14 de mayo de 1980.

rítmicas hacia Portobelo, La Habana y La Florida, las hacía objeto de la codicia de las potencias colonialistas. Por fin, en 1786, el **Tratado de Versalles** le impuso a Inglaterra la obligación de abandonar la costa de Mosquitos y las islas vecinas. Comenzó así una etapa de administración española más regular y creció una población sedentaria. En medio de tormentas, España mantuvo su dominio hasta el momento en que sobrevino la independencia de sus colonias hispanoamericanas.

LA JURISDICCION SOBRE QUITASUEÑO, RONCADOR Y SERRANA.

Estos cayos, que ni de hecho ni de derecho forman parte del archipiélago de San Andrés, tienen una historia diferente. Nunca fueron poblados, dada su naturaleza inhóspita, ni España realizó actos de verdadero dominio colonial sobre ellos.

Pero a mediados del siglo XIX, comienzan a figurar en los mapas y en el vocabulario diplomático de Washington las "Guano Islands", (en español, Islas del Guano), con el que se denominaba, en términos generales a un grupo de islas, islotes, y cayos deshabitados, donde era posible la explotación del guano. Por estar situadas en el Mar Caribe o en el Pacífico, se consideraban "tierra de nadie".

Para esa época los Estados Unidos habían proclamado por medio del Secretario de Estado Calhoun, una política de expansión a regiones deshabitadas para incorporarlas a su territorio por acto de acrecencia y no de conquista.

Dentro de esa tesis el Congreso de los Estados Unidos emitió la Ley de 18 de agosto de 1856, en cuya sección 5570 dispuso que:

"Cuando quiera que un ciudadano de los Estados Unidos descubra un depósito de guano en una isla, roca o cayo, que no esté bajo la jurisdicción legal de ningún otro Gobierno y no esté ocupado por ciudadanos de ningún otro gobierno, tome posesión pacífica de él y ocupe la isla, roca o cayo, puede ser considerado, a juicio del Presidente, como de pertenencia de los Estados Unidos".

Con base en esa disposición totalmente unilateral del Congreso de los Estados Unidos, el ciudadano James W. Jennett reclamó y obtuvo en la década de 1860, la incorporación de los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana a la jurisdicción de los Estados Unidos de América, junto con otros cayos que llevan los nombres de Arcos, Arenas, Alacranes, Cayo Serranilla y Cayo Pedro.

No fue sino hasta en el último cuarto del siglo XIX que Colombia comenzó a hacer reclamaciones en contra de esta incorporación de los cayos a la jurisdicción norteamericana. Nicaragua no lo hizo sino a partir de la década de 1970.

DOCTRINAS LATINOAMERICANAS SOBRE DELIMITACION DE FRONTERAS.

Para entender la naturaleza de la controversia surgida con la citada pretensión de invalidez del Tratado sobre cuestiones territoriales celebrado en 1928 entre Colombia y Nicaragua (Tratado Esguerra-Bárceñas), es necesario indagar sobre la forma en que se fijaron los límites de las Repúblicas Latinoamericanas.

Las Bulas Alejandrinas de 1493 y el Tratado de Tordesillas, concluido el 7 de junio de 1494 por los Reyes de España y Portugal, trazaron la demarcación que dividió los dominios americanos de las dos Coronas. Pero mientras Portugal mantuvo en un sólo bloque su colonia, España dividió las suyas en Virreinos y Capitanías Generales. Por ello, en tanto que en el caso de Portugal la frontera periférica delimitó una sola entidad (Brasil), que dilató progresivamente su dominio y se convirtió en una nación de espacio continental, en el caso de España, los hitos de la línea divisoria con la colonia portuguesa encerraban las fronteras interiores y capitanías generales que formaron el núcleo de futuras naciones hispanoamericanas, donde abundaban los particularismos.

En el caso de hispanoamérica todo condujo a la continuidad de las fronteras fijadas por España durante tres siglos a lo largo de su Imperio colonial. Fue entonces natural que, al sobrevenir la independencia, la evolución de los territorios y de la legislación española en América dieran lugar a la doctrina del "**Uti Possidetis Juris de 1810**". En cambio, el sistema colonial portugués originó, más tarde, la doctrina brasilera del "**Uti Possidetis de facto**". La oposición entre los dos conceptos fue objeto de dilatados y complejos negocios diplomáticos en que se vieron envueltas todas las naciones hispanoamericanas que limitan con el Brasil. La forma como se resolvieron estas diferencias no interesa para el caso en examen, ya que estamos en presencia de una delimitación de fronteras entre dos países hispanoamericanos, donde ha imperado la doctrina del "**Uti Possidetis Juris de 1810**".

LA DOCTRINA DEL "UTI POSSIDETIS JURIS DE 1810".

El gran jurisconsulto chileno, Alejandro Alvarez, quien fue Magistrado de la Corte Internacional de Justicia en la primera mitad de este siglo, logró concretar magistralmente el significado y el alcance de la doctrina del "Uti Possidetis Juris de 1810", en un informe presentado ante el Consejo Federal Suizo, el 30 de junio de 1920, en el litigio sobre límites entre Colombia y Venezuela. De ese trabajo, y de los comentarios que sobre dicha opinión hizo en 1971 el entonces Canciller colombiano, Dr. Vázquez Carrizosa, al argumentar contra los Estados Unidos sobre la validez de los títulos de su país relativos a los cayos de Roncador, Serrana y Quitasueño, sintetizo lo siguiente:

1. El Imperio Colonial que poseía España en el Continente americano abarcaba, al comenzar el siglo XIX, una inmensa extensión de territorio, en el cual existían vastas zonas aún inexploradas, y estaba dividido en varias circunscripciones administrativas.

2. Casi simultáneamente, en el primer cuarto del siglo XIX, todas esas circunscripciones entraron en guerra contra la Metrópoli, y se proclamaron independientes.

3. Inmediatamente surgió el problema de los límites de los nuevos Estados independizados de España. Y la solución que surgió, casi espontáneamente, fue la del "Uti Possidetis de 1810". O sea que los nuevos Estados adoptaron como base de sus fronteras las divisiones administrativas de la Metrópoli, existentes en la fecha en que se iniciaron los respectivos movimientos de independencia.

4. Así, entonces, los límites administrativos coloniales quedaron erigidos en regla de Derecho Internacional Americano para lo tocante al señalamiento de las fronteras políticas de las nuevas naciones. Tal regla alcanzó el respeto y el reconocimiento de países extraños a Latinoamérica, incluyendo a los Estados Unidos. En efecto, en comunicación dirigida por el Secretario de Estado Marcy, a su Ministro Dallas, se afirma que:

"Los Estados Unidos consideran como principio de Derecho Público y de Derecho Internacional que, cuando una colonia europea en América se independiza, el nuevo Estado sucede a la colonia en sus límites territoriales, tal cual estos se encontraban en manos de la Metrópoli."

5. Es de notar que la doctrina del "Uti Possidetis Juris de 1810", así como sus más importan-

tes consecuencias, se basan en ficciones jurídicas, que no por serlo le restan valor a la tesis central. Veámoslo:

(a) Se fijó por fecha del Uti Possidetis el año de 1810, o sea el año en que apenas se inició en algunas colonias en movimiento insurreccional de independencia. En realidad, en tal fecha ninguna de las colonias era todavía independiente. Es más, en algunas, el movimiento fue reprimido enteramente por el Gobierno Español. Y, en todo caso, la guerra de liberación duró más de catorce años, y no se vino a consolidar en la mayoría de las circunscripciones que hacían parte del imperio colonial Español en América, sino hasta 1824. España por su parte, demoró casi medio siglo en el reconocimiento de los nuevos Estados independizados de su dominio colonial. Pese a esa realidad, la doctrina parte de la ficción de que la independencia se consumó en 1810, y señala que debían aceptarse como fronteras de los nuevos Estados las que España tenía señaladas en 1810 para sus Virreinos, Capitanías Generales y Departamentos.

(b) En virtud del principio del Uti Possidetis, no existe en la América Hispana territorios vacantes, "res nullius". Todos los territorios del Nuevo Mundo español, estuvieran o no poblados, se consideraron como pertenecientes, de derecho, a los diferentes países dentro de los cuales estaban comprendidos según la antigua división administrativa española. Por lo tanto, se supuso, aunque de hecho no fuera así, que cada nuevo Estado tiene desde 1810 soberanía sobre toda la extensión territorial comprendida en la antigua circunscripción administrativa española donde se gestó.

(c) La sentencia que ponga fin a un litigio de límites, conforme al "Uti Possidetis de 1810", tiene carácter declarativo, no constitutivo. Declara una situación preexistente, dotándola de certeza jurídica, pero no crea una nueva situación. La ficción consiste en que la sentencia reconoce lo que se supone ha existido antes del litigio, y no viene a modificar nada. Por lo tanto la sentencia o fallo arbitral basado en el "uti possidetis" no puede violar las normas constitucionales de los países partes del litigio que declaren nulo cualquier acto de sus gobiernos o de sus funcionarios que atente contra la integridad nacional. Porque la parte que según el fallo pertenezca a otro Estado, no se está desintegrando del Estado perdedor, el cual, por razón del "Uti Possidetis Juris", nunca había tenido derecho de soberanía sobre la porción que se declara siempre fue del otro Estado.

6. Con relación a las consecuencias de esta doctrina, es importante destacar que, al proclamar su independencia, ninguno de los nuevos Estados ejercía en los hechos, su soberanía sobre toda la extensión de territorio que comprendía la antigua división administrativa. En efecto, una parte del territorio se hallaba bajo la posesión del Gobierno español, hasta entonces su soberano; otra en poder de los indios, que en manera alguna reconocían a los nuevos gobiernos; y finalmente, existían regiones deshabitadas y aún más, sin explorar.

7. Conforme a los principios de derecho internacional hasta entonces vigente, los países independizados no debieron haber tenido otros límites que los de las comarcas sobre las que ejercían soberanía efectiva. Por tanto, no hubieran podido pretender abarcar dentro de su territorio, ni la parte que quedaba todavía sometida a la soberanía española, ni la ocupada por los indígenas no sometidos, ni las porciones no ocupadas en absoluto.

8. Pero, gracias al nuevo principio de Derecho Internacional Americano, los Estados independizados pudieron tratar a los ejércitos españoles como invasores, pese a que las tropas patriotas no hubieran ocupado nunca, o no hubieran podido rescatar las zonas ocupadas por los peninsulares.

9. Y también, gracias al nuevo principio del "Uti Possidetis Juris", los nuevos Estados pudieron considerar a los indios que habitaban regiones comprendidas dentro de sus límites, como nacionales suyos, sometidos a la soberanía del nuevo Estado, por más que ellos no lo reconocieran y mirasen a los nuevos gobiernos como sus enemigos. Las luchas que los nuevos Estados sostuvieron contra los indios, jamás fueron estimadas como empresas de ocupación y colonización de estos territorios, sino como represiones de rebeldes, lo cual debía estar regulado exclusivamente por el derecho interno de cada país americano.

10. Finalmente, gracias a la doctrina del "Uti Possidetis", los nuevos Estados se consideraron a sí mismos soberanos y poseedores de las regiones deshabitadas y aún de aquellas que nunca habían sido exploradas.

11. Ese poder de ficción que permitió a los nuevos países mirarse como soberanos de todo el territorio comprendido en la antigua división administrativa colonial, surtió efectos en las relaciones mutuas de dichos países, especialmente en lo que se refiere a la discusión de sus fronteras. Fue por eso que al término "Uti Possidetis", le agregaron el calificativo "Juris", que indica que el Estado es so-

berano de derecho, posee **juris** (aunque no **de facto**) toda la extensión territorial encerrada en los linderos de la antigua división de la Metrópoli. O sea que **posee** todo lo que tiene **derecho a poseer** aunque **de hecho** no lo haya poseído.

12. El no poseer materialmente toda la extensión del territorio carece de importancia de acuerdo con la doctrina del "Uti Possidetis Juris". El Estado no está privado de su derecho sobre una zona de terreno por no ejercer sobre ella actos efectivos de soberanía. Puede, entonces, ocuparla **materialmente** cuando a bien lo tenga, y considerar usurpador al Estado que la esté ocupando en la práctica. La **posesión de hecho** no engendra derecho alguno para otro Estado. La única que vale es la posesión **de jure** conforme al "Uti Possidetis".

APLICACION DEL "UTI POSSIDETIS JURIS DE 1810" AL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES.

De acuerdo con la doctrina del "Uti Possidetis Juris" que acabo de analizar, cada Estado nacido a la independencia sucedía a España en el ejercicio de la soberanía sobre la respectiva circunscripción administrativa colonial. Así las cosas, para determinar a quién corresponde la soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, habría que establecer, en primer término, a cuál circunscripción española estaba adscrito ese Archipiélago al iniciarse el movimiento independentista en 1810.

Sin embargo, esta determinación no es fácil de realizar en el caso del Archipiélago de San Andrés. Existen dudas que no han sido definitivamente aclaradas por el estudio de los antecedentes histórico-legales.

Se supone que Cristóbal Colón descubrió el Archipiélago durante su cuarto viaje, ya que, entre el 25 de setiembre y el 5 de octubre de 1502 su expedición estuvo anclada en la costa, frente a San Andrés y Providencia. Sin embargo, no fue sino hasta 1527 que las islas del Archipiélago de San Andrés comenzaron a figurar en los mapas españoles.

El Archivo General de Indias conserva la Carta del Gobernador de Cartagena, del 16 de noviembre de 1631, en la cual da cuenta del cumplimiento de lo ordenado en la Real Cédula del 29 de agosto de 1630, y del envío a las islas de San Andrés y Providencia del Capitán don Gregorio de Castellar, "para echar al enemigo de las Islas". Y en su libro titulado "Quitasueño, Roncador, Serrana", el Dr. Alfredo Vázquez Carrizosa afirma que en el Archi-

vo Nacional de Colombia se encuentra el informe que envió en 1793 don Tomás Ramírez al Comandante General de Cartagena, don Gregorio Cañaverl, en que le da cuenta de la misión cumplida en esas islas "en cumplimiento de órdenes emanadas del Virreinato de Santa Fe". Afirmar además el ex Canciller colombiano, que en esa misión don Tomás Ramírez elaboró un censo de los habitantes de las islas, para terminar diciendo que: "*Los censos posteriores del Archipiélago se efectuaron bajo las leyes colombianas en 1835-1843 y 1851, en las mismas condiciones que en el resto de la nación de la cual hacía parte*". (Op. cit. pg. 22).

No obstante esos antecedentes, las Costas de los Mosquitos (que comprendían toda la Costa Atlántica de Nicaragua y Costa Rica) y las islas de San Andrés y Providencia, pasaron a control de la Capitanía General de Guatemala desde una fecha que puede estimarse a mediados del siglo XVIII. Pero a principios de 1803, el entonces Gobernador de San Andrés, don Tomás O'Neill, solicitó se separara el Archipiélago de la jurisdicción de la Capitanía General de Guatemala, y se la anexara al Virreinato del Nuevo Reino de Granada. La Junta de Fortificación y Defensa de Indias, en informes de 2 de setiembre y de 21 de octubre del mismo año de 1803, apoyó la petición del Gobernador, alegando que Cartagena era el puerto donde más fácilmente podían llevarse hasta las Islas recursos de toda especie y auxilios eclesiásticos.

LA REAL ORDEN DE 1803.

Tales peticiones dieron origen a la **Real Orden de 1803**, que Colombia reclama como el título original y legítimo de su soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, y que Nicaragua arguye como interino e insuficiente para producir tal efecto.

Para determinar los alcances de esa discutida disposición, comienzo por transcribirla textualmente:

"REAL ORDEN DE 1803"

San Lorenzo, 30 de noviembre de 1803

Señor Virrey de Santa Fe.

El señor D. José Antonio Caballero me dice en

oficio de 20 del presente mes lo siguiente:

"El Rey HA RESUELTO que las islas de San Andrés y la parte de la costa de Mosquitos desde el Cabo de Gracias a Dios, inclusive hacia el río Chagres (1), *queden segregadas de la Capitanía General de Guatemala y dependientes del Virreinato de Santa Fe*, y se ha servido su Majestad conceder al Gobernador de las expresadas islas D. Tomás O'Neill el sueldo de dos mil pesos fuertes en lugar de los mil y quinientos que actualmente disfruta. Lo aviso á Vuestra Excelencia de la Real Orden, á fin de que por el Ministerio de su cargo se expidan las que corresponden en cumplimiento de esta soberana resolución".

Lo que traslado á Vuestra Excelencia de orden de Su Majestad para su debido cumplimiento.

Dios guarde á Vuestra Excelencia muchos años.

SOLER" (2).

ARGUMENTOS DE NICARAGUA CONTRA LA REAL ORDEN DE 1803.

En la citada publicación del Ministerio del Exterior de Nicaragua, sobre la Declaratoria de Nulidad e Invalidez del Tratado Bárcenas-Esguerra, se afirma lo siguiente:

"El diferendo entre Nicaragua y Colombia tiene su origen en la Real Orden fechada en San Lorenzo de 20 de noviembre de 1803. . . A causa de las continuas incursiones piratas que desde el siglo XVIII mantenían en permanente zozobra el litoral Caribe de la entonces Capitanía General de Guatemala, el Ministerio de Guerra promovió, y posteriormente *delegó interinamente* en el Virreinato de Santa Fe la defensa de las Costas de los Mosquitos e islas de San Andrés y Antigua Providencia".

Si comparamos el texto de la Real Orden de 1803 antes transcrito con la afirmación que hace el gobierno de Nicaragua de que lo que se hizo por medio de ella fue **delegar interinamente** en el Virreinato de Santa Fe la defensa de las Costas de los Mosquitos e islas de San Andrés y Providencia, notamos una clara incongruencia. Porque el texto de la citada Real Orden no indica de ninguna manera que se trate de una delegación **interina** y sólo con fines de defensa militar. Categóricamente manifiesta que tales territorios "*quedan segregados de la Capitanía General de Guatemala y dependientes del Virreinato de Santa Fe*".

(1) En otros papeles de Estado españoles se dice indiferentemente hacia o hasta el río Chagres.

(2) Archivo Nacional del Virreinato. Copia del original. Véase también State Papers de 1849 a 1850 y la Gaceta Oficial de Colombia.

Por otra parte, el gobierno de Nicaragua, sostiene que sólo por medio de las Cédulas Reales, y no las Reales Ordenes se podía modificar la jurisdicción administrativa colonial española. Dice al respecto en la citada Exposición del Ministerio del Exterior:

"Esta Real Orden ha querido ser equiparada por algunos comentaristas colombianos a las Cédulas Reales, las cuales tenían un contenido completa y perfectamente diferenciado. Únicamente las Reales Cédulas poseían validez jurisdiccional en materia de límites y emanaban, no de un Ministerio de la Guerra, sino del Consejo de Indias, y sólo esas Reales Cédulas emitidas por el Consejo de Indias podían introducir modificaciones en los límites jurisdiccionales de las Audiencias, como lo declara la Ley 1a. del Título XV del Libro II de la Recopilación de Indias. "La Real Orden de 20 de Noviembre de 1803 contenía simplemente una particular comisión o "comisión privativa" —denominación de Derecho para esta clase de órdenes de administración— es decir, la Real Orden de 20 de Noviembre de 1803 revestía un carácter meramente administrativo, de orden puramente militar con el objeto de garantizar la mejor defensa de la Costa de los Mosquitos; por esta razón, el último origen de la Real Orden de 1803 lo encontramos en la Junta de Fortificación y Defensa de las Indias, órgano que recomendó su emisión. Recogiendo tal verdad histórica, el escritor colombiano Ricardo S. Pereira, en su libro "Documentos sobre los Límites de los Estados Unidos de Colombia", refiriéndose a los problemas limítrofes con Venezuela por la Guajira, expresa: *"estas comisiones especialísimas jamás implicaban agregación de territorios, pues los límites de éstos se fijaron siempre por medio de Reales Cédulas muy claras, terminantes y minuciosas"*.

Contra esta tesis nicaragüense, el gobierno de Colombia ha sostenido lo siguiente:

Sobre las Reales Cédulas y Reales Ordenes como instrumentos del Gobierno, conviene recordar el concepto de Francisco Silvela, notable jurista español:

"El Poder Legislativo residía en el Monarca, sin limitación de ningún género; las Reales Ordenes tenían este carácter, según la declaración formal y solemne del Tribunal Supremo de Justicia, y por consiguiente, lo que decidía por una Real Orden era absolutamente obligatorio para las autoridades y los ciudadanos, y revestía la misma eficacia, la misma fuerza obligatoria que la más solemne de las leyes que hoy día votan las Cortes, sanciona y promulga el Rey".

Don Antonio Maura, jurisconsulto de reconocida autoridad y antiguo Presidente del Consejo de Ministros de España conceptuó:

"Ni el calificativo variaba entre Cédulas, Pragmáticas, Ordenes y Provisiones, ni las formalidades externas mayores o menores, por medio de las cuales se atestigua la autoridad del mandato real, establecían diferencia o graduación sobre la eficacia comparativa del Estatuto soberano. Las definiciones que da el Diccionario de Autoridades de la Academia Española sobre palabras Cédula, Real Orden, Pragmática y Provisión, confirman la plenitud con que el Monarca ejercía todos los poderes del Estado. La "Enciclopedia Jurídica" de Arrázola enseña la misma doctrina, si bien en ella se dice que en lo que toca a las Cédulas Reales y a las Provisiones, las últimas se referían generalmente a asuntos judiciales o administrativos, y que las primeras se empleaban más o menudo en los asuntos legislativos".

LA REAL ORDEN DE 1806.

Finalmente, el Gobierno de Nicaragua alega que la Orden Real de 1803 había sido derogada en 1806, según se lee del siguiente párrafo de la citada Exposición del Ministerio del Exterior:

"Ahora bien, esa medida de la Corona Española no fue bien recibida en la Capitanía General de Guatemala, que pronto solicitó al gobierno colonial le fuera devuelta la competencia de defender la costa atlántica de dicha Capitanía. Como resultado de esas gestiones, tres años más tarde la Real Orden de 1803 es derogada por otra Real Orden fechada en San Lorenzo el 13 de Noviembre de 1806, emanada también del Ministerio de la Guerra y dirigida a la Capitanía General de Guatemala. La Real Orden de 13 de noviembre de 1806 le devolvía a la Capitanía General la misma comisión privativa que le había transferido interinamente al Virreinato de Santa Fe".

Me ha sido difícil localizar el texto de esta Orden Real de 1806 que, según el Gobierno de Nicaragua, deroga la de 1803. Es curioso que ella no aparece citada en ningún texto histórico sobre el asunto, ni había sido alegada o examinada con anterioridad.

Si esa Orden Real estuviera concebida en la forma en que lo alega Nicaragua, el título colonial de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés se caería por su base. Porque si antes de 1803 no se había establecido expresamente en ningún docu-

mento jurídico que dicho Archipiélago y la Costa de la Mosquitia dependían de la jurisdicción de la Capitanía General de Guatemala, a partir de la Real Orden de ese año quedó establecido indudablemente que, antes de que ella fuera promulgada, el Archipiélago y la Costa de la Mosquitia eran tenidos por el Poder Colonial como sometidos a la jurisdicción de la Capitanía General de Guatemala. Porque si no fuera así, cómo iba la Orden Real de 1803 a decir que tales territorios "...quedan segregados de la Capitanía General de Guatemala y dependientes del Virreynato de Santa Fe...".

Por lo tanto, si la existencia y la interpretación que Nicaragua le da a la Orden Real de 13 de noviembre de 1806 tuvieran esos alcances, entonces la Costa de Mosquitia y el Archipiélago de San Andrés se hubieran encontrado en 1810 bajo la jurisdicción de la Capitanía General de Guatemala, y, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina del "Uti Possidetis Juris de 1810", habrían sido las Provincias Unidas del Centro de América, como sucesoras de esa circunscripción administrativa del Poder Colonial español, y luego Nicaragua, al disolverse la Federación centroamericana, quienes tenían el derecho a poseer esos territorios, y a ejercer sobre ellos su soberanía. Y entonces, Nicaragua tendría razón para afirmar, como lo hace, que en el Tratado Esguerra-Bárceñas, se la obligó a ceder título sobre el Archipiélago de San Andrés (que era suyo) a cambio de que Colombia le reconociera su soberanía sobre la costa de la Mosquitia, que de todos modos Nicaragua la tenía sin tal reconocimiento.

Sin embargo, una vez localizada la Real Orden de 1806, y examinado su texto, se comprende por qué el régimen imperante en Nicaragua, se abstuvo de citarla textualmente. Con falta de lealtad polémica se limitó a dar su caprichosa interpretación de la Real Orden de 1806, cuidándose de que el lector no conociera su verdadero texto. Pero aquí está ese texto Completo:

"GUERRA: Excm. señor: Al Capitán General de Guatemala digo en esta fecha lo que sigue: Enterado el Rey de las cartas de V.S. de 3 de marzo de 1804 (Núms. 416 y 417) y de los documentos que con ellos acompañó dando cuenta de la creación de dos alcaldes ordinarios y un síndico procurador en la Colonia de Trujillo y la cuestión suscitada por el coronel don Ramón Anguiano, Gobernador Intendente de Comayagua, pretendiendo ejercer las facultades de Intendente, según la Ordenanza de Nueva España, en los establecimientos de la Costa de Mosquitos y ser jefe único de ellos, con entera indepen-

dencia, en las cuatro causas de justicia, policía, hacienda y guerra, de que han conocido los Presidentes de Guatemala en las nuevas colonias, ha resuelto S.M. que V.S. es quien debe entender privativamente en el conocimiento absoluto de todos los negocios que ocurran en la Colonia de Trujillo y demás puestos militares de la Costa de Mosquitos, concernientes a las cuatro causas referidas, en cumplimiento de las Reales Ordenes expedidas desde el año de 1782, que le autorizan para ocupar, defender y probar aquella costa, hasta que verificado este objeto en todo o en parte, tenga S.M. por conveniente variar el sistema actual; y por consecuencia que V.S. procedió bien, y en uso de sus facultades, a la elección de los alcaldes y síndico, sin que obstenten las que se arroga el Intendente fundado en la Ordenanza de estos empleos, porque sobre ser general e inadaptable a una comisión privativa, no ha tenido observancia en los puntos de la referida Costa desde que fue expedida en el año de 1786 y comunicada a Guatemala en el siguiente para su cumplimiento en lo que fuese adaptable.

De Real Orden lo traslado a V.E. consecuente a lo que manifestó en 12 del mes próximo y a fin de que por el Ministerio de su cargo se expidan las que corresponden a su cumplimiento. Dios guarde a V.E. muchos años. San Lorenzo 13 de noviembre de 1806.

JOSEF CABALLERO

'Señor Secretario de Despacho de Gracias y Justicia' (34).

Es indispensable previamente recordar que la Costa de Mosquitos se extendía no solamente entre el río San Juan y el Cabo Gracias a Dios, sino que llegaba mucho más al Norte, hasta Omoa, en inmediaciones del Cabo de Honduras o Cabo Camarón.

COMENTARIO DE COLOMBIA EN SU LIBRO BLANCO DE 1980.

En un Libro Blanco, publicado en 1980 por la República de Colombia, bajo la dirección del Canciller y distinguido internacionalista Dr. Diego Uribe Vargas, se hace el siguiente comentario sobre los indebidos alcances que el actual régimen de Nicaragua pretende darle a la orden Real, esta si privativa, de 1806:

"Como se desprende de su contexto, la Real Orden de 1806 se dictó con el claro propósito de dirimir una colisión de competencias entre el Capitán General de Guatemala y el Intendente de Comayagua, cuando este último considera que, de

conformidad con lo dispuesto en "La Ordenanza de Intendentes de Nueva España", podía nombrar alcaldes y al síndico de Trujillo, con el argumento de que los Establecimientos de la Costa Mosquitia estaban dentro del territorio de la Intendencia".

Como puede verse, la Real Orden dispuso que era el Presidente de Guatemala a quien correspondía privativamente el conocimiento de los negocios de la colonia de Trujillo y demás puestos militares de la Costa Mosquitia. Con respecto a la Costa Mosquitia no es difícil verificar que la frase "y demás puestos militares de la Costa Mosquitia", se refiere al sector comprendido entre Omoa y el Cabo Gracias a Dios, y no a la totalidad de la costa entre el Cabo Gracias a Dios y el río San Juan.

En el memorial en que el Capitán General dio cuenta a las pretensiones del Intendente, fechado el 3 de marzo de 1804, se expresa:

"Todos los establecimientos de la Costa, desde el Cabo Gracias a Dios hasta Omoa, tienen entre sí un enlace íntimo. Aun las arribadas de barcos mercantes lo tienen porque los más traen sus registros para los tres puertos de Trujillo, Omoa y al Golfo; se distribuyen entre ellos su carga y toman de cada uno sus retornos. De consiguiente deben ser uniformes las operaciones y providencias que requieran y correr todos estos asuntos para una sola mano. . . Y de consiguiente que al de Comayagua, como verdadero dependiente de esta Capitanía General, no le corresponde otra intervención en dichos asuntos que la que por ella se le cometa, obrando en tal caso como delegado o sustituto según lo hicieron los primeros Intendentes Quesada y García Conde".

En el informe de 30 de agosto de 1806 del Secretario de Gracia y Justicia en relación con el problema, se expresa:

"Resumen: El Presidente de Guatemala se halla autorizado por varias reales órdenes, desde el año 1782, para ocupar, defender y poblar la isla de Roatán y la costa inmediata de Mosquitos en que se ha fundado la colonia de Trujillo, y en efecto ha entendido privativamente desde aquel tiempo en todos los asuntos de las cuatro causas de policía, justicia, guerra y hacienda, nombrando comandantes militares sustitutos suyos que bajo sus órdenes han mandado en Trujillo. En el año 1786 se formó la ordenanza de Intendentes de Nueva España, que fue remitida en el 87 al Reino de Guatemala para su observancia en todo lo que fuera adaptable. Esta ordenanza atribuye jurisdicción a los intendentes para conocer de las cuatro causas en sus respectivas provincias. La de Comayagua, o sea Honduras, comprende la Costa de Mosquitos; pero sin embargo

los dos primeros Intendentes, creados desde el año 87 no sólo se abstuvieron de disputar a los particulares, sobre todas las ocurrencias de la Costa de Mosquitos, sino que fueron sustitutos suyos y obraron bajo la dirección de los presidentes".

Y agrega el Libro Blanco:

"(a) El propósito evidente del documento fue el dirimir una colisión de competencias entre el Capitán General de Guatemala y el Intendente de Comayagua. Ninguna otra conclusión puede desprenderse de la lectura de aquél, y del análisis de sus antecedentes inmediatos.

Muy diferente es el caso de la Real Orden de 1803, en donde ese texto no permite interpretación distinta a la de que su propósito fue el de disponer una segregación territorial, y así lo corroboran sus antecedentes y consecuencias.

(b) La Real Orden de 1806 es, sin duda, el ejemplo de una "comisión privativa", el mismo documento lo menciona expresamente. Si la Real Orden de 1803 hubiera tenido el mismo carácter, tal como lo expresa Nicaragua, tendría que tener el mismo contexto de la de 1806, lo que sin esfuerzo alguno debe perentoriamente rechazarse.

(c) Debe observarse además que en ningún caso se refiere la Real Orden de 1806, al Archipiélago de San Andrés y Providencia, incluidas las Islas Mangles". (Op. Cit. Pgs. 46-47-48).

EJERCICIO REAL DE LA SOBERANIA SOBRE LA COSTA DE LA MOSQUITIA.

Existiendo, como existe, duda sobre cuál era el "Uti Possidetis Juris de 1810" sobre la Costa de la Mosquitia, y sobre el Archipiélago de San Andrés, se hace necesario recurrir al estudio de hechos y documentos que, a manera de prueba indiciaria, indiquen quién ha ejercido la soberanía de hecho y de derecho sobre esos territorios.

En lo que se refiere a la Costa de la Mosquitia, comprendida entre el Cabo de Gracias a Dios, en Honduras, y el río Chagres, en Panamá (y que abarca, por lo tanto, toda la costa Atlántica de Nicaragua y Costa Rica) no cabe duda de que Costa Rica siempre ejerció, de hecho y de derecho la soberanía sobre su costa Atlántica, sin ninguna interferencia de Colombia ni de ningún otro país, y que Nicaragua la ejerció de derecho, desde la independencia, y de hecho, desde el 12 de febrero de 1894, cuando el General Rigoberto Cabezas, al mando de una fuerza militar nicaragüense, depuso al caricaturesco gobierno del Rey Mosco, y acabó con la ocu-

pación indirecta de ese litoral por parte de la Gran Bretaña.

Esa situación la confirman, por vía indiciaria, los siguientes documentos:

(a) Las Constituciones nicaragüenses de 1826, de 1838 y de 1858, en las que no se hace referencia a límites con Colombia.

(b) La Constitución nicaragüense de 1911, que en su artículo 1 declara que el territorio de Nicaragua comprende los litorales en el Atlántico y el Pacífico, y las islas adyacentes (sin que esto último signifique que entre ellas debieran estar las del Archipiélago de San Andrés).

(c) Todas las constituciones de Costa Rica, que hacen limitar nuestro territorio con el Océano Atlántico por el Este, sin hacer la menor mención a Colombia como soberana de la costa de la Mosquitia.

(d) El Tratado entre Nicaragua y España, firmado en Madrid el 25 de julio de 1850, que reconoce como nicaragüense el territorio situado entre el Mar Atlántico y el Pacífico conocido antes como la Provincia de Nicaragua. (Si hubiera reconocido la existencia de la costa de la Mosquitia, la Provincia de Nicaragua no tuviera litoral Atlántico).

(e) El Tratado Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858, por el que Costa Rica y Nicaragua se distribuyen el territorio reclamado por Gran Bretaña para el Rey Mosco (y por Colombia para ella, sin ocuparla).

(f) El Tratado de Managua de 28 de enero de 1860, en que Inglaterra reconoció la soberanía de Nicaragua sobre la Mosquitia. Este tratado se sometió a interpretación del Emperador Francisco José de Austria, quien declaró en fallo del 2 de julio de 1881, que la soberanía nicaragüense sobre el litoral atlántico se encuentra limitada por los derechos que el Tratado de 1860 otorga a la Reserva Mosquita. Por cierto que este laudo del Emperador fue denunciado y desconocido por el Gobierno de los Estados Unidos, quien en nota de 23 de noviembre de 1888 reclamó para Nicaragua la plena soberanía sobre la Costa Atlántica, o Costa Mosquita.

(g) El Tratado de 7 de octubre de 1894 entre Nicaragua y Honduras, donde se estableció que ambas naciones tienen soberanía sobre sus litorales. En 1906 el Rey Alfonso XIII de España confirmó ese aserto, y el 18 de noviembre de 1960, la Corte Internacional de Justicia, al fallar sobre la cuestión de límites entre Nicaragua y Honduras producida por diversas interpretaciones del Tratado de 1894,

declaró válido el Laudo del Rey de España, con lo cual endosó la tesis de que ambos países eran soberanos de sus litorales atlánticos.

(h) El Laudo Loubet, emitido por el Presidente de Francia, Emile Loubet como Arbitro entre Costa Rica y Colombia (que en ese entonces abarcaba Panamá) para fijar sus límites, en el que se reconoció que Costa Rica era soberana de su litoral atlántico, por lo menos hasta Punta Mona. Este Laudo, por más que fue rechazado por Costa Rica, ya que pecó de ultra-petita en favor de Colombia, reconoció, sin embargo, que ésta no tenía soberanía sobre nuestra Costa Atlántica, y por lo tanto, tampoco sobre la de Nicaragua, que está más al Norte.

(i) El Tratado de 19 de abril de 1905 (Altamirano-Harrison), por el cual Gran Bretaña reconoce plena soberanía a Nicaragua sobre la Costa de la Mosquitia, y pone fin, de derecho, a la ficción del Reino Mosco y a su pretexto para ocupar, por esa interpósita mano, el litoral nicaragüense en los alrededores de la Boca del Río San Juan, entrada del Canal Interocéánico que desde hacía años planeaban construir, tanto los Estados Unidos, como Gran Bretaña, Holanda y Francia.

(j) El Laudo de Chief Justice White, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, dictado el 12 de setiembre de 1914, en el que declaró con relación al problema limítrofe entre Costa Rica y Panamá, que ni esta nación, ni Colombia, tenían base alguna para pretender la anexión de la Costa Caribe del Sur de Centro América.

EJERCICIO REAL DE LA SOBERANIA SOBRE EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES.

Si en los hechos que confirma la prueba indiciaria de derecho que acabo de examinar, no cabe duda de que Colombia no ejerció soberanía sobre la Costa de la Mosquitia, (que fue ejercida, respectivamente, por Nicaragua y Costa Rica) en los hechos, también, Nicaragua nunca ejerció soberanía sobre las islas que componen el Archipiélago de San Andrés, soberanía que fue ejercida desde la independencia por lo que es hoy la República de Colombia.

No hay la menor duda de que la población que habita las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es colombiana, y jamás ha pensado ser nicaragüense. Nada tiene en común esa población con Nicaragua, ni jamás ha tenido nexos de ninguna clase con los gobiernos nicaragüenses. Ese

solo hecho es más importante que cualquier dudoso título colonial que pudiera exhibir Nicaragua. Como, a la inversa, sería más importante la vinculación respectiva con Nicaragua y Costa Rica que tienen y han tenido los pobladores del litoral Atlántico de esos países, que cualquier título colonial de Colombia emanado de la Real Orden de 1803, y que nunca se concretó con los hechos.

Y esa población se ha formado colombiana, y se siente tal, porque ha sido Colombia la que ha ejercido su soberanía, y la ha educado haciéndola sentirse parte de la patria colombiana.

Nicaragua no puede invocar a su favor ningún documento indubitable que, en forma clara y categórica, afirme que las islas del Archipiélago de San Andrés fueran nicaragüenses. Y así como Colombia nunca se preocupó por acabar con el reino Mosco (que abarcaba la costa atlántica de Nicaragua), ni se enfrentó a las maniobras británicas para tener un pie en la boca del San Juan, como sí lo hizo Nicaragua, por su parte Nicaragua nunca se enfrentó a las maniobras de las potencias navales que pretendían apoderarse de las islas del Archipiélago, como sí lo ha hecho Colombia.

LOS JUSTOS ALCANCES DEL TRATADO BARCENAS-ESGUERRA.

Esta situación de hecho con respecto a la Costa de la Mosquitia y al Archipiélago de San Andrés, quedó justamente zanjada con el tan vituperado Tratado Bárcenas-Esguerra de 24 de marzo de 1928.

Independientemente de los abusos que los Estados Unidos hayan cometido en contra de Nicaragua con las dos ocupaciones militares a que la sometieron, la verdad es que ese Tratado no lesiona la soberanía nicaragüense, ni viene a alterar la situación real que en cuanto al ejercicio de la soberanía sobre sus respectivos territorios ejercían Nicaragua y Colombia al momento de su firma.

La forma misma en que está redactado el artículo 1 de dicho Tratado, es declarativa, en el sentido de que reconoce una situación preexistente, sin modificarla ni alterarla. En efecto, el artículo en cuestión dice así, textualmente:

"ARTICULO 1. La República de Colombia reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la Costa de Mosquitos comprendida entre el cabo de Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas Mangle

Grande y Mangle Chico, en el Océano Atlántico (Great Corn Island y Little Corn Island), y la República de Nicaragua reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho Archipiélago de San Andrés". "No se considerarán incluidos en este Tratado los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana; el dominio de los cuales está en litigio entre Colombia y los Estados Unidos".

Ni siquiera el párrafo segundo de este artículo primero, si se le interpreta bien, resulta lesivo para Nicaragua. Porque lo que allí se dice, más bien la favorece. En efecto se afirma indirectamente la verdad de que los citados cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana no forman parte del Archipiélago de San Andrés. Nicaragua, que hasta entonces nunca había reclamado su soberanía sobre tales cayos, no la renuncia. Simplemente reconoce un hecho que era cierto en aquél momento (1928): el de que el dominio de esos cayos se lo disputaban Colombia y los Estados Unidos. Porque en aquella época, el nuevo Derecho del Mar no había evolucionado lo suficiente como para establecer los alcances de la Plataforma Continental y su efecto en relación con la soberanía del país costanero sobre las meras emersiones de su plataforma que se manifiestan en forma de cayos e islotes.

Mediante el Tratado Bárcenas-Esguerra, Nicaragua consolidó jurídicamente, con título que ya Colombia jamás podría poner en duda, la soberanía que había venido ejerciendo, de hecho, desde 1894, y de derecho, en forma muy poco clara, desde 1810, sobre su costa atlántica, o Costa de la Mosquitia. A cambio de ese reconocimiento que otorgó título jurídico claro e irrefutable a su soberanía sobre el litoral atlántico, Nicaragua no dio realmente nada. Simplemente reconoció un hecho clarísimo, como era el ejercicio de la soberanía colombiana sobre el Archipiélago de San Andrés, desde que esta nación surgió a la vida independiente.

Las alegaciones del Actual Gobierno de Nicaragua, de que Estados Unidos obligó a los gobiernos títeres de entonces a firmar el tratado, resulta muy exagerada. Porque, cabe preguntarse, ¿en qué se beneficiaba Estados Unidos con obligar a Nicaragua a renunciar a una pretendida soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, que en realidad Nicaragua nunca había ejercitado? Y si era cierto que el Gobierno de Nicaragua lo manejaban los Estados Unidos a su antojo, cabe pensar que para los intereses de la gran potencia resultaba más conveniente

que Nicaragua fuera la titular de la soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, y que de hecho ellos, los Estados Unidos la ejercieran, que no que lo fuera Colombia, a quien ni siquiera el actual gobierno de Nicaragua ha acusado de ser, ni entonces, ni ahora, satélite de los Estados Unidos.

En cuanto a las alegaciones de nulidad, basadas en que la constitución de Nicaragua vigente en 1928 prohibía a los Gobiernos celebrar tratados que se opondan a la independencia e integridad de la nación, o que afecten de algún modo a su soberanía, puede alegarse que al hacer un reconocimiento de una situación preexistente, como contrapartida al reconocimiento de otra situación preexistente, los que firmaron, aprobaron y ratificaron el Tratado Bárcenas-Esguerra, no cometieron acto nulo, porque el Tratado no se opone a la independencia, ni a la integridad de Nicaragua, ni afecta su soberanía.

En todo caso, la declaratoria de nulidad de un Tratado no puede hacerse en forma unilateral. Para lograrla tendrían Nicaragua que recurrir a la Corte Internacional de Justicia, o a un Tribunal Arbitral americano o mundial, para pedir que éste la declare, oyendo, desde luego, a la contra-parte, Colombia. Y dadas las razones que he expuesto, no creo que Nicaragua triunfaría en su intento.

Por otra parte, declarar unilateralmente la nulidad de un tratado, alegando que es producto de una imposición de los Estados Unidos, que fue un tercero en ese Tratado, o bien que es contrario a la Constitución vigente a la época de su firma y ratificación, no tiene ningún efecto, para la Comunidad Internacional, ni mucho menos para Colombia. Esta República no tiene por qué acatar la declaratoria de nulidad del actual Gobierno de Nicaragua. Y con ella o sin ella, seguirá ejerciendo la soberanía que siempre ha ejercido sobre el Archipiélago de San Andrés, más de un siglo antes de que tal hecho fuera reconocido por el Tratado Bárcenas-Esguerra.

CONTROVERSIA ENTRE ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA SOBRE QUITASUEÑO, RONCADOR Y SERRANA.

Ya vimos antes como los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana no han formado parte indiscutible del Archipiélago de San Andrés, y cómo desde la década de 1860, Estados Unidos, por medio de una ley doméstica, anexó a su dominio estos cayos, basándose en la muy particular doctrina del derecho de acrecencia, derivado de la explotación

por ciudadanos estadounidenses del guano acumulado en islotes o cayos no sujetos a jurisdicción de otro país.

A partir de 1890, el Gobierno de Colombia comenzó a discutir los proclamados títulos de soberanía de los Estados Unidos sobre los cayos en cuestión. Según afirma el ex Canciller Vázquez Carrizosa en su obra citada:

5. *El Traspaso de la Soberanía Española a la República de Colombia.*

"la República de Colombia sucedió a la Corona Española en la posesión y soberanía de todos los territorios, islas y cayos que pertenecían al Virreinato de Santa Fe o de la Nueva Granada. No hubo interrupción alguna en la efectiva sucesión de la soberanía perteneciente a la Corona de España en los territorios indicados por parte de la República de Colombia. La independencia proclamada el 20 de julio de 1810 en algunas provincias de la futura República hoy llamada Colombia, se hizo efectiva y permanente después de la batalla librada en Boyacá el 7 de agosto de 1819 y, posteriormente, el Congreso de Colombia, reunido en la ciudad de Angostura, en Venezuela, expidió la ley fundamental de la República de Colombia del 17 de diciembre de dicho año.

Tanto la Ley Fundamental de 1819 como la posterior de 1821, lo mismo que la Doctrina sostenida invariablemente por la República de Colombia desde los tiempos del Presidente Simón Bolívar, expresaron de manera clara e inequívoca que la nueva nación, al constituirse, reivindicaba para sí, la totalidad del territorio comprendido en el antiguo Virreinato de Santa Fe o de la Nueva Granada.

A esa doctrina, que mereció la acogida y aplicación por parte de todas las nuevas naciones surgidas del dominio español en América se le dio el nombre de "Uti Possidetis Juris de 1810". Con ella debe interpretarse el proceso histórico Internacional de Colombia y de las Naciones Hispanoamericanas. Cualquier otro criterio que se aplique para el estudio de los títulos de soberanía de las Naciones Hispanoamericanas en sus respectivos territorios carecería de fundamento y resultaría contradictorio con la realidad histórica de los mismos países. En efecto, ocurrió en América Latina el caso único en el Mundo de que, simultáneamente, surgieron a la vida independiente varias naciones y que, todas ellas, adoptaron como norma o criterio para la reivindicación de la soberanía territorial la doctrina del "Uti Possidetis Juris de 1810".

No cabe entonces admitir la alegación de que alguna parte del territorio continental o insular de los Virreinos, Audiencias o Capitanías Generales del dominio español, después de la independencia proclamada el año 1810, pudiera considerarse como vacante o "Res Nullius".

Según el entonces Canciller de Colombia, Vázquez Carrizosa, las argumentaciones de los Estados Unidos a favor de sus tesis son totalmente deleznales. Los argumentos se basan en los siguientes hechos y disposiciones legales:

a) La Ley del 18 de agosto de 1856, incorporada en los artículos 5570 a 5578 de los Estatutos de los Estados Unidos sobre las llamadas "Islas del Guano" (Guano Islands).

El Artículo 5570 de tales estatutos dispuso:

"Cuando un ciudadano de los Estados Unidos descubra un depósito de guano en una isla, roca o cayó, que no está bajo la jurisdicción legal de ningún otro gobierno y tome pacífica posesión de él, y ocupa la isla, roca o cayó, a discreción del Presidente, puede ser considerado como perteneciente a los Estados Unidos";

b) El hecho de que el ciudadano de los Estados Unidos J.W. Jennett introdujera en 1869 una petición consecuente con las disposiciones de la ley de 1856 sobre las "Islas del Guano" y obtuviera patente o privilegio de explotación de los Cayos Quitasueño, Roncador y Serrana;

c) La lista publicada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos en 1869, 1885 y 1893 de las "Islas del Guano" en que aparecen los mencionados Cayos;

d) La circunstancia de ser dichos Cayos territorios "Res Nullius" sujetos, por lo tanto, a la soberanía de cualquier Estado ocupante que efectuar actos positivos de dominio;

e) La proclamación del Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, del 5 de junio de 1919, apoyándose en la Ley de 1856, mediante la cual declaró que el Cayo Roncador quedaba desde ese mismo momento bajo la jurisdicción de los Estados Unidos.

La Ley del 18 de agosto de 1856, incorporada en los Estatutos de los Estados Unidos, —alega el Dr. Vázquez Carrizosa—, carece de fundamento ante el Derecho Internacional y constituye un simple acto unilateral de un Estado por el cual autoriza a sus ciudadanos a tomar posesión de territorios que podrían ser declarados vacantes o "Res nullius" por la declaración que hagan los mismos interesados en explotarlos bajo la jurisdicción de los Estados Unidos. En otras palabras, la ley en cuestión no podía originar un derecho y menos un título para la explotación de territorios que no pertenecían a los Estados Unidos. Ocurría, tan solo una ocupación de soberanía ajena, lo que no es permisible en el Derecho Internacional General y menos aún en el Americano.

Dada la existencia de títulos de soberanía de Colombia, se pregunta el ex Canciller, ¿cuál era el fundamento de la Ley del 18 de agosto de 1856? ¿cómo podía concebirse que los Estados Unidos adquirieran por una ley del Congreso de ese país, sin mandato internacional alguno, título semejante o superiores a los de otro Estado soberano en el mismo territorio? Si la causa del derecho de Jennett era la ley del Congreso de los Estados Unidos, existía una nulidad en sus pretensiones, por cuanto una ley nacional no puede, por sí sola, tener efectos internacionales en otro Estado.

Admitir lo contrario —concluye don Alfredo— sería aceptar que el Congreso de los Estados Unidos gozaba de competencia para legislar no solamente sobre el territorio de ese país, sino para los demás del Continente y aún, de otros hemisferios. Nada de lo cual estaba previsto en los tratados vigentes, en la costumbre o en los principios del Derecho Internacional.

La Protesta Colombiana de 1891.

La primera reivindicación colombiana sobre lo que esa nación reclama como sus derechos en los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana, se originó en una nota del 5 de noviembre de 1890, en que el entonces Ministro de Relaciones Exteriores colombiano, don Antonio Roldán, giró instrucciones al encargado de Negocios de su país en Washington para que indagara acerca de la afirmación del señor Jennett, relativa a la autorización dada por el Gobierno de Estados Unidos para explotar el guano acumulado en esos cayos. En la parte más importante la nota dice así:

"Sírvasse Ud., poner este hecho en conocimiento del Señor Secretario de Estado, denunciándolo como un atentado contra la soberanía territorial de Colombia y como una usurpación de sus rentas. Ud., se servirá, expresar que el Gobierno Colombiano no puede dar crédito a la afirmación de Jennett relativa a la autorización dada por el Gobierno de los Estados Unidos, pues es incapaz de admitir que la lealtad y justicia que caracterizan a esa República pudieran consentir un acto eminentemente inicuo y atentatorio a nuestros más sagrados derechos.

Si resultare que efectivamente ese Gobierno ha concedido el permiso de que habla aquel explotador, Ud., manifestará que semejante concesión es nula y constituye una usurpación de nuestro territorio, para lo cual se servirá exponer que los islotes de Roncador y Quitasueño forman parte integrante del Archipiélago de Providencia que pertenece y ha pertenecido

siempre a la República. Que los Cayos han estado sometidos lo mismo que las islas mayores, a la jurisdicción de Colombia, pues los habitantes de San Andrés y Providencia reparten el tiempo entre estas islas y los otros islotes, a donde se trasladan a recoger carey en ciertas épocas del año.

Que el Gobierno ha ejercido actos de dominio sobre el guano de Roncador y de los otros islotes pues en distintas épocas ha puesto en arrendamiento la explotación de esos depósitos, sin que jamás se haya reclamado en contra de sus derechos".

La proclama del Presidente Wilson en 1919.

El 5 de junio de 1919 el Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, dictó una proclama por la que hizo saber que "el cayo Roncador, situado en la parte occidental del Mar Caribe, sea y quede reservado para fines de erección de faros, reserva que se considera necesaria en interés público con sujeción a la acción legislativa que el Congreso de los Estados Unidos puede tomar al respecto".

Frente a esta proclama, el Gobierno colombiano no ha manifestado que:

"Ante el Derecho Internacional y el Derecho Colombiano la Proclama del Presidente de los Estados Unidos carecía de toda validez, por cuanto no se trataba de un territorio vacante o desprovisto de soberanía y porque no existe regla alguna de la ley de las naciones que le permita a un Estado ocupar el territorio de otro para instalar señales de navegación. El derecho de ocupación territorial en América no ha sido consagrado en la doctrina, ni en los Tratados".

Apasionada e injusta acusación del actual gobierno de Nicaragua contra el de Colombia.

En el Libro Blanco publicado por el Ministerio del Exterior de Nicaragua sobre la nulidad del Tratado Bárcenas-Esguerra, se relata cómo en 1909 comienza para Nicaragua "un negro periodo de intervención militar y política por parte de los Estados Unidos, que se prolonga por sesenta años, hasta la victoria de la insurrección popular sandinista el 19 de julio de 1979". Y se dice luego que "en 1912 los marinos norteamericanos invaden Nicaragua, y los banqueros de Nueva York se apoderan de los ferrocarriles, los bancos, las aduanas, los puertos, las minas. . ." y después hacen una afirmación afrentosa e injusta para Colombia, que no se compagina con la posición asumida por los gobiernos colombianos frente a los Estados Unidos, en defensa de lo que creían suyo. El párrafo afrentoso dice así:

"El tal Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra, sin embargo, no se improvisa en 1928, sino que desde 1916 se había venido fraguando en el contubernio del gobierno colombiano con los Estados Unidos. El estado de postración en que se encontraba Nicaragua en ese entonces, se manifiesta claramente en el absoluto irrespeto que mereció a las fuerzas de ocupación el que la Constitución Política de Nicaragua prohibiera tajantemente la suscripción de Tratados que lesionaran la soberanía nacional, o que implicaran un desmembramiento del territorio patrio. El Tratado se firma el 24 de marzo de 1928. El 10 de Abril de ese mismo año, es decir, dieciséis días después de la firma del Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra, se firma un acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos, redactado en forma de un cambio de notas, pero, según consta en las mismas, con la fuerza de un Tratado sobre el "status" jurídico de los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana".

Las Notas Olaya-Kellogg de 1928.

El cambio de notas a que se refiere el Libro Blanco de Nicaragua, como si fuera parte de la conspiración de Colombia con los Estados Unidos para arrancarle a los nicaragüenses la soberanía sobre los cayos (que, hasta 1928 jamás habían reclamado), son las que intercambiaron el entonces Ministro Plenipotenciario de Colombia en Washington, Dr. Enrique Olaya Herrera (que luego sería Presidente muy democrático de esta nación) y el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos, Frank B. Kellogg.

Estas notas ni constituyeron concesión de Colombia a los Estados, ni menos violación de la soberanía nicaragüense. Tan sólo se dispuso —mediante ellas— conservar el "Statu Quo" y admitir un "Modus Vivendi", para el doble efecto de colocación de señales de navegación por parte de los Estados Unidos, y de pesca en dichas aguas para los ciudadanos colombianos. Colombia reconocía, mediante esa nota, una situación de hecho y de derecho estipulada en el Tratado Bárcenas-Esguerra, que admitió la existencia de un litigio sobre Quitasueño, Roncador y Serrana entre esa nación y los Estados Unidos.

EL TRATADO DE 1972 ENTRE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS.

El intercambio de notas que produjo el citado "Modus Vivendi" no hizo cejar a los colombianos en su empeño en definir a su favor el llamado litigio sobre los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana.

En 1969, el entonces Canciller de Colombia, y luego gran Presidente de ese país, Dr. Alfonso López Michelsen, renovó las gestiones para que Estados Unidos renunciara a su pretendida soberanía sobre los cayos. Sus gestiones fueron continuadas con el mismo vigor por el Dr. Alfredo Vázquez Carrizosa, Canciller colombiano en el cuatrienio de 1970 a 1974. Las alegaciones de este distinguido jurisconsulto de Colombia se concretaron en un sólido Memorándum fechado en junio de 1971, que el Canciller entregó al Embajador norteamericano Leonard J. Saccio. Las Conclusiones Generales que se hacen al final del Memorándum resumen en forma admirable la posición de Colombia, por lo que es muy interesante reproducirlas textualmente:

"Como consecuencia de las observaciones anteriores y del análisis que se ha hecho en este Memorando sobre el caso de los Cayos Quitasueño, Roncador y Serrana, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

I. El descubrimiento de América en 1492 y la historia del Archipiélago de San Andrés y Providencia en el Mar Caribe hacen inverídica la alegación de un ciudadano de los Estados Unidos de haber "descubierto" en 1869 los Cayos Quitasueño, Roncador y Serrana, en el mismo Archipiélago.

II. El Gobierno de España que entró en posesión de tal grupo de islas, determinó en 1595 que una de ellas, la de Santa Catalina, fuese fortificada, con el objeto de situar allí una guarnición que le aseguraba el tranquilo dominio de esa parte de sus posesiones.

III. A pesar de las incursiones de los bucaneros y piratas en esas islas, éstas continuaron bajo el dominio del Gobierno de España y por Real Orden del 30 de noviembre de 1803 se anexó definitivamente al Virreinato de Nueva Granada el mencionado Archipiélago, junto con toda la costa comprendida desde Chagres hasta el Cabo Gracias a Dios.

IV. Uno de los efectos inmediatos de la citada Real Orden de 1803, fue el de que las autoridades del Virreinato de Nueva Granada enviaron una expedición exploradora con el objeto de recorrer la costa e islas recientemente anexadas.

V. El traspaso de la soberanía española a la República de Colombia se hizo desde 1810, y posteriormente, las Leyes Fundamentales promulgadas en Angostura y en Cúcuta, en 1819 y 1821, reivindicaron para la nueva nación independiente la totalidad del territorio que hacía parte del Virreinato de Nueva Granada.

VI. No hubo en América territorios vacantes o "res nullius" dentro de los antiguos Virreinos o Capitanías Generales que declararon su independencia de España. Espontáneamente reconocieron dichos Estados en sus constitu-

ciones o en los convenios celebrados entre sí, un principio fundamental de delimitación, a saber: el "Uti Possidetis Juris de 1810", con arreglo al cual adoptaron por base de sus fronteras las divisiones administradas por la Metrópoli.

VII. En 1856, el Secretario de Estado de los Estados Unidos reconoció la validez de este principio de delimitación que eliminaba la existencia de territorios "Res Nullius". De modo tal, que no cabía en el propio año, ni en los posteriores el que un ciudadano de los Estados Unidos ocupara por "descubrimiento" un territorio colombiano.

VIII. Las concesiones otorgadas al señor Jennett, según la ley del 18 de agosto de 1856 de los Estados Unidos, carecen de toda validez ante el Derecho Colombiano y el Derecho Internacional por tratarse de territorio que hacía parte de la República de Colombia, como Estado soberano.

IX. Los actos de dominio y de soberanía de Colombia en el Archipiélago de San Andrés y Providencia son indiscutibles.

X. El Laudo Arbitral del Presidente de Francia de 1900, proferido entre Colombia y Costa Rica, es un título válido de soberanía de Colombia en el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se añade a los anteriores títulos y circunstancias.

XI. Colombia no pudo colocar señales de navegación en los mencionados cayos porque los Estados Unidos no le permitieron, por un acto administrativo, disponer de los elementos contratados para hacerlo.

XII. En tal situación, la proclama del Presidente Wilson era un anuncio de ocupación de un territorio perteneciente a la República de Colombia y sin su consentimiento.

XIII. Las notas Olaya-Kellogg de 1928 no constituyen una cesión de territorio colombiano, ni un reconocimiento de la soberanía de los Estados Unidos en los cayos aludidos, sino un "Modus Vivendi" y un "Statu Quo".

XIV. El Derecho Americano aceptado por los Estados Unidos tampoco acepta la existencia de territorios "Res Nullius" en América, ni la ocupación de ninguno que pertenezca a la soberanía de los Estados Americanos".

Finalmente, convencido por las argumentaciones colombianas, el Gobierno de los Estados Unidos accedió a firmar el Tratado Vázquez Carrizosa-Saccio, el día 8 de setiembre de 1972. Su artículo primero, que es el de mayor importancia, dice escuetamente:

"ARTICULO I. De conformidad con los términos de este Tratado, el Gobierno de los Estados Unidos de América renuncia por el presente, a cualquiera y a todas las reclamaciones de soberanía sobre Quitasueño, Roncador y Serrana".

Este tratado culmina un período de hábiles negociaciones de la diplomacia colombiana con la primera potencia del mundo, en las que en todo momento demostró altivez, energía, al mismo

tiempo que el indispensable cometimiento de hecho y de palabra para alcanzar el fin que se había propuesto.

LA FRONTERA MARITIMA DEL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES Y LA NOTA DEL CANCELLER NICARAGUENSE MONTIEL ARGUELLO

El Acta de Canje de ratificaciones del Tratado Bárcenas-Esguerra, completó dicho instrumento con la siguiente declaración:

"Los infrascritos, en virtud de la plenipotencia que se les ha conferido, y con instrucciones de sus respectivos Gobiernos, declaran: que el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la Cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente del Meridiano 82 de Greenwich".

Sin embargo, el 7 de octubre de 1972, después de firmado el Tratado Vázquez Carrizosa-Saccio, el entonces Canciller de Nicaragua, Dr. Alejandro Montiel Argüello, presentó a la Cancillería colombiana la siguiente Nota, que me fue consultada en mi carácter de Ministro de Relaciones de Costa Rica, y que aprobé por estimar muy atinada y oportuna:

"Nicaragua no puede aceptar el criterio sustentado por el ilustrado Gobierno de Colombia en el sentido de que el Meridiano 82 de Greenwich a que se refieren el Decreto legislativo de 5 de abril de 1930, y el Acta de Canje de Ratificaciones del Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra, fije la línea divisoria de las respectivas áreas o zonas marítimas, porque tal afirmación es una interpretación que se aparta de la letra y el espíritu de su redacción, que es clara y terminante al expresar que el Archipiélago de San Andrés y Providencia que se menciona en la Cláusula Primera del Tratado no se extiende al occidente del citado Meridiano.

De su contenido no se puede concluir que la zona situada al oriente de dicha línea pertenezca a Colombia en toda su extensión, hacia el norte y hacia el sur, porque sus efectos son solamente determinar en forma restrictiva y limitativa hasta dónde llega el Archipiélago por el rumbo occidental y no en otra dirección, puesto que constituye una simple "Line of allocation", que no separa territorios ni determina fronteras.

Por otra parte, en la época en que se firmó el Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra y se produjo su aprobación por el Congreso de la Repúbli-

ca de Nicaragua, aún no se había reconocido la existencia jurídica de la Plataforma Continental. Por consiguiente, cualquier interpretación que se pudiera dar a sus disposiciones no sería suficiente para sostener que Nicaragua ha renunciado derechos que aún no se reconocían y que han venido fundamentándose por la evolución del Derecho Internacional.

Sin entrar, por el momento, a considerar la validez del Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra, sus antecedentes históricos y jurídicos, ni las circunstancias que rodearon su celebración, Nicaragua reitera que los bancos que se encuentran situados en esa zona forman parte de su Plataforma Continental, por lo que está dispuesta a utilizar todos los procedimientos pacíficos que señala El Derecho Internacional para salvaguardar los derechos que legítimamente le corresponden".

La nota de contestación mía a la Cancillería nicaragüense, en relación con la consulta que por medio de su Embajador en Costa Rica se me hizo sobre la antes transcrita, dice textualmente:

"Señor Embajador:

Tengo el honor de referirme a las notas de Vuestra Excelencia de 10 y 17 de octubre de 1972. En ellas se expone la posición del Ilustrado Gobierno de Nicaragua en relación con el Tratado firmado por los Gobiernos de Estados Unidos de América y de Colombia sobre la situación de los bancos de Quitasueño, Roncador y Serrana, y en nombre de la Honorable Junta Nacional de Gobierno, se solicita el apoyo de mi Gobierno para la posición adoptada por el de Vuestra Excelencia frente a tal Tratado.

Después de estudiar cuidadosamente el caso, inclusive los argumentos dados por la Cancillería de Colombia en defensa de su tesis, y con instrucciones del señor Presidente, tengo el agrado de exponerle lo siguiente:

Considera mi Gobierno que los Cayos e Islotes denominados Roncador, Quitasueño y Serrana están ubicados en la plataforma continental de la República de Nicaragua.

En consecuencia de acuerdo con el art. 2do. de la Convención sobre Plataforma Continental, aprobada en Ginebra en abril de 1958 y

vigente en nuestros Estados, Nicaragua ejerce soberanía sobre tales bancos partes de su plataforma continental, a los efectos de la exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Y de acuerdo con el párrafo 2do. del artículo, tales derechos son exclusivos de Nicaragua aunque no haya explorado ni explotado hasta ahora esos recursos naturales, sin que nadie pueda emprender tales actividades para reivindicar la plataforma continental, sin expreso consentimiento del Estado Nicaragüense. Además debe tenerse en cuenta, para reforzar la tesis del Ilustrado Gobierno de Nicaragua, que de acuerdo con el párrafo 3ro. del mismo art. 2do. "los derechos del Estado Ribereño sobre la plataforma continental son independientes de la ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa".

En razón de lo expuesto considera mi Cancillería que aunque en algún Tratado de que fuera parte Centroamérica se haya establecido en términos generales que el Archipiélago de San Andrés y Providencia pertenece a Colombia, *tal concepto general no puede involucrar bancos sumergidos o no, que forman parte integral de la Plataforma Continental de Nicaragua.*

Las disposiciones que se han citado del art. 2do. de la Convención sobre Plataforma Continental, son posteriores a los Tratados en que la Ilustrada Cancillería Colombiana basa su reclamo de soberanía y, además son específicamente para esta zona del territorio nicaragüense que se encuentra adyacente a sus costas bajo sus aguas territoriales o patrimoniales, *o sumergidos parcialmente en ellas.*

En razón de lo expuesto, mi Gobierno se complace en manifestar que apoya la posición que el Gobierno de Nicaragua ha asumido frente a los Gobiernos de Estados Unidos de América y de Colombia, partes del tratado firmado por el distinguido Canciller Alfredo Vázquez Carrizosa y el Embajador Leonard J. Saccio.

Desea mi Gobierno destacar el respeto a la jurisdicción internacional que los Gobiernos de Estados Unidos y de Colombia han demostrado en sus actuales relaciones interamericanas. Por ello está seguro de que las dos partes del Tratado en referencia estarán muy anuentes a discutir directamente con el Gobierno de Nicaragua la mejor forma de resolver este diferendo, y que en caso de que no fuera posible llegar a una solución directa, cree mi gobierno que las partes habrán de encontrar en el Tratado sobre solución Pacífica de Controversias, o Pacto de Bogotá, la manera de dirimir pacíficamente la contienda.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi distinguida consideración".

Gonzalo J. Facio
Ministro de Relaciones Exteriores de
Costa Rica".

LA PLATAFORMA CONTINENTAL DE NICARAGUA.

La tesis que expuse en mi nota que acabo de transcribir, se robustece con las siguientes consideraciones geomorfológicas, a las que también hace referencia en su parte mejor lograda, el Libro Blanco del Ministerio del Exterior de Nicaragua.

En los mapas del Servicio Geodésico de los Estados Unidos, en los del National Geographic Institute y en los de otras autoridades mundiales en la materia, se identifica como "Elevación de Nicaragua" (Nicaraguan Rise) el sistema de crestas submarinas que configuran los fondos del mar Caribe frente a la costa nicaragüense.

La "Elevación de Nicaragua" está situada entre dos profundas cuencas, la de Yucatán al Norte, y la de Colombia, al Sur. Esta última cuenca tiene una anchura de centenares de millas marinas, y su fondo abismal, claramente definido, constituye un inmenso abismo que separa los territorios submarinos de Nicaragua y Colombia. En consecuencia, no existe ninguna plataforma continental común entre ambos países. Entre la muy extensa de Nicaragua, y la restringida de Colombia, está la gran fosa marina que se abre frente a las poco extensas plataformas continentales de Costa Rica y Panamá.

Dentro de la "Elevación de Nicaragua", emergen una serie de islas, islotes, cayos y bancos, de igual manera que en la masa continental de un Estado se elevan montañas, picos, cordilleras y volcanes. Dentro de esas emersiones están, no solamente las islas del Archipiélago de San Andrés y los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, sino que también la isla de Jamaica.

El actual régimen gobernante en Nicaragua pretende que, tanto las islas del Archipiélago de San Andrés, como los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana, están bajo su jurisdicción, porque son parte de la Plataforma Continental nicaragüense, prolongación submarina de su territorio continental emergido.

De admitirse este criterio, habría que llegar también a la conclusión de que la isla de Jamaica, que es el territorio de un Estado independiente, hace parte también de Nicaragua, y está sometido a su soberanía.

Esta regla general de que todo lo que emerja a la superficie marina desde la Plataforma Continental de un país, pertenece al país del que forma parte la Plataforma, no puede aceptarse. Las islas propiamente tales, sobre todo aquellas que son habitables y que tienen vida propia, no pueden

considerarse meras emersiones de la plataforma continental del respectivo país costanero, sino territorios independientes de la Plataforma, que pueden ser descubiertos y sujetos a la soberanía del país descubridor (como las islas del Archipiélago de San Andrés) o de sus sucesores, o que pueden ser territorio de una nación independiente, como la isla de Jamaica. Sólo las emersiones en forma de cayos, islotes, y bancos, incapaces de tener vida propia y de ser habitados, siguen la suerte de la plataforma continental de la cual emergen.

Por ello podemos llegar a la conclusión que la soberanía de las islas que forman parte del Archipiélago de San Andrés (principalmente la propia isla de San Andrés, la de Providencia y la de Catali-

na), lo mismo que la isla de Jamaica, pese a que emergen de la extensísima Plataforma Continental de Nicaragua, políticamente no forman parte de ella, sino que tienen una naturaleza independiente. Y, por todas las razones expuestas en este trabajo, las citadas islas del Archipiélago de San Andrés están sometidas a la soberanía de Colombia, así como la isla de Jamaica está sometida a la soberanía de la nación que la habita.

En cambio, los cayos de Quitasueño, Roncador y Serrana, por no tener vida independiente de la Plataforma Continental de que emergen, deben estar sometidas a la soberanía de quien la ejerza sobre la Plataforma Continental del Estado costanero, sea la República de Nicaragua.

* * *

LA PROPIEDAD AGRARIA

*Dr. Rodrigo Barahona Israel, Profesor de la
Facultad de Derecho de la Universidad de
Costa Rica.*

La presente ponencia ha sido preparada para este coloquio, en el cual estimables colegas ya han expuesto los aspectos más generales del derecho de propiedad, por lo que resulta innecesario repetir conceptos tan bien explicados con anterioridad a mi intervención. Si deberé, sin embargo, hacer referencia a conceptos de teoría general del derecho aplicables a la propiedad como situación jurídica, y más específicamente a la propiedad agraria, en la medida en que puedan ser utilizados como instrumentos metodológicos para la individualización de la propiedad agraria como instituto propio del derecho agrario. En el breve espacio de que disponemos, sería imposible desarrollar exhaustivamente el tema tan amplio y complejo de la propiedad agraria, por lo que mis palabras se limitarán principalmente a señalar los aspectos fundamentales de la propiedad agraria en el derecho costarricense, dentro de un contexto de análisis jurídico que consideramos fructífero para la caracterización de los tipos especiales de propiedad, objetivo fundamental de este coloquio.

Los principios metodológicos que debemos utilizar en la identificación de las características individualizadoras de la propiedad agraria, son en mi criterio los señalados, al menos en sus aspectos fundamentales, por el profesor Salvatore Pugliatti, cuyos escritos (1) sobre la propiedad y los distintos tipos de propiedades especiales son uno de los

principales aportes innovadores en esta materia. Muy sucintamente, el profesor Pugliatti explica que en el derecho de propiedad debe distinguirse entre la función y la estructura del derecho, que yo interpreto como una distinción entre la función social que cumple el Instituto Jurídico y la estructura conforme a la cual se integran las situaciones de los sujetos para satisfacer los intereses de la comunidad subyacentes al Instituto Jurídico. La función se refiere a la utilidad social de la propiedad agraria como bien productivo apto para la satisfacción de necesidades de la comunidad. Los intereses de la comunidad, que son en última instancia la "ratio legis" de la tutela de la propiedad agraria, se manifiestan a través de la función que jurídicamente se le asigna. La estructura de la propiedad agraria como derecho subjetivo se refiere a los poderes y deberes de su titular, los terceros, y los órganos administrativos con competencia en materia agraria, y constituye el medio para lograr realizar la función social de este Instituto Jurídico.

El concepto de función del derecho de propiedad se especifica, se individualiza en primer lugar, de conformidad con la naturaleza de los bienes sobre los cuales se ejerce este derecho. La propiedad agraria, definida como propiedad de la base material de la empresa agraria se caracteriza por consiguiente en primer lugar por su naturaleza productiva. Se trata de un tipo de propiedad de bienes que

(1) Ver especialmente el ensayo "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)" en el volumen, "La proprietà nel nuovo diritto", Giuffrè, Milano, 1964, págs. 299 y siguientes.

no se destinan al consumo, sino que por el contrario, son aptos para producir bienes para el consumo (2). Esta distinción, desarrollada principalmente por la ciencia económica, tiene una gran importancia también para el derecho, y permite incluso establecer una clasificación de los bienes distinta de la tradicional. En otras palabras, constituye un punto de apoyo para distinguir entre el derecho "genérico" de propiedad y los regímenes especiales de "las propiedades" integrados estos últimos con base en la naturaleza misma de los bienes objeto del correspondiente derecho.

Desde el punto de vista metodológico, es claro que la distinción entre función y estructura del derecho de propiedad no debe ser llevada a extremos, puesto que es únicamente un medio de análisis. Los regímenes especiales de la propiedad, tal como el de la propiedad agraria, constituyen un fenómeno jurídico unitario, por lo que la función y la estructura se influyen recíprocamente. El destino socialmente determinado del bien productivo se garantiza mediante un conjunto de derechos y deberes, cuyo ejercicio y cumplimiento son a su vez determinantes de la "función social" con vista de la cual se tutela jurídicamente la tierra productiva. Por lo demás, y haciendo un pequeño paréntesis, la distinción entre función y estructura se ha proyectado en el campo de la interpretación del derecho, —la Escuela Libre y la Jurisprudencia de Intereses son "funcionalistas" mientras que la Jurisprudencia de Conceptos es "estructuralista"— en el que también se ha hecho evidente la necesidad de unificar las posiciones extremas, confirmándose el carácter unitario de los fenómenos jurídicos.

La propiedad agraria está sujeta a un mismo régimen jurídico especialmente desde el punto de vista de su función, toda vez que pueden encontrarse diferencias importantes entre "propiedades agrarias" tomando en consideración los derechos y deberes del titular y de los demás sujetos del ordenamiento jurídico, a lo cual me referiré más adelante. La tierra es desde luego el bien fundamental con relación al cual puede hablarse de propiedad agraria, aunque el concepto comprende la impor-

tancia social de la tierra, ha determinado que se la utilice como eje central en la clasificación tradicional de los bienes acogida por el Código Civil costarricense. Todos los bienes se clasifican en relación con la tierra, y la distinción fundamental que contiene el Código Civil, o sea aquella entre bienes inmuebles y muebles bienes, está fundada sobre la tierra (3). Pero la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles, y sobre todo la clasificación de la tierra como bien inmueble, ya no es suficiente para fundamentar en el derecho positivo categorías especiales de propiedad, como la propiedad agraria, puesto que esta no es solo inmueble sino también mueble. En otras palabras, el concepto de propiedad agraria supone una superación de los criterios de clasificación de los bienes que contiene el Código Civil, y al operarse esta superación ya no puede hablarse de bienes muebles e inmuebles, ni mucho menos de las otras clasificaciones que contiene el Código Civil (entre bienes fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, etc.) para caracterizar a la propiedad agraria como tipo especial de propiedad. Hablamos de una propiedad especial por su destino específico, una función social determinada, y una estructura dogmática distinta, que debe estudiarse no como bien mueble o inmueble sino como bien productivo. Esta función social es determinante en la aparición de distintos regímenes especiales de propiedad, y se ejerce con vista de los destinos diversos que la comunidad asigna a los distintos bienes, como bien ha explicado el profesor Antonio Hernández Gil (4).

La característica esencial de la estructura del derecho de propiedad agraria radica en que el mismo es un "derecho-deber". El principio de que la propiedad de la tierra productiva "obliga", implica que la estructura del derecho de propiedad agraria se encuentre integrado por deberes especiales, y por un modo también especial de ejercer las facultades inherentes, que le dan una cierta autonomía respecto del derecho de la propiedad de la tierra tal y como se regula en el Código Civil. Por consiguiente, para la caracterización de la propiedad agraria es necesario hacer referencia a la legislación

(2) Sobre la tierra como bien productivo ver la explicación del concepto y referencias bibliográficas en "Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamiento de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales" de Rodrigo Barahona Israel, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, No. 22, 1973, págs. 299-300.

(3) Artículos 254-255 del Código Civil costarricense de 1888.

(4) Ver "La función social de la posesión", Alianza Editorial, Madrid, 1969, págs. 171-174.

especial, que establece disposiciones sobre la tierra como bien productivo con una función social determinada y distinta.

También puede enfocarse el carácter especial de la propiedad agraria utilizando otro punto de vista, partiendo del cual, puede hablarse de un elemento formal y de un elemento sustancial de la propiedad agraria como fenómeno jurídico. Hablamos de elemento sustancial para hacer referencia a los intereses tutelados, y de elemento formal para aludir a la calificación jurídica que el ordenamiento otorga a esos intereses (5). En este sentido el elemento sustancial de la propiedad agraria radica en su destino a una función social determinada, que se actualiza en la estructura del derecho mediante la atribución formal de deberes y poderes correspondientes.

Las características especiales de la propiedad agraria se aprecian desde los distintos ángulos en que puede analizarse el derecho de propiedad. Dicho en forma muy somera, el derecho de propiedad puede verse desde el punto de vista de su modo de adquisición, o sea, de como se convierte un sujeto del ordenamiento en titular del derecho; lo podemos ver en segundo lugar desde el punto de vista del disfrute del derecho de propiedad, es decir de las modalidades de goce; en tercer lugar, con relación a las facultades de disposición del derecho de propiedad; finalmente, tomando en consideración formas no negociales de extinción del derecho.

Tradicionalmente se han considerado como atributos típicos del derecho de propiedad el derecho de goce y el derecho de disposición, sin hacer mayores distinciones en el ejercicio de los atributos en cuanto a los distintos "tipos" de propiedad. Estos atributos esenciales se han visto modificados en el derecho agrario positivo en relación con el derecho de propiedad agraria, toda vez que el "gocce" ha de ser una utilización productiva de la tierra en cumplimiento de la función social. Los medios de adquisición especiales de la propiedad agraria consisten en tipos especiales de "usucapión", que contribuye a individualizarla como tipo especial de propiedad. En cuanto a las formas de extinción del derecho de propiedad agraria, además de la expropiación, merece mencionarse en el derecho agrario

comparado, la prescripción negativa. La prescripción es un instituto innovativo, toda vez que ha sido un dogma a través de la historia el que la propiedad "no prescribe". En algunos ordenamientos modernos sin embargo, se ha modificado esta situación y se ha establecido la prescripción negativa del derecho de propiedad cuando la inercia del titular se mantiene durante un determinado período de tiempo. La inercia del titular del derecho de propiedad agraria se califica como falta de cultivo de la propiedad productiva, y da lugar a la pérdida del derecho sin indemnización. Esta causal de extinción del derecho de propiedad agraria ha sido incluida en un proyecto de ley que reforma la Ley de Tierras y Colonización de 1961, pero la misma puede resultar inconstitucional en Costa Rica con vista del artículo 45 de la Constitución Política (6).

Las características particulares de la propiedad agraria en el derecho costarricense se encuentran, como decíamos, en la legislación agraria especial. En nuestro derecho positivo, la Constitución Política, como orden normativo superior, no establece claramente que la propiedad debe ejercerse en función social, aunque sí permite establecer limitaciones de "interés social" a la misma, en aras a lo que denomina el artículo 45, "motivos de necesidad pública". No hay una definición precisa de que la propiedad deba ejercerse en función social desde el punto de vista del derecho constitucional, pero sin embargo la Corte Suprema de Justicia, especialmente con ocasión de un veto Presidencial a la ley que estableció la función social de la propiedad de la tierra (7) ha consolidado el principio de que la propiedad debe cumplir una función social. En otras palabras, la propiedad, particularmente la propiedad agraria, es tutelada en la medida en que se ejerza con vista de los intereses de la comunidad, los cuales se caracterizan en la estructura del "derecho-deber" de propiedad agraria mediante la imposición al titular de la obligación de cultivar la tierra. En defecto de cumplimiento de ese deber, el propietario puede ser privado de ella mediante la expropiación, sin embargo, y valga la observación, con el fin de hacer la distinción del régimen de propiedad agraria a todos los niveles del ordenamiento jurídico, el verdadero problema de deter-

(5) Sobre la aplicación de este método de análisis jurídico al derecho costarricense ver Víctor Pérez Vargas, "Existencia y capacidad de las personas", San José, 1976.

(6) Según la garantía a la propiedad privada contenida en este artículo, no puede haber "privación" de la propiedad sin "indemnización".

(7) Corte Suprema de Justicia, Sesión No. 46, de las 14 horas del 11 de setiembre de 1961.

minar el alcance de la función social de este tipo de propiedad radica precisamente en que el artículo 45 de la Constitución Política no establece ni reconoce regímenes diversos de propiedad. En otras palabras, la Constitución Política regula la propiedad en términos genéricos, con ese concepto de Propiedad que no reconoce los distintos tipos de la misma, sin reconocer diferencias tan claras como las que existen entre bienes productivos y bienes de consumo, que ya mencionamos. Sería un avance importante para el derecho constitucional costarricense el que a la hora de hacerse las reformas constitucionales que se anuncian, se incluyan en nuestra Constitución disposiciones especiales sobre la propiedad agraria, como las contienen algunas constituciones de este siglo, entre ellas la italiana y la mexicana.

Continuando con el examen del derecho positivo costarricense, observamos que en el Código Civil tampoco existe una distinción de la propiedad agraria como propiedad especial. El Código Civil costarricense, derivado aunque indirectamente del Código Civil francés de 1804, establece un régimen genérico de propiedad como derecho real absoluto cuyas limitaciones de interés social no implican, al interno del Código, que la propiedad de la tierra deba ejercerse mediante actividades productivas en función social. Conforme al Código Civil, el propietario puede o no usar su propiedad, y en el caso de que la use, puede hacerlo en la forma que a su criterio disponga, sin existir onerosidad, sin una carga específica que sí existe en la propiedad agraria, en la cual como hemos mencionado, se establecen deberes que definen el instituto en una forma muy distinta de ese derecho subjetivo, absoluto y genérico que regula el Código Civil. En la clasificación de los bienes que contiene este Código, la tierra se ubica como decía dentro de la propiedad inmueble, pero no tiene mayor importancia en el Código la naturaleza inmueble o mueble de los bienes para efectos de caracterizar los derechos o deberes del propietario en cuanto a su uso o desuso. Ha sido precisamente por esto que al interno del Código Civil empezaron a surgir las teorías jurídicas y las regulaciones que han venido estableciendo limitaciones a la propiedad, sobre todo mediante la

teoría del "abuso del derecho", que es un antecedente claro del principio de función social de la propiedad (8).

Dirigiéndonos ahora a la legislación agraria especial que contiene el derecho costarricense, mediante una visión sistemática de ésta, podemos determinar dos grandes apartes: uno integrado por aquella legislación cuya finalidad fundamental es la de otorgar título de dominio sobre la tierra a quienes hayan cumplido con los requisitos de la usucapión agraria, que en nuestro derecho se denomina "prescripción positiva". Dentro de este grupo de normas existen algunas que otorgan el derecho de propiedad a quienes hayan cultivado la tierra durante un determinado tiempo, y en algunos casos, a quienes hayan destinado las tierras a cultivos específicos, especialmente al cultivo del café (9). Esta parte del derecho agrario costarricense, que es una de las que mejor caracterizan a la propiedad agraria como tipo especial de propiedad, se explica históricamente por las políticas agrarias del Estado Costarricense del Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, que fomentaron el desarrollo de la propiedad privada de los particulares cuando estos ejercieran en la forma prevista la posesión de las tierras de reserva nacional, antes denominadas "terrenos baldíos" (10).

El segundo grupo de normas al que hicimos referencias modifica sustancialmente el contenido del derecho de propiedad de la tierra cultivable, estableciendo características propias de la propiedad agraria. mientras que en el régimen anterior a la Ley de Tierras y Colonización de 1961, como modo de adquisición de la propiedad agraria por ejemplo, regía únicamente la usucapión, facultando al poseedor a establecer directamente ante los Tribunales la acción para titular la tierra, ya a partir de la Ley de 1961, la posesión agraria sigue siendo un modo de adquisición de la propiedad, pero mediatizado a través del ente administrativo (Instituto de Tierras y Colonización) el cual deberá determinar no únicamente la posesión, sino también las características de campesino sin tierras del poseedor, a efectos de conferirle título sobre la propiedad. Esta mediatización y calificación especial que establece esta ley, que sancione la posesión en las

(8) Ver Eduardo Novoa Monreal, "El Derecho de Propiedad Privada", Temis, Bogotá, 1979, págs. 57 y siguientes. Salvatore Romano, "Abuso del diritto" en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Vol. I, págs. 167-68, y las referencias bibliográficas ahí citadas.

(9) Ver Salas-Barahona, *Derecho Agrario*, Universidad de Costa Rica, 1973, págs. 199 y siguientes; Allan Seligson, "El campesino y el capitalismo agrario de Costa Rica", Editorial Costa Rica, 1980, págs. 39-40.

(10) Salas-Barahona, Op. últ. cit., págs. 229-230.

reservas nacionales a partir de su promulgación, es el resultado de un proceso político-institucional dirigido a otorgar propiedad a quien trabaja la tierra y carece de otros medios de subsistencia (11).

Para la sistematización completa del derecho de propiedad agraria en el ordenamiento costarricense, es preciso analizarla con vista de los intereses de la comunidad manifestados en la regulación de las conductas de los sujetos con relación al bien jurídico tutelado. En otras palabras, es haciendo referencia a los sujetos y sus conductas, y a la tierra según la aptitud productiva de ésta, como puede obtenerse un panorama completo de la propiedad agraria como propiedad especial (12). Debe verse por consiguiente en primer lugar cuáles tipos de propiedad agraria existen según las características propias del sujeto titular. En este sentido se debe analizar la propiedad agraria según se trate por ejemplo de propiedad pública o privada, y dentro de la propiedad privada, de propiedad de los particulares o de los entes públicos, y dentro de la propiedad de los particulares, de las formas especiales de propiedad privada de los particulares. Por ejemplo, no está sujeta al mismo régimen jurídico la propiedad de la tierra adquirida por un particular mediante una forma negocial civil de adquisición, que la propiedad privada de la tierra adquirida por un particular mediante un contrato de adjudicación de tierras a los beneficiarios de los programas del ente administrativo a cargo de la Colonización.

La propiedad de la tierra adquirida por un particular, por medios regulados en el Código Civil no se distingue del resto de la propiedad civil en cuanto a su modo de adquisición ni en cuanto a su modo de disposición (salvo en cuanto bien inmueble afecto de un determinado régimen registral) pero sí en cuanto a su modalidad de goce, en el sentido de que también esa propiedad agraria de origen civil está sujeta a controles, y sobre todo a la extinción del derecho mediante la expropiación por incumplimiento de la función social, no con base en el Código Civil, sino en la legislación agraria especial.

Intentando como decía, al menos delinear un cuadro sistemático de la propiedad agraria, partiendo del sujeto y sus conductas como elemento de

distinción, podemos distinguir entre las tierras que son propiedad privada, son destinadas a servicios públicos, o bien forman parte de la reserva nacional. Las tierras de propiedad privada pueden ser de los sujetos particulares, del Estado, de las Municipalidades o de las Instituciones Autónomas. Respecto de las reservas nacionales y las tierras del Estado, están sometidas a la administración de determinados entes públicos, quienes pueden explotarlas directamente actuando como empresas agrarias públicas, arrendarlas o darlas en concesión, o bien parcelarlas y venderlas a quienes califiquen como beneficiarios de acuerdo a la legislación agraria especial.

La propiedad privada de los particulares puede ser, como decía, propiedad sometida en cuanto a su adquisición y enajenación al derecho civil, pero debe conformarse en cuanto a su uso a las disposiciones de la legislación agraria. En este sentido, pueden ser expropiadas, previa indemnización, por constituir un latifundio, o un minifundio, ser tierra inculta, o explotada indirectamente o estar destinada a la ganadería siendo su aptitud para la agricultura (13). Es también propiedad privada de los particulares aquella adquirida mediante procedimientos agrarios, tal como las leyes de informaciones posesorias, que permiten obtener título de dominio a quien haya poseído durante un determinado tiempo. Esta propiedad particular está sometida a limitaciones especiales en cuanto a su extensión, en cuanto a su uso y disposición, y en cuanto al término de la acción reivindicatoria, que se limita en el tiempo respecto de la propiedad de la tierra adquirida por medios civiles. En cuanto a este tipo especial de propiedad agraria de los particulares, está también sujeta a limitaciones especiales que tienden a tutelar los recursos naturales. La propiedad agraria que sin embargo está más regulada en el derecho positivo costarricense como tipo especial, es la del beneficiario que adquiere en propiedad una parcela del Instituto de Tierras y Colonización (14). El traspaso de dicha propiedad está sujeto a cláusulas y condiciones resolutorias dirigidas fundamentalmente a garantizar que el beneficiario ejercerá personalmente la actividad agraria, impidiéndole traspasar, gravar, arrendar o subdivi-

(11) Ver artículo 1, Ley de Tierras y Colonización, No. 2825, de 14 de octubre, 1961.

(12) Los fundamentos teóricos de este método han sido explicados por Angelo Falzea en la voz "Efficacia Giuridica", *Enciclopedia del Diritto*, Milano.

(13) Salas-Barahona, op. cit., nota 9 supra, págs. 231 y siguientes.

(14) Ley de Tierras y Colonización, cit. nota 11 supra, artículo 141.

dir el dominio, ni tampoco gravar las cosechas, semillas, animales o instrumentos necesarios para la explotación de la parcela. Se aprecia en la regulación de este tipo de propiedad agraria privada una disciplina, aunque incipiente, del conjunto de bienes muebles cuyo ligamen funcional con la empresa agraria permite clasificarlos como una universalidad de derecho.

La regulación de este tipo de propiedad agraria, que necesariamente debe constituir la base de la empresa agraria, contiene disposiciones que la protegen de medidas judiciales por parte de terceros acreedores. Se constata asimismo la especialidad de esta propiedad agraria privada respecto de los medios de extinción del dominio, como lo son el abandono de la parcela o también de la familia. Este tipo de propiedad es fundamentalmente familiar, como lo revela el hecho de que se tiende a garantizar la integridad de la parcela ante el fallecimiento del parcelero o asignatario, permitiendo adquirirla por herencia únicamente al heredero que reúna las condiciones establecidas en la Ley para ser beneficiario y se comprometa a explotarla como unidad agrícola familiar, siguiendo para la transmisión un orden de relación establecido en la Ley de Tierras y Colonización. El heredero adjudicatario debe compensar a los demás herederos, de haberlos, en cuanto a la parte que les corresponde del haber sucesorio, pero no se podrá subdividir la

parcela. Esto implica una modificación sustancial al régimen sucesorio existente para la propiedad de la tierra de origen civil, que por el contrario constituye el medio jurídico más eficiente para la división de la propiedad y el responsable en gran medida de la propagación del minifundio. Desde todos estos puntos de vista se confirma la especialidad de este tipo de propiedad agraria privada.

Puede también utilizarse para sistematizar la propiedad agraria, además del sujeto, el objeto mismo, utilizando el concepto con referencia a la aptitud de la tierra productiva. En este sentido, la propiedad agraria es regulada según su vocación agrícola, ganadera o forestal, estableciéndose en algunos casos el mal uso de la tierra conforme a su vocación como causa de expropiación, o vinculándose el destino de la tierra conforme a su aptitud potencial (15).

En conclusión, la propiedad agraria constituye un tipo especial de propiedad, especialidad que se constata tanto desde el punto de vista de su función como de la estructura del derecho subjetivo correspondiente. El elemento unificador de los distintos tipos de propiedad agraria lo constituye el obligatorio ejercicio de la empresa agraria, cuya disciplina integral debe regularse en forma coherente con la normativa de la propiedad agraria, la cual hemos intentado caracterizar en sus aspectos principales.

* * *

(15) Ver artículos 4, 28, 71 entre otros, de la Ley Forestal, No. 4465 de 25 de noviembre de 1969 y sus reformas.

CODESA: MODALIDAD DE LA EMPRESA PUBLICA EN COSTA RICA

(Ejemplo empresarial de la descentralización administrativa) (*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

SUMARIO

Resumen	60
I. Introducción	60
II. Análisis de la Ley Constitutiva de CODESA	61
III. CODESA y los empresarios privados	64
IV. Reglamento sobre empresas estatales.	64
V. Críticas a CODESA	65
VI. A modo de conclusión	65
VII. Bibliografía	66

SIGLAS

<i>LAFR:</i>	<i>Ley de Administración Financiera de la República</i>
<i>LAP:</i>	<i>Ley de la Administración Pública</i>
<i>CGR:</i>	<i>Contraloría General de la República</i>
<i>RCA:</i>	<i>Reglamento de la Contratación Administrativa</i>
<i>PLN:</i>	<i>Partido Liberación Nacional</i>
<i>PU:</i>	<i>Partido Unidad</i>
<i>CODESA:</i>	<i>Corporación Costarricense de Desarrollo Sociedad Anónima</i>

(*) Este trabajo fue expuesto, en el "Coloquio sobre la Propiedad", celebrado en San José (C.R.), el 17 de octubre de 1980, auspiciado por el Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho) y el Poder Judicial.

RESUMEN

En este artículo, se tratará de plantear algunas ideas sobre el intento de reproducción del capital y de la mano de obra, que hace el Estado costarricense, como tutor (sin implicaciones mecánicas) de los intereses globales de los grupos hegemónicos que operan en Costa Rica.

Ese esfuerzo de constituir un cierto tipo de capitalismo monopolista de Estado (CODESA, RECOPE, TRANSMESA. . .) ha quedado fallido en cuanto mecanismo para fortalecer el sistema económico, como un todo; pero, ha servido para fortalecer a la fracción del bloque en el poder (cf. Gramsci) que pretende obtener hegemonía en virtud del control del aparato presupuestario, político y bancario del Estado y sus "empresas públicas". En esta línea, si ha ejercido un rol "funcional" para la fracción de la clase social dominante ligada al PLN y —respectivamente— a los grupos liderados por Figueres y Oduber, correspondientemente. Ello ha dado lugar para que, en forma imprecisa, se hable de "burguesía gerencial", "burguesía estatal" y otros vocablos similares.

La cuestión se torna, tal vez, más sencilla, cuando se pone la atención en la forma en que los que ocupan la cúspide de la pirámide del poder público (cargos políticos), robustecen su área de influencia y su poder político y económico. En este orden de ideas, lo que cabría sería focalizar la atención en la fracción de los grupos dominantes que se enriquecen y se consolidan políticamente gracias al manejo de todo el aparato financiero, económico, tributario, contable, bancario del Estado costarricense. El nombre que se le ponga a este fenómeno sería lo de menos, ya que lo importante es su detallado estudio y la formación de "nuevos ricos" dedicados, hace unos 10 a 15 años al negocio del ganado de exportación y del azúcar. Así se formaría un triángulo analítico muy sugestivo entre "empresas públicas-ganado-azúcar" y su ligazón con una fracción en ascenso detentadora del poder público (antes PLN, ahora un sector de la agrupación política llamada Unidad)*.

Al futuro no parece que CODESA sea puesta bajo control jurídico contable y/o político. Las fracciones de la burguesía seguirán compitiendo en

ese terreno para lograr la utilización de esa corporación con el objetivo de afianzar su cuota de dominación. Es probable que, la crisis pueda explotar a propósito de CODESA, empero, un cambio en el modelo de control social, podría evitarla, ya sea haciendo un finiquito de ese ente público; o, sujetándolo a la Contraloría General de la República. Aspecto similar ocurre con RECOPE, debido a la utilización que hace el Poder Ejecutivo del aumento en los precios de los combustibles, destinado a financiar gastos corrientes del Poder Central. Esta política es ilegal, empero la lentitud y onerosidad de los juicios contencioso-administrativos hace, en la práctica, inútil e inoperante el control jurisdiccional sobre la arbitrariedad e ilegalidad del Poder Ejecutivo. De ahí que se imponga una transformación global del Poder Judicial para hacerlo más acorde con los tiempos actuales que requiere celeridad y eficiencia en la tarea jurisdiccional.

I. INTRODUCCION:

Fue durante el gobierno de José Figueres que se creó la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), con el objetivo de promover el desarrollo económico del país, mediante el fortalecimiento de las empresas privadas costarricenses dentro del régimen nacional de economía mixta, (art. 4 de su ley constitutiva, No. 5122, del 16 de noviembre de 1972).

Dentro de esa ficción "desarrollista" y de un "intervencionismo estatal" propulsor de la empresa privada y configurador de un sistema —parcial— de economía mixta, se creó CODESA. A lo largo de estos años, esta corporación ha demostrado que su *rôle* consiste en ser un instrumento político y económico en manos de la fracción de los grupos dominantes del país que detentan el poder público. Al no existir controles reales, sobre sus finanzas, presupuestos, gastos, etc., se comporta como una enorme caja de financiamiento del Poder Central y de fortalecimiento económico de la sección o subgrupo de la clase hegemónica nacional que ocupa el poder político.

Trataremos de hacer un breve examen de CODESA y algunas de sus implicaciones generales.

* Esto vale para cualquiera de los grupos políticos que controle la actual maquinaria estatal (con su excelente fuente de ingresos respecto de las llamadas "empresas públicas"). La ausencia de controles efectivos convierte a ese complejo grupo de empresas en simples instrumentos políticos y económicos del grupo que ocupe la Casa Presidencial. De ahí, que sea poco probable que en el futuro esa maquinaria 'hacedora' de poder político y financiero sea desmantelada desde las alturas del poder público.

II. ANALISIS DE SU LEY CONSTITUTIVA:

Art. 1: Se refiere al acto de creación del ente estudiado. Claro está, que evade al calificarla como persona de derecho público, sujeta a los controles de la Ley de Administración Financiera de la República (LAER) y su subordinación a la Contraloría General de la República. Esa es la omisión más importante y de donde arranca la serie de abusos, errores y arbitrariedades que ha cometido CODESA, pues ha venido actuando, desde su creación sin fiscalización, límites ni frenos de ninguna clase.

Por conversaciones que he tenido con personas ligadas a su creación, me consta que a propósito se hizo de esa manera, pues se le "tenía mucha desconfianza a las camisas de fuerza de los controles y a los abogados dedicados al derecho administrativo".

Las demás características, en ese sentido, se tornan intrascendentes, pues califican en torno a un concepto, que el Partido Liberación Nacional (PLN) no le ha interesado prefigurar, sino simplemente manipular: economía mixta.

Además, le da entidad jurídica propia (centro de imputación de derechos y deberes) con la capacidad plena para obligarse y para actuar legalmente ("con personería jurídica y patrimonio propios").

Art. 2: Este artículo va de la mano con la intención del grupo político gobernante (una fracción "figuerista" del PLN, 1972) de evitar control alguno sobre CODESA, para así manipularla fácilmente. Llegan a calificarla como una persona jurídica de las conocidas como "sociedades anónimas", entidad propia del Código de Comercio (art. 17, d; 102 a 119), mediante los cuales se permitía fundar una S.A. con dos socios y la expresión mínima del colón (moneda nacional). Actualmente, por Ley No. 6450, del 15 de julio de 1980, se manda (art. 4):

"se prohíbe la constitución de sociedades anónimas con acciones al portador cuyas cuotas o acciones pertenezcan o vayan a pertenecer a una sociedad anónima con acciones al portador".

Añadiendo que:

"las sociedades anónimas, ya constituidas, con acciones al portador, deberán convertir tales ac-

ciones en nominativas, en un plazo no mayor de un año, a partir de la vigencia de esta ley" (1).

El art. 6 de esa Ley No. 6450, afirma que rige su vigencia a partir de su publicación, efectuada en La Gaceta del viernes 8 de agosto de este año.

Aquí caben hacer varios comentarios:

- Si CODESA lo constituyeron como S.A., lo que procede es que se le tipifique como un ente público, reformándose ese art. 2 citado.
- ¿Por qué el actual gobierno emite esta Ley (1980), prohibiendo las sociedades anónimas, pero deja sin modificaciones la S.A. con acciones nominativas? ¿Adónde están los tenedores de esas acciones? ¿Quiénes aparecen como "tenedores de tales acciones"? ¿Ignora, acaso, que esas acciones se pueden trasladar, convirtiéndose —de hecho— en acciones al portador?
- ¿Por qué la actual administración no ha emitido una ley que regule adecuadamente las empresas públicas?

La respuesta es sencilla, este gobierno no tiene voluntad política de modificar el *statu quo* de CODESA ni RECOPE (entre otras) porque no le conviene a sus intereses políticos y económicos, ya que son un excelente instrumento de fortalecimiento político y financiero para la élite oficial. La ausencia de controles reales, facilita esa acumulación de poder económico-político; y, el financiamiento de los gastos del Poder Central (v.gr. los sucesivos aumentos ilegales en los combustibles por RECOPE).

Art. 4: Objetivo de CODESA: promover el desarrollo económico del país, mediante el fortalecimiento de las empresas privadas costarricenses dentro del régimen nacional de economía mixta.

Fin u objetivo puramente romántico. CODESA no ha logrado esa meta ni parcialmente siquiera. Es un complejo económico quebrado por las manipulaciones a que lo somete el Poder Ejecutivo (en cuanto Poder) de ayer y de hoy (desde su creación al presente).

Al respecto se recomienda la lectura del primer estudio sociológico sobre CODESA bajo el nombre de **El Estado costarricense de 1974 a 1978: CODESA y la fracción industrial** (San José:

(1) El roce de esta norma de nivel tercero, con respecto al art. 34 de la Carta Magna, que prohíbe darle efecto retroactivo a las leyes, no corresponde discutirlo aquí, sin embargo hacemos esta anotación breve, ya que existe toda una problemática política detrás de esa prohibición. Reconociendo que el punto es debatible, estimo que esa prohibición es inconstitucional porque viola ese art. 34 y el art. 46 que establece la libertad económica.

Mylena Vega, U.C.R., tesis de grado en sociología, grado de licenciatura, 1980, in toto). En este estudio se demuestra la serie de maniobras del PLN, desde la creación de CODESA para acumular poder político y económico, gracias a este excelente instrumento, el cual está aprovechando —sin límites ni controles— la presente Administración Pública o actual gobierno.

En un escrito del abogado Alvaro Fernández Silva, quien defendió al señor Richard Beck, cuando fue destituido —por razones políticas— por el gobierno de Daniel Oduber, ese abogado manifestó que CODESA fue creada por manifestación unilateral del Estado, su capital se constituyó por una emisión de bonos, por 67 millones de colones (cf. art. 10 de la Ley No. 5122 del 16 de noviembre de 1972 y el Decreto Ejecutivo No. 2965-H de 25 de abril de 1980, Gaceta No. 85 de 1973) “para cuyo pago y otras necesidades de CODESA SE AUMENTO —creación de un tributo a su favor— el tipo de venta de los dólares del mercado oficial y libre en tres céntimos (¢ 0,03) por dólar, dinero que le ingresa directamente a CODESA, girado por el Banco Central” (cf. alegado cit., 27 de junio de 1977, p. 6) remitido al Tribunal Superior Contencioso Administrativo).

Asimismo, el patrimonio es casi exclusivamente del Estado, el fin de CODESA es público (promover el desarrollo económico), la organización que asume es de índole *ius pública*, a pesar de que se autocalifica de S.A. También, en lo que atañe a los directores de CODESA, están bajo el amparo del derecho público y no del derecho privado; y, por su potestad reglamentaria (arts. 2, 8.19 y 27 de su Ley No. 5122).

El citado abogado termina calificando a CODESA (2) como un ente descentralizado de derecho público, lo cual nos parece la tesis correcta, tanto por el contexto legal en que opera CODESA como por el contenido de la propia ley constitutiva.

En este escrito, se le recuerda al Tribunal Superior Contencioso Administrativo que, por Reso-

lución No. 882, este cuerpo colegiado estableció, como elementos “necesarios y suficientes”, para enmarcar a un sujeto dado en la zona de instituciones descentralizadas, a saber:

- Fin público
- creación del ente por el Estado
- otorgamiento de potestades de poder público
- obligación del ente hacia el Estado, de cumplir sus fines propios
- tutela del Estado sobre el ente.

En el caso de CODESA, se dan esos 4 elemen-

tos y estos otros:

- Organización
- patrimonio
- empleo público (para los directivos) (3).

Por resolución No. 2410, del 12 de agosto de 1977, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, afirmó:

“CODESA es una persona jurídica (sociedad de economía mixta pública) que se rige fundamentalmente por las disposiciones de su Ley constitutiva y sus reglamentos (instrumentos de derecho público) y supletoriamente por las disposiciones que sobre la materia tiene el Código de Comercio” (cit., p. 5).

Asimismo, este Tribunal indicó que CODESA, si bien es un ente de derecho público, no se puede situar dentro de la organización administrativa del Estado ni formando parte de la administración descentralizada de Costa Rica (ib., pp. 6 y 7) (4).

Criterio de Casación:

La resolución de Casación No. 45 del 17 de mayo de 1978, estableció que CODESA es un ente de derecho público, descentralizado y subordinado, al art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Observación sobre este debate:

Sin duda ha sido de mucha importancia que el Poder Judicial ejerciera su control de legalidad y velara por la institucionalidad del país.

(2) Alegato de Fernández, cit., p. 9.

(3) Idem., p. 10.

(4) Se recomienda la lectura del expediente judicial No. 237-76, Rodolfo Dobles Viloria y José Francisco Aguilar Sánchez contra CODESA, a propósito de la destitución de estos señores por esta última. Se trata del uso de la vía laboral; mientras que en el caso de Beck, se hizo utilización de la senda contencioso administrativa. Se recuerda aquí, que con el acceso de Carazo al poder en 1978, Beck ocupa un puesto de máxima jerarquía en CODESA. En la actualidad, la fracción de los grupos hegemónicos, al cual pertenece Beck, mantiene una actitud crítica ante el gobierno (1980). Beck ha manifestado serias críticas a este gobierno por errores en su política económica, fiscal, bancaria y financiera.

De ese modo, la fracción política hegemónica en el PLN crea CODESA como una S.A.¹ sin fiscalización real; pero, el Poder Judicial hace una precisión relevante al calificar a CODESA como ente público descentralizado. En forma similar, sujeto el Banco Popular a la fiscalización de la Contraloría General de la República, al tipificarla como ente público.²

Cabalmente, es digno de puntualizar que las licitaciones públicas que hizo CODESA (y hace) carecen del control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República, de tal modo que esos contratos son adjudicados sin posibilidad alguna de que sean revisados (apeladas las respectivas adjudicaciones de los concursos públicos) por el ente fiscalizador de la hacienda pública. Esta deficiencia, debe ser enmendada mediante el recurso o la vía de que una adjudicación sea apelada ante la Contraloría, en base a que es ente público, según lo ha afirmado el Poder Judicial.

Importa que quede indicado que el Poder Judicial estima que las empresas públicas, en versión costarricense, como Recope, Codesa, etc., son entes de derecho público; y, por ende, sujetos a la Ley de Administración Financiera, la Ley de Administración Pública y a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en materia de contratos administrativos, licitaciones y demás aspectos del control jurídico contable de la hacienda pública que ejerce el ente citado.

Ello a pesar de que el PLN, cuando crea esa gama de entes, les da el nombre de "sociedades anónimas" con el fin de intentar evadirlas del régimen de derecho público. Lo más llamativo es que sí lo ha logrado en una buena porción, ya que tanto durante los gobiernos del PLN como el actual, esas empresas, en la práctica actúan sin controles ni límites, lo que constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho; y, para la moral y la sana administración pública. Por ejemplo, se debe reco-

mendar que las licitaciones que hacen esas empresas públicas, en el fondo contrataciones directas, sean apeladas —a partir del cartel mismo— ante la Contraloría General de la República (CGR) con el fin de que este ente se pronuncie en estos casos. Este fue el procedimiento que se usó con el Banco Popular, y dio resultados satisfactorios para la legalidad, pues, la Contraloría intervino y anuló la adjudicación hecha, arbitrariamente, por este banco.³

Desarrollo económico: objetivo de CODESA.

Teóricamente, y a la letra de la Ley No. 5122, CODESA tiene (art. 4) como objetivo promover el desarrollo económico. En la realidad, tal objetivo no se ha cumplido.

Sus incisos del a) al c), expresan (art. 4):

a) Modernizar, racionalizar y ampliar actividades productivas existentes.

En la praxis, se ha hecho todo lo opuesto.

b) Desarrollar nuevas actividades productivas. Se han desarrollado actividades productivas, pero en forma deficiente, deficitaria, dando como resultado la quiebra de las empresas subsidiarias de CODESA.

c) Aprovechar las oportunidades de mercado en Costa Rica. Tampoco se ha cumplido con este inciso.

Asimismo, el art. 5: ha quedado en la letra de la ley. CODESA tratará de orientar y estimular la sustitución de importaciones (viejo esquema cepalino⁴), de fomentar y diversificar las exportaciones (bajo la tesitura de Cepal) y de facilitar la participación de Costa Rica en arreglos comerciales de integración económica con otros países.

La realidad se ha encargado de demostrar que esos buenos propósitos no se han cumplido.

En lo que a esta ley, se refiere indiquemos finalmente su art. 6, que atañe a las funciones y atribuciones de CODESA.

1. Cf. Manuel Solís y Francisco Esquivel. *Las perspectivas del reformismo en Costa Rica* (San José: EDUCA, DEI, 1980), el Estado actúa como agente orientado del proceso económico y reactivador de la economía. En este cuadro, un sector de los grupos dominantes en el país, conectado al PLN, en el poder (1970-1978), tiene en el Estado un excelente instrumento de apoyo, por ejemplo, mediante la creación de CODESA, pensada —originalmente— como un ente capaz de recibir grandes inversiones, que luego se trasladarían al sector privado, mediante la Bolsa Nacional de Valores (pp. 69 y 76).

2. Grupos políticos ligados al citado Banco, mediante una maniobra ilegal (cf. la ilegalidad de usar el Presupuesto Nacional y su aprobación por el Poder Legislativo, para colocarle al final de esa "ley de presupuesto", las denominadas "normas generales", verdadero cajón de sastre en donde los diputados ubican desde una contratación directa, hasta reformas a las leyes generales del país, inclusive a los códigos —civil, comercio, etc.—), intentan dejar sin controles a ese Banco, sacando a la Contraloría del ámbito de la fiscalización de sus contratos y licitaciones, por ejemplo, (1981), valiéndose de una de esas normas generales del presupuesto.

3. Enero, 1980. Licitación adjudicada a IBM, que la Contraloría General de la República (CGR), confirmó, dándose la eficacia del respectivo contrato público administrativo.

4. Cf. Octavio Rodríguez, *La teoría del subdesarrollo de la CEPAL* (México: Siglo XXI, 1980, in toto), Jorge Enrique Romero Pérez, *La contribución de la CEPAL a la problemática del atraso económico y social en América Latina* (San José: Universidad de Costa Rica, 1980, íntegramente).

Las mismas tampoco se han cumplido.

- a) Preparar y ejecutar programas y proyectos específicos de fomento económico, de carácter regional y nacional.
- b) Participar en programas y proyectos de carácter internacional o multinacional.
- c) Formar y promover la formación de empresas nuevas.
- d) Manejar, consolidar y proporcionar asistencia técnica a empresas establecidas.
- e) Conceder préstamos a empresas nuevas o establecidas, dándole preferencia a las empresas que sean accionistas de CODESA, igualdad de condiciones con empresas no accionistas.
- f) Otorgar avales y bonos de garantía para operaciones de crédito que gestionen empresas nuevas y establecidas ante otras instituciones nacionales o extranjeras.
- g) Impulsar en forma sistemática y permanente, el desarrollo del mercado nacional de capitales.
- h) Promover exportaciones.

A propósito de esa lista de tareas y buenas intenciones para CODESA, se puede señalar el caso de la empresa Imetca, la cual gestionó, en Estados Unidos, un préstamo para ella, ya que CODESA carecía de "poder de negociación" para obtener avales en ese país, dado el estado de desprestigio e ineficiencia a que había llegado para 1977 (cf. escrito de agotamiento de la vía administrativa, presentado ante CODESA, abril de 1978). Posteriormente cuando el empréstito del Midland Credit Corp., llegó a CODESA, por la intervención de Imetca, la corporación de desarrollo, no le entregó la suma de dinero a Imetca, cuando se trataba de un crédito otorgado para ese fin*.

III. CODESA y los empresarios privados:

La opinión de los empresarios, externada en reuniones públicas en el seno de sus cámaras, como

en los medios de comunicación colectiva, desde 1973 al presente, demuestran que la empresa privada tiene un criterio negativo de CODESA y de su negativa administración. Estiman que la manipulación política de CODESA dio al traste con este proyecto, similar al Instituto de Reconstrucción Industrial (Italia) (IPI) o del INI español (Instituto Nacional de Industrias).

IV. Reglamento sobre empresas estatales:

Debido a la constante presión de los empresarios particulares por los abusos de CODESA, y los cargos de corrupción política, el gobierno de Oduber (1974-1978), procede a efectuar dos reformas:

1. Se prohíbe a las sociedades anónimas con acciones al portador participar en licitaciones y contratos públicos (5).
2. Se emite el reglamento sobre el funcionamiento de empresas estatales estructuradas como sociedades anónimas (6).

El reglamento de 1978, quedó como una clara maniobra electoral del gobierno de Oduber, en un período, prácticamente, de elecciones; ya que la votación nacional (en la que pierde el PLN), se realiza pocos días después.

Este reglamento es inocuo, carente de sentido fiscalizador. Responde a una actitud política, más que jurídica de parte del Poder Ejecutivo de ese momento (7).

El art. 2, se refiere a la fiscalización de la Contraloría, pero por supuesto, como la generalidad de las leyes y reglamentos que se emiten, al respecto, omiten señalar los recursos de donde la Contraloría podrá girar para efectuar esos controles. En otras palabras, se han puesto en vigencia una gama de normas jurídicas en las cuales le dan la fiscalización a la Contraloría (v.gr. para la empresa privada dedicada a la educación superior), pero no le dan—institucionalmente— recursos humanos y financieros para que —realmente— pueda llevar a cabo

* Cf. expediente administrativo respectivo. Este problema generado en la Administración de 1974 a 1978, fue resuelto en la Administración siguiente.

(5) Reforma a la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), Ley No. 5901 del 20 de abril de 1976; y, el reglamento de la contratación administrativa de 1979; art. 107 de la ley y 96 del reglamento, respectivamente.

(6) Gaceta del lunes 6 de febrero de 1978; No. 26. Se hace la observación de que con respecto, a la cit. Ley No. 6450 del 15 de julio de 1980, como en relación a la indicada. No. 5901, como al reglamento de 1978, la evasión juega por el lado, por ejemplo, de efectuar cesiones a las acciones nominativas de las S.A., lo que en el fondo convierte la S.A. nominativa en una S.A. con acciones al portador, amén de que la Ley No. 6450 no contempla sanciones a los que la violen.

(7) El actual gobierno tampoco se ha dado ningún intento serio por redactar una ley que controle las empresas públicas. Tampoco en el Poder Legislativo se ha dado esfuerzo alguno en tal sentido.

esa fiscalización. La treta es obvia. Se da la fiscalización en el papel; pero, en la realidad, la Contraloría está (institucionalmente) debilitada, con escasos recursos humanos y económicos. Quedando así, la fiscalización en pura teoría.

De lo que se trata es de emitir una adecuada ley que ponga a derecho a las empresas estatales, bajo un régimen de derecho público y como prestadoras de un claro y nítido servicio público (8).

Se hace notar que durante el actual gobierno, este reglamento no se aplica, por supuesto, pues no le conviene a los intereses hegemónicos de los grupos que se amparan en el mismo. Corre el mismo olvido, en su eficacia jurídica, que la denominada ley de "protección" al consumidor*.

En lo que respecta al art. 10 del reglamento, referido a la contratación administrativa, hace caso omiso de la Contraloría y de la subordinación de CODESA, RECOPE, etc., a la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), con el objetivo de que esas contrataciones sigan al margen del derecho y de la fiscalización respectiva; y, por ende, de que los administrativos y los oferentes puedan apelar ante la Contraloría, para cristalizar el control de legalidad correspondiente.

En este reglamento, la técnica jurídica es deficiente, como ocurre en la confección de la citada de "protección" (!?) al consumidor.

No nos referimos más a ese reglamento, pues carece de importancia práctica.

V. Críticas a CODESA:

Algunas de las críticas que se le hacen a CODESA, las resume Vega así:

CODESA:

- responde a la intervención económica del Estado,
- margina a los industriales, como grupo, en favor de la fracción hegemónica que está en el poder público.

Ese sector de industriales marginados le quita su apoyo político y financiero al PLN para dárselo al partido **Unidad**, el cual gana las elecciones de 1978 (9). Este mismo fenómeno se está dando, ya en una dirección opuesta, pues los industriales, le han venido quitando, al igual que otras fracciones de la burguesía radicada en suelo nacional, su apoyo al actual gobierno, en vista de su ineptitud para administrar y sus medidas económicas, en general, que han golpeado a los sectores dominantes en el país, con excepción de la fracción dedicada a la especulación de bienes, la que sí se ha enriquecido ante la anarquía —real— en el mercado nacional.

En otros términos, CODESA, como RECOPE han jugado un papel de fortalecimiento político y financiero para el sector social ubicado en las esferas públicas, que controlan esas empresas; y, en perjuicio, directo, para la sociedad costarricense y sus distintos grupos o fracciones. Por ejemplo, los aumentos sucesivos en los precios de los combustibles a juicio de RECOPE, se dan sin control, para convertir a RECOPE en la gran caja financiera del Poder Ejecutivo, a la par que crea, arbitrariamente, subsidios para un pequeño sector de empresarios particulares (camaroneros, autobuseros, etc.), y para los dueños de autos diesel de lujo y de las empresas industriales que usan diesel, queroseno, bunker, C (generalmente transnacionales) (10).

En otras palabras, aquellos que usan y consumen gasolina financian y subsidian a los consumidores de diesel, bunker, queroseno.

VI. A modo de conclusión:

A lo largo de su historia, desde su creación, CODESA no ha cumplido con los objetivos que su ley le manda. En la realidad, tanto en los gobiernos del PLN, como en el actual, ha jugado el rol de banquero del Estado y de gran caja financiera de éste, bajo un régimen privilegiado sin controles reales. Los abusos que han hecho tales administracio-

(8) Jorge Enrique Romero Pérez, *El servicio público. Ideas fundamentales* (San José: Universidad de Costa Rica, 1977, in toto).

* Ley 5665 de 28 de febrero de 1975; mediante su art. 1 se dice que es atribución del Ministerio de Economía, Industria y Comercio fijar los precios oficiales a los bienes y servicios necesarios para la producción y el consumo nacionales, así como procurar su adecuado abastecimiento y distribución. Complementando, su art. 2, el mandato legal, afirmando que el Estado fijará los precios de esos bienes y servicios, a la vez que los modificará y controlará, tanto en lo que respecta a los precios máximos, como en lo que atañe a los porcentajes de utilidad sobre la producción y comercialización de tales bienes y servicios. Ni en la Administración de Oduber ni en la presente de Carazo se aplica esta ley, dejando al consumidor a merced de los empresarios y de lo que sus ideólogos llaman "las leyes del mercado".

(9) CODESA y la fracción industrial. . . , cit., Mylena Vega Martínez, pp. 108 a 111).

(10) Juicio de Alvaro Fernández Silva contra RECOPE; cf. *La Nación*, días 30 de mayo, 31 de mayo y 25 de abril de 1980 y comentario en la pág. 15-A del autor de esta ponencia "Combustibles y Derecho", id., junio de 1980.

nes públicas han sido denunciados por empresarios y administrativistas, en diversas y frecuentes ocasiones. Empero, gracias al poder político y económico del Poder Ejecutivo, CODESA, RECOPE, entre otras, siguen actuando al margen del derecho y contra el orden del Derecho Público.

Será necesario poner a derecho a tales empresas públicas, en parte, mediante la emisión de una ley que las sujete a la fiscalización de la Contraloría, de la Ley de Administración Financiera de la República y la Ley de Administración Pública. De lo contrario, esos abusos y arbitrariedades (cf. en materia de contratos y licitaciones) continuarán en grave riesgo de obtener desestabilizaciones al sistema democrático y de violentar mucho más el Estado de Derecho. Todo lo anterior en el marco de una convulsa, violenta y cruenta América Central, a la cual nuestro país no puede quedarse ausente.

* * *

Desde otra perspectiva, un tanto diversa, con base en el art. 50 de la Carta Magna ("el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"), podría justificarse la existencia de CODESA, dentro del recuadro del capitalismo de Estado y de la reproducción del capital; y, por ende, de las condiciones necesarias para su existencia y reproducción. Y, además, ejecutaría el mandato constitucional, en el interior de la filosofía política del Estado del bienestar o intervencionista. Empero, para que se cumpla ese requisito se hace menester una sana, eficiente, legítima y legal Administración Pública.

Por supuesto, que la historia y el análisis de CODESA y del Estado-empresario, Estado del bienestar o desarrollista no ha terminado en Costa Rica. Al contrario, el camino que falta por recorrer es bastante. Lo importante, es que se haga dentro del Estado de Derecho.

VII. BIBLIOGRAFIA.

- CASTILLO, Manuel et al. **El modelo económico costarricense**, (San José: ANFE, 1980).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, (Madrid: Civitas, dos tomos, 1977).
- GORDILLO, Agustín. **Empresas del Estado**, (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1966).
- KAPLAN, Marcos et al. **Estudios sobre la empresa pública**, (México: Boletín mexicano de derecho comparado, UNAM, enero-abril de 1979).
- LIZANO, Eduardo et al. **Los problemas económicos del desarrollo económico en Costa Rica**, (San José: UNED-UCID, 1980).
- ORTIZ, Eduardo. **Costa Rica: Estado social de derecho**, (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 29, 1976).
- **Propiedad, empresa e intervención**, (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 35, 1978).

- **Autonomía administrativa en Costa Rica**, (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Nos. 8 y 9, 1966 y 1967).
- PEISER, G. **Droit administratif**, (Paris: Dalloz, 1975).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. **Apuntes e ideas sobre el servicio público**, (San José: Universidad de Costa Rica, 1977).
- **Derecho y clases medias (Costa Rica)**, (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 42, 1980).
 - **La social democracia en Costa Rica**, (San José: Imprenta Trejos, 1977).
 - **Notas sobre el problema de la Constitución Política**, (San José: Imprenta Trejos, 1978).
 - **Partidos, poder y derecho**, (San José: Imprenta Lehmann, 1980).
 - **Políticas estatales: procesos de centralización y descentralización administrativas durante el período de 1968 a 1978, en Costa Rica. (Notas metodológicas y marco operacional)**, (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1981).
 - **Consideraciones sobre la descentralización y la centralización administrativas. (Reflexiones a propósito de la normativa del Banco Central de Costa Rica)**, (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1981).

RIVERO, Jean. **Droit administratif**, (Paris: Dalloz, 1971).

RIVERO YSERN, Enrique. **Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas**, (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 86, 1978).

SOLIS, Manuel; y, ESQUIVEL, Francisco. **Las perspectivas del reformismo**, (San José: EDUCA-DEL, 1980).

VEGA, Mylena. **El Estado costarricense de 1974 a 1978: CODESA y la fracción industrial**, (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de grado en licenciatura de sociología, 1980).

VERDERA Y TUELLS, Evelio (editor y prologista). **La empresa pública**, (Zaragoza: publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, dos tomos).

* * *

CARTA MAGNA: (Constitución Política de Costa Rica).

LEYES:

- Creación de Codesa.
- Administración Pública.
- Administración Financiera de la República.
- Orgánica de la Contraloría General de la República.

REGLAMENTOS:

- De la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- De la Proveeduría Nacional.
- De la Contratación Administrativa.
- De las Empresas Públicas.

EL "GRATUITO PATROCINIO" O ASISTENCIA LEGAL AL POBRE COMO DERECHO Y MEDIO DE IGUALDAD SOCIAL EN EL PROCESO MODERNO

Dra. María Antonieta Sáenz E.

SUMARIO:

Parte Tercera:

A. COMENTARIO A LA LEGISLACION VIGENTE EN EL DERECHO ITALIANO	68
1. El Decreto regio o Ley No. 3282 de 1923 sobre el gratuito patrocinio y la nueva Ley No. 533 de 1973 en materia de gratuito patrocinio dentro del proceso de trabajo	68
a. Carácter de los servicios profesionales	68
b. Casos en los que se admite la solicitud al gratuito patrocinio	69
c. Organismo competente para conocer de la admisión al gratuito patrocinio	70
d. Formalidades de la demanda	70
e. Presupuestos de admisión	71
f. Concepto del estado de pobreza	71
g. Exito favorable de la causa en la fase de admisión	72
h. Participación de la contraria en la fase de admisión	72
i. Designación del defensor	72
j. Impugnaciones	72
k. Efectos de la revocación	73
2. Gratuito patrocinio y el costo de la justicia	73

Parte Cuarta:

A. LA NORMATIVA SOBRE EL GRATUITO PATROCINIO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE DENOMINADA POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES: "EL BENEFICIO DE LITIGAR COMO POBRE"	75
1. Procedimiento de admisión	76
2. Efectos de la admisión	76
3. Efectos de la oposición del Ministerio Público o del adversario	77
B. EL SISTEMA DE LOS "CONSULTORIOS JURIDICOS" EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE: UNA RESPUESTA POSITIVA AL PROBLEMA DE LA ASISTENCIA LEGAL DEL ECONOMICAMENTE DEBIL	77
1. Contenido del programa de los Consultorios Jurídicos	78
2. Organización de los servicios: presupuestos de admisión a los mismos	78
a. Materia	78
b. Lugar de habitación del solicitante	78
c. Condición económica	79
3. Medios de prueba de la condición económica	79
4. Suspensión de los servicios	79
5. Dirección de los Consultorios Jurídicos	79
6. Funciones de los estudiantes	79
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFIA	82

Parte tercera

A. COMENTARIO A LA LEGISLACION VIGENTE EN EL DERECHO ITALIANO

La legislación italiana presenta un interesante cuadro en materia de gratuito patrocinio. Por un lado, nos encontramos con una normativa sobre el instituto, que podría decirse contiene una figura bastante arcaica y que desafortunadamente, es aquella aplicable al gratuito patrocinio en general, mientras que por otro lado, desde 1973, en materia de trabajo, ha desarrollado una más avanzada solución del problema en tratándose del litigante trabajador pobre.

En esta etapa de la investigación, nos dedicaremos a concretar mediante un análisis comparativo de ambas figuras, los cambios que se han producido entre una y otra legislaciones y así colocarnos en grado de derivar algunas conclusiones que nos puedan servir como ayuda para delimitar las características de un sistema moderno y más justo en relación, además, a las respuestas dadas en Costa Rica, con lo cual creemos, sea posible hacer "flotar" aquellas reglas ocultas e insuficientes, igualmente aquellas positivas que se puedan localizar en las diversas instituciones citadas con el objetivo principal de obtener un nuevo enfoque de la problemática la cual constituye un aspecto muy importante en el derecho actual concebido como instrumento de dinamismo social y humano y que por ello no podemos ignorar ni mucho menos descuidar.

1. El decreto regio o Ley No. 3282 de 1923 sobre el gratuito patrocinio y la nueva Ley No. 533 de 1973 en materia de gratuito patrocinio dentro del proceso de trabajo:

Como base principal de esta comparación conviene traer a colación el principio constitucional italiano sobre el derecho a la efectiva realización del derecho al acceso en sede de administración de justicia sea en calidad de actor o del ejercicio del derecho de defensa ya que, la normativa del año 1923, ha sido considerada en doctrina, nugatoria del derecho a la acción y a la defensa como lo garantiza el canon constitucional, dada su evidente

insuficiencia que contradice el principio del art. 24 sobre todo cuando el mismo establece que para hacer efectivos ambos derechos, se darán correlativos medios idóneos para quien por motivos de orden económico, no pueda cubrir los gastos de una litis.

La inconstitucionalidad del sistema contenido en la ley del 23 que arrastra las lacras del decreto de 1865, como se ha visto en páginas anteriores, ha sido solicitada en varias ocasiones pero la Corte Constitucional italiana no la ha acogido partiendo de la consideración de que dada la falta de otros instrumentos que regulen la materia, la declaración de inconstitucionalidad de la misma se traduciría en la anulación de la única institución existente para que el pobre sea asistido. No obstante, la Corte Constitucional ha concluido que dicha ley es notoriamente insuficiente (70).

a. Carácter de los servicios profesionales:

Para iniciar tenemos uno de los principios que más ha suscitado problemas y es el referente a la calidad de los servicios del profesional. La Ley del 23 se inaugura con la enunciación de la máxima del servicio legal a los pobres con carácter "gratuito y obligatorio".

La crítica a tal enunciado sostiene básicamente, que la prestación del servicio enmarcada en condiciones de gratuidad y obligatoriedad, conduce únicamente a una acentuación de la desigualdad jurídica dentro del proceso de las partes participantes en el mismo, ya que el profesional del litigante económicamente fuerte, representará mejor los intereses del cliente fenómeno que difícilmente sucederá en el caso contrario.

La crítica agrega que por otro lado, tal normativa no solo anula el principio de igualdad jurídica sino también, que es violatoria de la disposición que dice que nadie puede ser obligado a prestar sus fuerzas de trabajo en forma gratuita (71).

Es así, como de tal principio contenido en el art. 1 de la ley en comentario, se puede derivar que

(70) CAPPELLETTI, *Proc. e Ideolog.*, cit., p. 550.

(71) En relación a tal tema, la sentencia de la Convención Europea del 22 de marzo de 1972.

una de las consecuencias de la admisión del beneficio, es que el abogado o procurador nombrado para asistir la cuestión no puede recusar el cargo, puesto que de hacerlo se somete a sanciones disciplinarias. Se establece, que la no aceptación es posible admitirla solo en casos muy calificados prueba de ello es que se expresan tales casos, como "motivos graves" cuya determinación corresponde a la comisión especial para el gratuito patrocinio la cual analizaremos más adelante. En tal caso, pues, el profesional podrá ser sustituido o dispensado de su encargo.

El desempeño del cargo impone que durante su transcurso, el abogado o procurador, presenten informes mediante notificación, de todos los actos y sentencias definitivas pronunciadas en el proceso, ante sus contralores disciplinarios a los que, además, deben dar cualquier tipo de clarificación que se les pida en relación al asunto y otros actos, excepto en tratándose de intereses opuestos entre el representante legal y el cliente. No obstante, el desempeño del cargo se deja a la ciencia y conciencia del profesional (arts. 31, 32, 33).

De acuerdo al art. 11, la defensa debe ser gratuita siendo garantizada dicha gratuidad, excluyendo la repetición de los honorarios de la parte condenada a las costas procesales, sea de aquella constituida en el proceso civil como aquella del proceso penal.

En relación al problema encontramos una mejor solución en la Ley 533/73. Efectivamente, mediante la creación del llamado "patrocinio estatal", el servicio profesional es pagado por el Estado con un sistema de pago anticipado de parte del erario público cada vez que se culmina con una sentencia de mérito independientemente, de que tenga carácter de cosa juzgada firme (72). De esta manera, el art. 14, prevé el pago no solo del abogado con base

a las tarifas normales y no reducidas a efectos de garantizar una defensa o representación legal más efectiva como sucede cuando el abogado trabaja para la parte rica (73) sino que también, la de los peritos u otros técnicos que presten sus servicios en el proceso a favor del litigante trabajador pobre.

La Ley 3282/23, exige el cumplimiento de la prestación en forma gratuita y obligatoria, mediante un mecanismo de control directo ejercido por el procurador general en el distrito de cada corte de apelación separada y del abogado general en la circunscripción de la corte de apelación separada y del procurador general de la República en el territorio del tribunal o en las preturas dependientes, según sea el caso.

La Ley 533/73 en este sentido establece que el defensor que se niegue a ejercer el patrocinio o que descuide la causa, puede ser sancionado con base en las reglas disciplinarias relativas al deber de "lealtad y probidad", que deben ser presentes en todas las contiendas judiciales (art. 88 C.p.c.) por parte del juez de la cuestión (74).

b. Casos en los cuales se admite la solicitud al gratuito patrocinio:

Según la Ley 3282/23 en su art. 3 la admisión al beneficio, procede en los siguientes casos:

- 1) en materia civil
- 2) en materia comercial
- 3) en materia contenciosa
- 4) en materia de jurisdicción voluntaria
- 5) en materia penal
- 6) para causas ante los tribunales inferiores o superiores de las Aguas Públicas.

La Ley 533/73, regula como hemos visto, solo el gratuito patrocinio en lo concerniente a la materia laboral (75). Así, de acuerdo a la misma, el régimen se aplica a las causas provenientes de con-

(72) En doctrina se ha puesto el problema que se presenta en el caso en el cual la contienda se extinga y falte la sentencia de mérito. La respuesta es que, dado que la ley no resuelve esta situación, el pago puede efectuarse ya sea basándose en un cálculo que puede hacer el juez de la cuestión o, mediante el reclamo del decreto que concedió el beneficio. En este sentido, LUISO, F.P., op. cit., p. 468.

(73) Con fundamento en una interpretación del art. 14 inc. 2, hecha por el pretor de Prado —aún cuando no es este el espíritu de la ley— se dice que el pago adelantado por el erario público de los respectivos honorarios, debe entenderse como un pago anticipado por el Estado quien los anota al crédito y en caso de que la parte no beneficiaria resulte totalmente sucumbente y así condenada a las costas, el Estado puede repetir de ésta los honorarios. Mientras que si el sucumbente es el beneficiario, no se repite tal pago y el Estado asume el gasto. LUISO, F.P., idem, ps. 470-474.

(74) Considera LUISO, que el problema se resuelve en la nueva ley sobre el gratuito patrocinio en materia de trabajo, pues ve que en el pago del servicio del profesional, se ofrece un incentivo para el mejor desarrollo de su actividad. Idem, p. 449.

(75) El sectorismo que denota la ley sobre el gratuito patrocinio estatal en materia de trabajo, se ha considerado contrario al art. 24 de la Constitución ya que el mismo, se refiere al pobre en sentido general y no referido solamente, a la clase trabajadora la cual con esta ley, adquiere una condición privilegiada. Constitucionalmente, pobre es quien no puede suplir los gastos del proceso y la asistencia legal sin perjudicar la propia existencia (en materia de trabajo el mismo patrono si es pobre, puede gozar del beneficio). Al respecto, LUISO, idem, p. 431.

tratos individuales de trabajo, asistencia y provi-
dencia social obligatoria (arts. 409 y 442 C.p.c.) de
los dependientes del Estado y de los entes públicos
no económicos (76).

**c) Órgano competente para conocer de la admi-
sión al gratuito patrocinio:**

La Ley 3282/23 establece una comisión espe-
cial colocada en cada tribunal, corte de apelación,
sección separada de cada apelación y en la Sala de
Casación. La misma se compone de:

- 1) un miembro del tribunal que juzgará la cues-
tión
- 2) un funcionario del Ministerio Público
- 3) del presidente del Consejo del Orden de los
Abogados.

La existencia de dicha comisión, ha sido muy
criticada pues, se ha dicho que ella constituye un
mecanismo de admisión sumamente complejo que
produce lentitud en el trámite del beneficio lo que
muchas veces, ha inducido a que las demandas sean
resueltas con mucho retardo, no supliendo las ne-
cesidades o exigencias reales.

El problema del órgano competente para la
admisión del beneficio, se resuelve de manera mu-
cho más simple ya que, establece que sea el juez
competente de la respectiva causa, quien debe co-
nocer de la misma, evitándose así toda clase de
trabas burocráticas como se verifica ante las comi-
siones ordinarias antes citadas.

El procedimiento que se ofrece en materia de
trabajo es equiparable a aquel que se utiliza para
los procedimientos cautelares en los cuales el mis-
mo juez del caso, que conocerá luego del mérito
de éste, se ocupa aún tratándose de dos fases de
diversa naturaleza. En el fondo, la medida funcio-
na bastante bien y pareciera corresponder sobre
todo, a un criterio de oportunidad y no una exi-

gencia de tipo constitucional ya que la constitu-
ción al respecto no indica nada.

d) Formalidades de la demanda:

La solicitud para obtener el beneficio, debe
ser conforme a la Ley 3282/23, una exposición
clara y precisa de los hechos, razones y medios
probatorios que servirán de base a la acción o a la
defensa. A tal demanda, se debe adjuntar el punto
referente al estado de pobreza y cuestiones de mé-
rito, aspectos que más adelante analizaremos.

La demanda comprende además, el requisito
formal de la firma de un abogado, procurador o en
ausencia de éstos, la demanda deberá ser tramitada
mediante el pretor si el asunto es de competencia
ordinaria.

Evidentemente, las condiciones esenciales de
la citada demanda, imponen al interesado en el
beneficio, una fuerte limitación de orden técnico
pues, la exigida precisión de los hechos, razones y
medios de prueba, requieren además de claridad.
Una formalidad de tal naturaleza, presupone que el
solicitante sea en condiciones intelectuales desde el
punto de vista legal o que el mismo se haya ases-
orado con un profesional, lo que resulta totalmente
ilógico en caso del pobre que normalmente no está
preparado para hacerlo y porque ante todo sus po-
sibilidades económicas lo inducen a pedir el benefi-
cio con el objeto de ser asistido y en consecuencia,
se encuentra imposibilitado para pagar los servicios
del profesional para plantear la demanda de acuer-
do a los requisitos legales citados.

Las críticas en la doctrina sobre este problema
son numerosas pero aún así, el punto se mantiene
igual pues no se encuentra ningún cambio a propó-
sito, en la nueva Ley 533/73. En efecto, las exigen-
cias formales y técnicas no se excluyen para la
demanda del beneficio en la materia de trabajo, y

(76) Dentro de tales controversias el beneficio puede ser pedido tanto en sede de impugnación como en la fase de ejecu-
ción forzada por primera vez. En el primer caso la solicitud del beneficio, podría ser pedida sin que por ello se dis-
minuya la celeridad del proceso por cuanto el mismo, no se efectúa fuera del proceso sino dentro la nueva fase de
impugnación o sea, sin interrumpir la fase anterior. Por otro lado, la mecánica descrita, no altera el mérito de la
cuestión ni los términos de la demanda ya que son dos cosas diferentes: mientras una es de tipo contencioso, la
otra es de jurisdicción voluntaria. Además, para efectos de determinar quién puede solicitar por primera vez el be-
neficio, en sede de apelación, es necesario tener presente que normalmente, lo hace quien ha resultado sucumbente
en la primera instancia. Tratándose del sucumbente parcial o quien gana la primera instancia, se considera que al
mantenerse los requisitos, no es necesario que se efectúe de nuevo todo el trámite. Sin embargo, el art. 13 dice que
el que sea total o parcialmente sucumbente, debe reiterar la solicitud con lo cual se pasaría a valorar la cuestión ba-
jo otro criterio: o sea, de "no manifiesta infundabilidad de las razones" a uno de "no manifiesta infundabilidad de
la impugnación".

En este caso, el competente para conocer de la admisión, debería ser el mismo juez de la impugnación.
Cuando se trata de obtener por primera vez el beneficio en fase de ejecución forzada, tal demanda se funda en el
artículo 10 de la ley, la cual permite la misma en esta sede. No obstante, si el beneficio se concedió en la etapa an-
terior, lo lógico es que se extienda también a la ejecución. En este sentido se pronuncia LUISO, F.P., op. cit., ps.
459-464.

así se efectúa una remisión a las formalidades de la demanda ordinaria o sea a los arts. 414 y 416 del C.p.c.

e) Presupuestos de admisión:

La Ley 3282/23, hace una distinción entre personas físicas y personas jurídicas ("morales" como dice la ley en discusión). Para ambos casos establece:

- 1) estado de pobreza
- 2) probabilidad de éxito favorable de la causa o negocio.

En tratándose de personas jurídicas, el estado de pobreza se deriva de la naturaleza de sus funciones y es por eso demostrable con una declaración de sus miembros administradores mediante documento que reconozca esa calidad.

Las personas físicas en cambio, demuestran su estado de pobreza, con la exhibición de un documento certificado en papel normal que contiene: declaración de impuestos "fondiarios" y tasa de riqueza mueble que paga en el lugar de residencia o de domicilio.

f) Concepto del estado de pobreza:

De acuerdo con la letra del articulado tal concepto, viene a ser no un estado de "nulatencia" sino más bien, un estado económico del solicitante, que le impida cubrir los gastos de la contienda. Tal estado de pobreza, debe ser confirmado con certificado del síndico municipal del lugar de la residencia o del domicilio.

Se hace notar también, la distinción en relación a los solicitantes en el siguiente sentido:

- 1) En caso de menores: aquí se debe declarar la condición económica de los padres.
- 2) En caso de mujer casada: en donde se debe declarar el estado económico del marido salvo, en el caso en el que ambos cónyuges se encuentren separados o cuando el marido sea actor en una causa penal contra la esposa.

No obstante los requisitos enumerados, la comisión queda en la libertad de pedir cualquier otro

tipo de información que considere necesaria para justificar el estado de pobreza.

En materia de trabajo, la Ley 533/73 inicia por establecer una valoración del estado de pobreza mucho más cercana al criterio constitucional (art. 24 C.P.) en cuanto define el mismo, como aquel grado del recurrente, que le impide sufragar los gastos de la litis y para evitar la imprecisión que una expresión tan general pueda suscitar, se ha fijado un mínimo de capital calculado en dos millones de Liras anuales.

El sistema usado para demostrar la condición de pobreza se ve, además, facilitado, ya que se considera que la declaración del solicitante es prueba legal para el juez.

La determinación del límite económico (77) se hace con base a criterios independientes a aquellos que se siguen para efectos de las exenciones fiscales:

- 1) rentas de trabajo (comprendido el trabajo subordinado y el no subordinado)
- 2) entradas de que disponga el solicitante en forma directa o indirecta o simplemente por tener el goce sobre ellas (78).
- 3) bienes inmuebles propios o sobre los cuales el solicitante, tiene un simple derecho real aún cuando no sean productivos.
- 4) Se hace también distinción si se trata de cónyuges y así se dice que en tal caso, se deben acumular las rentas de ambos, exceptuando aquellos casos en que exista separación legal o un conflicto entre los mismos (79).

Si el solicitante es menor, se acumulan las rentas de los padres pero, con la distinción de que si vive con un solo progenitor, la acumulación se hace solo en relación a los bienes o rentas de éste (80).

La declaración citada, debe ser autenticada por un notario o secretario de tribunal o comunal. No obstante, ante el caso de un solicitante analfabeto, dichos funcionarios, deberán intervenir en su auxilio permitiéndole que haga su demanda en forma oral y acompañándolo de la información relativa a las responsabilidades civil y penal (81).

(77) Se considera que el dicho límite, dadas las variaciones que sufre constantemente el costo de la vida, debería ser controlado periódicamente y establecer un criterio de excepción en caso de que las costas procesales superen el mismo. Es el criterio de LUISO, F.P., op. cit., p. 432.

(78) Son aquellas rentas no declarables. Idem.

(79) Según la doctrina, en materia laboral, normalmente, no existen conflictos entre los cónyuges y así deducen que el conflicto que indica la ley debe interpretarse como un conflicto personal entre ellos, como por ejemplo, la separación de hecho en donde se establecen limitaciones para contar sobre sus patrimonios. Idem.

(80) Se sostiene que en materia laboral, la norma no tiene ningún sentido ya que, la mayoría laboral coincide con la capacidad de agir. Idem, p. 436.

(81) Para efectos de controlar los elementos de fraude o estafa de la declaración. La responsabilidad civil tiene como

g) Éxito favorable de la causa o negocio:

El requisito del "fumus bonis iuris" del cual se ha dicho antes en qué consiste, debe ser satisfecho según la Ley 3282/23, con la respectiva presentación de las pruebas de los hechos y uniendo a ello, las razones en base a las cuales, se interpondrá la acción o defensa.

El requisito se mantiene también en la Ley 533/73, pero enmarcado en el concepto de la más reciente corriente doctrinaria ya que incorpora una idea más amplia y consistente a nivel práctico; indicando que el fundamento de la cuestión debe ser el de la fórmula de "razones no manifiestamente infundadas" (82).

Así en caso del gratuito patrocinio en materia laboral, el juez que debe declarar la admisión del beneficio, cumple como tarea principal el valorar la situación que se le somete, con base a los hechos alegados por la parte tomándolos como verdaderos y rechazándolos solo cuando encuentre razones "tangibles" (83) por las cuales el asunto, no debe ser tutelado con el beneficio del gratuito patrocinio.

Todo ello significa que el examen que se realiza es bastante superficial y consiste pues, en un mecanismo totalmente distinto a aquel que se estipula para el gratuito patrocinio ordinario contenido en la Ley 3282/23, que impone el éxito favorable. Evidentemente, en materia de trabajo el procedimiento de admisión consiste en un trámite mucho más ágil y satisfactorio.

h) Participación de la contraria en la fase de admisión:

La Ley 3282/23, indica que antes de que la comisión respectiva sobre el gratuito patrocinio se pronuncie, se da participación a la contraria para que si es del caso, se oponga al estado de pobreza o al "fumus bonis iuris". Si ambas partes comparecen, la comisión tiene el poder de proponer a las mismas una conciliación. El procedimiento se presenta en los mismos términos si el adversario es el Estado.

En materia de trabajo de acuerdo a la Ley

533/73, la situación cambia radicalmente. En efecto, partiendo de premisas más lógicas y justas, hemos visto como es el juez competente de la cuestión, quien al mismo tiempo conoce de la admisión al beneficio. Se agrega a ello que este carácter cautelar del procedimiento se realiza en forma unilateral o sea, no existe el derecho de participación del adversario y consecuentemente, se evita al solicitante del beneficio la exposición previa del asunto. La medida parece ser suficientemente acorde con la línea seguida por la nueva ley ya que los intereses del adversario no se ven en peligro con relación al rechazo o admisión del beneficio (84).

i) Designación del defensor:

La designación del defensor según la Ley 3282/23, corresponde hacerla a la comisión cuando se trata de asuntos en materia civil o en aquellos casos en que se requiera en materia administrativa. En cuestiones de tipo penal, la designación se deja a la autoridad judicial de la causa (salvando las normas de la defensa de oficio).

Para los casos laborales, la designación funciona en forma semejante pero, cabe hacer notar que si bien en lo referente a ésta, se verifica un fenómeno símil al establecido en la ley para el gratuito patrocinio ordinario, o sea, el abogado o procurador que se designe, viene escogido de la respectiva lista de cada jurisdicción o del tribunal indicado por la parte (o el Consejo del Orden), no obstante, se establece una gran innovación al respecto, ya que es permitido a la parte escoger el profesional. Tal normativa parece inspirarse en el principio de igualdad constitucional en cuanto da al litigante trabajador pobre, la misma posibilidad que tiene el litigante en grado económico de pagar el profesional, teniendo en cuenta la relación de confianza que normalmente se establece entre abogado y cliente (85).

j) Impugnaciones:

En materia de impugnaciones, la Ley 3282/23 nos dice que el beneficio puede ser impugnado con recurso de revocatoria de parte del intendente de

objeto, garantizar los gastos o pagos adelantados del Estado, los cuales pueden ser recuperados mediante el resarcimiento.

(82) Idem, p. 442.

(83) Idem, p. 443.

(84) El adversario sería legitimado para recurrir o intervenir en la fase de admisión, si existe la posibilidad de perder el pago de los gastos, peligro que no existe en el caso del gratuito patrocinio a cargo del Estado, pues los gastos procesales se cubren por parte de este último. En este sentido LUISO, F.P., ídem, p. 450.

(85) Idem, p. 449.

finanza en cualquier momento o estado del juicio. Tal recurso se dirige a permitir que se demuestre que el estado de pobreza, no existe si se trata del beneficio a conceder por primera vez, o que ha dejado de existir en el transcurso de la causa.

El recurso es concedido también a las partes ante la comisión de la Corte de Apelación, la que resuelve con base en las probabilidades de éxito de la cuestión. Los efectos del recurso en este caso, son suspensivos, salvo, tratándose de aquellos actos, cuya omisión incida en un perjuicio para la parte recurrente.

La Ley 533/73 no expresa claramente cómo se resuelve el punto de las impugnaciones. La única referencia que encontramos es en relación al recurso de revocación conferido al intendente de finanza para alegar sobre el estado de pobreza.

Sobre el poder de impugnación correspondiente a la parte, repetimos, no se dice nada. No obstante, haciendo una interpretación del acto resolutorio del beneficio, es decir, estableciendo la naturaleza del decreto de admisión al beneficio, se pueden proponer algunas conclusiones.

Partiendo de las bases ya sentadas sobre la naturaleza procesal del trámite de admisión, o sea como una fase no contenciosa nos es posible decir que el decreto emanado en tal sede, es también de tipo no contencioso o en otras palabras, de jurisdicción voluntaria ya que en primer lugar, no se encuentra a la base de la demanda ningún ilícito (ser pobre no constituye un acto ilícito) el cual es presupuesto esencial de la jurisdicción contenciosa. En segundo lugar, la fase hemos visto es de carácter unipersonal y así lógicamente, falta un elemento también esencial del contencioso como es la presencia de un contradictorio. En resumen, la única vía que se puede suponer para efectos de recurrir el mismo, es la del reclamo. Tal reclamo deberá ser presentado ante el Tribunal que ha resuelto la cuestión el que decide en Consejo de Cámara (86).

El contenido del reclamo puede ser una cuestión de mérito, cuando se trate de impugnar por motivos del "fumus bonis iuris" o por cuestiones de legitimidad como sería el caso de aún cuando el solicitante, reúna todos los requisitos para ser admitido, el beneficio sea rechazado o no concedido, en este último caso estaríamos en presencia de un reclamo por denegación del beneficio en relación con los presupuestos procesales.

Si el reclamante resulta victorioso, la consecuencia lógica es que se devuelven todos aquellos gastos o anticipaciones que ha pagado en virtud del error del juez.

Cuando se trate del recurso planteado por el intendente de finanza, el mismo tiene como fin principal, atribuir al juez el poder de desvirtuar la prueba sobre el estado económico del requirente, pues recordemos que la declaración del mismo, es prueba legal para el juez.

El recurso del intendente puede tener como base, hemos dicho, una declaración falsa o el hecho de que en el transcurso del proceso se haya verificado una mejoría o mutación del estado económico. Una vez que el intendente de finanza ha establecido el recurso, se concede traslado al solicitante.

El órgano ante el cual se debe dirigir el recurso del intendente de finanza es el constituido por el juez que emanó el decreto.

k) Efectos de la revocación:

Al respecto se dan dos posibilidades: una es que si la declaración era falsa, los efectos son "ex-tunc" y como consecuencia, el Estado tiene el derecho de obtener o recuperar las sumas pagadas por haberse admitido el beneficio, agregándose a ello, la correlativa responsabilidad penal y aquella civil al resarcimiento del daño.

Si, en cambio, la revocación sobreviene porque se ha producido una mutación de la condición económica del beneficiario, los efectos serán "ex-nunc" y así el mismo se extiende hasta el momento en que se interpone la impugnación.

2) Gratuito patrocinio y el costo de la justicia:

En relación al problema la solución que ofrece la Ley 3282/23 es la siguiente:

En cuanto al pago de tasas por uso de papel normal y de registro, las mismas se anotan al crédito.

Los actos administrativos y judiciales no son remunerados ni tampoco aquellos correspondientes a los peritos y otros técnicos como los notarios. En estos últimos casos la ley, da una posibilidad de compensación en cuanto admite que el pago se puede obtener de la parte que resulte condenada a las costas o sea, del sucumbente. También se da otra vía cual es en el caso de que el litigante pobre, mejore su situación económica en razón de haber

resultado victoriosa en cuyo caso deberá cancelar los renglones citados.

No obstante, la misma ley, indica que con el pago adelantado por parte del Estado, se cubren los gastos de transporte y permanencia de los funcionarios y oficiales públicos, peritos, testigos, etc., necesarios para obtener la realización de los actos administrativos y judiciales.

Con la obtención del gratuito patrocinio se procura la exención del pago de las publicaciones necesarias en los periódicos oficiales, para lo cual, la autoridad jurisdiccional correspondiente extiende una orden. El pago se obtiene mediante un adelanto de los mismos que efectúa el erario público.

Se concretan algunos casos como son: la publicación de la demanda (art. 727 C.p.c.); publicación de la sentencia que declara la presunción de muerte o de ausencia (art. 729 C.p.c.) publicación de la audiencia para la comparecencia (art. 723 C.p.c.); publicación de la sentencia de mérito y ordenanza de venta (en caso de remate, se da la posibilidad de recuperar los gastos del sucumbente o del beneficiario que haya mejorado su condición económica, lo mismo vale para el caso de que con la sentencia de declaración de ausencia o de muerte, el beneficiario venga a mejor estado económico).

La acción de recuperación por tasas de registro y timbres pagados por adelantado de parte del beneficiario, es ejercitable por el monto de ésta y de aquellas tasas repetibles cuando por sentencia, éste haya tenido al menos, la sexta parte en estos renglones.

Los gastos que anticipa el erario público son reembolsables a cargo del pobre, solo si su estado económico ha mejorado. Tales obligaciones corresponden solidariamente, a los miembros de aquellas personas que sean admitidas al beneficio.

Existen algunas sanciones en caso de quien siendo actor en una contienda donde el demandado sea el beneficiario, el que es condenado al pago de las tasas, timbres, etc., si la controversia se extingue por abandono o por renuncia expresa. La normativa se extiende al caso de personas jurídicas en cuyo caso, de nuevo, son deudores solidarios.

Los beneficios indicados, cubren todos los ac-

tos del proceso para el cual se concedió el gratuito patrocinio y abarca naturalmente, todas sus fases pero, si el beneficiario resulta sucumbente, debe replantear la demanda del beneficio.

En el proceso laboral, la cuestión ha sido producto de una evolución legal iniciada desde 1958. Para entonces, se preveía dentro del proceso de trabajo, la exención total de todo tipo de carga fiscal sobre actos, documentos, resoluciones y lo relativo a impuestos de registro y timbres, siempre que se tratara de controversias individuales de trabajo y empleo público con valor hasta de un millón de Liras (87). Tal exención, abarcaba los documentos y actos de la ejecución forzada mueble o inmueble para el pago de créditos provenientes de la prestación de servicios en la quiebra y concordatos preventivos, administración controlada y liquidación coercitiva administrativa (88).

En 1959, la exención se extendió a los procesos jurisdiccionales, procesos de las oficinas de trabajo y ocupación para la conciliación, procesos de arbitraje con base a acuerdos colectivos de trabajo. No obstante, las exenciones venían distinguidas de la siguiente manera: a) si eran actos y documentos por un valor inferior a un millón de Liras, se daba exención total solo para cuestiones de registro y timbres.

b) Si el monto superaba el millón de Liras, se pagaba la mitad del precio normal. Los documentos solo se exoneraban si consistían en aquellos de uso (o sea, que no eran obligatorios desde el inicio).

En 1972, la exención abarcaba el impuesto del sello o timbre en controversias jurisdiccionales, administrativas, sobre aquellos asuntos que versaban sobre seguros sociales, asignaciones familiares, pensiones y las controversias individuales de trabajo y de empleo público. En relación a los documentos, se exoneraban del pago solo aquellos de uso. Para los impuestos de registro no se daban facilidades (89).

En 1973, las exoneraciones se limitaron a la materia sobre controversias de trabajo individuales, empleo público, conciliación ante las oficinas de trabajo y de la máxima ocupación o previstas por acuerdos colectivos de trabajo y además controver-

(87) LUISO, F.P., op. cit., p. 416.

(88) Idem.

(89) Idem, ps. 417-418.

sias de previsión social y asistencia obligatoria (90).

Se incluyen la fijación de una exención de los actos y documentos en: la ejecución forzada mobiliaria e inmobiliaria, resoluciones jurisdiccionales, recuperación de créditos por prestación de trabajo en la quiebra, concordato preventivo y liquidación coercitiva administrativa; también, a los procesos de oposición a la ejecución forzada, actos ejecutivos en materia de trabajo, previsión y asistencia social y para el depósito del laudo arbitral. Se excluyen como se puede notar: la resolución del juez de la ejecución y la administración controlada en la quiebra.

Luego, tenemos que el artículo 10 de la Ley 533/73, parifica actos, documentos y resoluciones, reconociendo la exención total y lo mismo en caso de impuestos de registro y timbre incluso el IVA (91).

El citado art. 10, indica que el erario público

anticipa los gastos de las oficinas judiciales. De acuerdo con la interpretación hecha al artículo (92) el mismo no se refiere a la gratuidad del juicio en cuanto el Estado se asume todas las cargas por honorarios de consultores técnicos, se debe entender más bien como una anticipación de aquellos gastos que se produzcan por la actividad de las oficinas judiciales: depósitos, gastos de secretaría, notificaciones, comunicaciones, copias (93).

Es importante destacar que, el proyecto decía que tales gastos, los debía pagar el sucumbente si era el trabajador que en forma temeraria, hubiese planteado la acción. En cambio, el sistema aprobado no habla de tal responsabilidad.

La sistemática descrita, fue posteriormente alterada, aunque en forma somera, con la emanación de un decreto delegado de reforma tributaria en 1974 y con ello el régimen de facilidades tributarias sufrió una gran restricción aunque si no se puede decir que se produjo una derogación.

Parte cuarta

A. LA NORMATIVA SOBRE EL GRATUITO PATROCINIO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE, DENOMINADA POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES: "EL BENEFICIO DE LITIGAR COMO POBRE"

Es interesante notar, cómo en la legislación nacional al respecto, encontramos el llamado "Beneficio de litigar como pobre" el cual se concreta en una gratuidad parcial concedida al beneficiario en relación directa y exclusiva con las cargas procesales. Por eso, podemos concluir de antemano, que el proceso civil costarricense, no contempla una regulación dirigida a lo que en términos jurídicos y políticos se entiende por asistencia legal del pobre. Veamos ahora cómo se plantea el problema en la ley.

Tenemos en primer lugar, que el requisito primario para la obtención del beneficio, es el del "estado económico"; el art. 156, impone al efecto

un monto base de cinco mil colones compuesto de los siguientes renglones: jornales, salarios y rentas. Se excluyen para el cálculo de la citada suma, eventuales fuentes de riqueza como son las acciones judiciales, créditos de difícil cobro, factores fundamentales destinados a la satisfacción de las necesidades del solicitante y la familia como es el caso de las pensiones alimenticias, las herramientas, instrumentos o útiles indispensables para el ejercicio de la profesión u oficio.

Es importante aclarar, que con base a una interpretación literal del art. 156, la cifra de cinco mil colones, no viene considerada como una suma neta pues, pareciera indicar que el límite consiste

(90) Haciendo una aclaración sobre el punto, se ha dicho que dicha categoría de la asistencia y previsión social, entran también aquellas de tipo no obligatorio; por un lado, porque el art. 42 de la ley del 72, equiparaba ambos tipos de controversias y por otro, porque el patrocinio estatal se aplica también a éstas. Idem.

(91) Idem, p. 419.

(92) Es el comentario de LUISO, F.P., op. cit., p. 422.

(93) Idem.

en una cantidad inferior a los cinco mil colones: el artículo en discusión señala: "que no llegue a la cantidad de cinco mil colones". Con tal normativa, el beneficio no solo resulta irrisorio sino ante todo, nugatorio de toda posibilidad de realización del mismo. Es claro, que con el alza del costo de la vida efectuada desde el momento en que se emanó la ley sobre el gratuito patrocinio a la actualidad, la mayor parte del grupo social económicamente débil no entra dentro de los requisitos pedidos. Sobre todo, si tenemos presente que con el fenómeno de la industrialización, los salarios del obrero, por ejemplo, suman anualmente, una cantidad bastante superior a cinco mil colones, lo que significa que el sector obrero no tendría acceso al beneficio ni mucho menos, aquellas personas que gracias a una mayor preparación, ocupan puestos con salarios mayores a aquellos de los obreros aunque siempre insuficientes para afrontar los gastos que implica un proceso. Eventualmente, el beneficio, quedaría abierto para quienes trabajan la tierra como peones en las fincas o haciendas o para quienes del todo, no gozan de un sueldo. En fin, el beneficio dentro de un límite económico como el citado excluye arbitrariamente un gran número de personas, dejando pues, el problema de la gratuidad del proceso, sin ninguna solución.

Por otro lado, volviendo a la técnica procesal del instituto, nos encontramos con otro problema. Es lógico que el indicado estado de pobreza, debe ser demostrado. No obstante, la normativa del beneficio, no dice en ningún momento cómo se verifica dicha prueba. De nuevo es necesario recurrir a criterios especulativos. Suponemos que valdrá como medio de prueba una constancia de salario y o un certificado de la Tributación Directa en el cual se dé constancia de que el solicitante, no posee bienes. En el caso de las pensiones alimenticias, cabe pensar, que la prueba sería de nuevo una certificación pero en tal caso, emanada por el Patronato Nacional de la Infancia y para efectos de demostrar las acciones judiciales, se podría recurrir a obtener un documento del tribunal donde se ventilen las mismas en el que se informe de su existencia. La determinación en general no se indica y se habla solo de "pruebas pertinentes" (art. 158).

1) Procedimiento de admisión:

Se desprende del articulado que el beneficio puede pedirse tanto antes de que inicie el proceso como después de que se ha planteado.

Así, encontramos un procedimiento denominado "información", mediante el cual se tramita la

admisión al beneficio, en una fase anterior al inicio de la contienda judicial como acto prejudicial. El otro mecanismo es el de la vía incidental para el caso de una solicitud del beneficio, en el transcurso del proceso.

En todo caso, la solicitud se presenta al tribunal competente para la cuestión o negocio quien da audiencia por cinco días tanto al Ministerio Público como a o a las partes adversarias para que se opongan al acto si lo consideran necesario. Nuevamente aquí, los opositores, deben presentar las "pruebas pertinentes" expresado en la frase "pruebas oportunas".

Una vez que se verifica la fase descrita, se declara la concesión del beneficio. Tal admisión queda no obstante, limitada a usufruirse únicamente, dentro del proceso y sus respectivos incidentes, indicado en la solicitud por el interesado. Sin embargo, la regla se rompe en el art. 159 que dice que en caso de que el beneficiario, tenga otras contiendas judiciales abiertas, el beneficio puede extenderse a éstas bastando para ello una simple certificación de la resolución que lo declara pobre o en otras palabras que lo ha admitido al beneficio.

Pero, cabe señalar que para hacer efectivo tal derecho, pareciera que se hace necesario para el interesado, establecer de nuevo, una sumaria fase de admisión, ya que al efecto se da audiencia al Ministerio Público y a o los adversarios, por tres días para que se opongan. Se presenta aquí una agravante en contra del beneficiario pues, si el beneficio no se confirma, puede ser anulado aún para el juicio que había sido admitido inicialmente.

El procedimiento como hemos notado, goza de la ventaja de ser bastante breve y el mismo se agiliza aún más, con la prohibición de las impugnaciones de las resoluciones interlocutorias ya que la final, tiene apenas apelación con efecto únicamente, devolutivo.

2) Efectos del beneficio:

Se concretan en los efectos de la admisión los objetivos del beneficio: con el beneficio de litigar como pobre, el beneficiario obtiene una disminución del costo del papel para litigar o sea, puede litigar con papel de cincuenta céntimos y correlativamente, queda exonerado de rendir fianzas o depósitos en dinero cuando la ley lo exige (salvo, si se trata de embargo o confesión prejudicial pedida por segunda vez por una misma parte).

Entra también dentro del beneficio, la exoneración de garantizar las costas con una correlativa limitación del derecho del solicitante, de exigirla al

adversario. En este sentido, no vemos la lógica de la norma, pues nos parece extraño que el beneficio pueda implicar injustificadas exoneraciones para la contraria que en fondo, se traducen en una disminución de derechos del pobre dentro del proceso.

Evidentemente, el beneficio se reduce a una mezquina reducción de las cargas patrimoniales del proceso. Por otro lado, las cosas se complican cuando además, la norma contenida en el artículo 164, párr. 3, dispone que "al arbitrio del tribunal", es posible condenar al pago de las costas procesales, al pobre que resulta victorioso en ejecución del fallo, estableciéndose también, el pago retroactivo del papel usado de menor valor si su reintegro no excede de la tercera parte del valor que deba recibir (caso contrario, se reduce a la tercera parte) y para el pago se encarga al tribunal correspondiente quien lo debe hacer efectivo mediante las resoluciones debidas.

3) Efectos de la oposición del Ministerio Público o del adversario:

El derecho del adversario de oponerse a la concesión del beneficio, no parece obedecer más que al hecho de permitir que la acción o defensa con base en el beneficio, signifique un eventual perjuicio de orden económico para quien no es beneficiario en cuanto las consecuencias patrimoniales, se vean burladas en razón de mala fe, fraude u ocultación de riquezas del solicitante al beneficio. Ello implica a su vez, la legitimidad de la intervención tanto del adversario como del Ministerio Público para el que, este último, la cuestión interesa en relación a su repercusión en el orden social.

Así, una vez que el Ministerio Público o el adversario, hayan demostrado mediante la respectiva oposición, que el beneficiario o más precisamente, el interesado, ocultó sus recursos o que ha venido a mejor fortuna, se establece una cesación del beneficio o de la declaración de pobreza.

Se advierte que en caso de que una u otra oposiciones sean infundadas, el pago de las costas quedará a cargo de los recurrentes. Si en cambio,

existe fundamento, es el beneficiario que debe reintegrar el costo del papel de menor valor utilizado.

Se establece por otro lado, que una conducta deshonesta utilizada para obtener el beneficio, encuentra una correlativa lista de sanciones. Así si se descubre que hubo ocultación de recursos o mejoría de la condición económica, se condena concretamente, al beneficiario al pago aumentado en diez veces el valor del papel y las costas de las cuales se había eximido. Además, a partir de la cesación del estado de pobreza, debe afianzar las costas procesales con la respectiva sanción de una paralización de las gestiones procesales si éste no cumple.

Un punto curioso es aquel en relación al requisito del llamado "fumus bonis iuris", el cual no aparece como tal para obtener el beneficio. El mismo se presenta como requisito solo para el caso de la sanción ya que se habla del litigante temerario, en cuanto haya sido el actor-beneficiario. Aquí se da intervención al Colegio de Abogados para efectos de imponer la respectiva sanción al abogado que indujo a plantear la litis temeraria, con lo que en última instancia, es el abogado temerario que viene sancionado.

Hasta aquí, podemos decir que nuestra vetusta figura sobre el beneficio de litigar como pobre, se muestra bastante superada por contener una regulación demasiado incompleta y la que muy posiblemente, en el plano práctico, contará con una muy reducida aplicación pues, es claro que no ofrece grandes posibilidades de ayuda al pobre y porque esencialmente, no constituye ningún beneficio y de ahí que podría aún no existir que no se altera en absoluto, ningún derecho del pobre.

En nuestro criterio la figura carece de todo sentido y en este sentido, vemos necesaria la recreación de una institución que permita al pobre una real y correcta gratuidad del proceso con base en las nuevas orientaciones o de acuerdo a nuestras posibilidades pero, siempre que ello signifique una solución efectiva del problema y no una normativa absurda o de imposible ejecución.

B. EL SISTEMA DE LOS "CONSULTORIOS JURIDICOS" EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE: UNA RESPUESTA POSITIVA AL PROBLEMA DE LA ASISTENCIA LEGAL DEL ECONOMICAMENTE DEBIL.

Con la creación de los llamados "Consultorios jurídicos" o también "Clínicas jurídicas", en el año de 1967, cuyas funciones se ejercen con la ayuda de fondos universitarios, se ha dado en los

últimos doce años, la solución más cercana a los modelos de asistencia social legal al pobre inglés y americano, en la legislación nacional.

Mediante la actividad de los consultorios jurí-

dicos, se pretende fundamentalmente, la proyección de la Universidad de Costa Rica, a la comunidad y en particular de la Facultad de Derecho que desarrolla dicha asistencia social con el empleo de los servicios de los estudiantes de los tres o dos últimos años de carrera y que, se propone a su vez, conferir una mejor preparación del estudiante a nivel práctico (art. 1 del Reglamento de Consultorios Jurídicos).

1) Contenido del programa de los consultorios jurídicos:

El programa contiene en líneas generales, un servicio gratuito de asistencia tanto judicial como extrajudicial para el pobre.

Cabe hacer notar que no obstante, dentro del mismo, no se habla de una solución al problema en relación a los llamados gastos del proceso por lo que es nuestro criterio que tal vacío, podría remediarse mediante la creación de un buen sistema del beneficio de litigar como pobre estipulado en el Código Procesal Civil y analizado en páginas anteriores, de tal manera, que se establezca una coordinación entre tal institución y las clínicas jurídicas. El problema de la gratuidad del proceso es efectivamente descuidado de nuevo en el mecanismo de los consultorios jurídicos lo cual podemos corroborar con la lectura del art. 8 del citado Reglamento, el que indica que el beneficiario del servicio del consultorio, debe hacerse cargo del pago del papel sellado, timbres, derechos de registro, expensas de notificaciones, citadores o funcionarios públicos.

2) Organización de los servicios: presupuestos para la admisión a los mismos:

Entran en juego básicamente, tres elementos de legitimación:

a) por materia; b) por el lugar de habitación del solicitante y; c) en razón del estado económico.

a) Materia: (art. 4 R.C.J.)

Los servicios se ofrecen en un ámbito general que engloba las diversas materias jurídicas con énfasis en la materia Civil —dentro de la cual se encuentra comprendida la rama del Derecho de Familia— Penal y de Trabajo aún cuando para la primera y la segunda, se han establecido colaterales servicios gratuitos para el pobre en la Oficina de Defensores Públicos de la Corte Suprema de Justicia y en la Oficina o Departamento Legal del Ministerio de Trabajo, respectivamente.

Dentro del mismo punto relativo a la distin-

ción por la materia, se hacen luego, otras puntualizaciones ya que se ofrecen los servicios en los siguientes casos:

- 1) Asesoramiento jurídico: sea, la asistencia extrajudicial.
- 2) Procuración en juicio aún en sede de la Administración Pública.
- 3) Servicios de notariado: en relación a aquellos actos compatibles y necesarios con los fines de los consultorios.
- 4) Actuación de amigables componedores.

De acuerdo al dicho Reglamento, el art. 7, excluye de la asistencia que ofrecen los consultorios, aquellos casos de adquisición, reposición o reivindicación de bienes o derechos pecuniarios los cuales puedan ser aceptados por un abogado privado mediante el llamado contrato de "cuota-litis". En tales casos, no obstante, el asunto puede ser tomado por el respectivo consultorio con base en su valor económico el que debe ser bastante reducido y que será establecido por el Director del Consultorio si se acepta o no.

Se excluyen también, aquellos casos de representación del actor en juicios ejecutivos (salvo casos especiales de acuerdo al criterio del Director).

b) Lugar de habitación del solicitante:

El ámbito de acción de las clínicas jurídicas determina una directa limitación del servicio, dando lugar a una prestación que se ofrece de manera exclusiva a favor de los solicitantes que tengan habitación en la zona metropolitana. En consecuencia, la población elegible es de la capital o de los lugares vecinos a la misma, excluyéndose así, aquella que se encuentra en las provincias restantes y en las zonas lejanas del país como son concretamente, las aisladas zonas rurales.

Recurriendo a un análisis especulativo, se puede decir que tal criterio discriminatorio obedece fundamentalmente, al hecho de que no se cuenta con una fuerte financiación del servicio que permita extender el mismo, no solo al complejo de las provincias sino también, a los lugares más necesitados como es el caso de la zona rural en donde los servicios profesionales no existen ni aún de tipo privado.

Otro motivo por el cual creemos que la acción de los consultorios se circunscribe al área metropolitana, es porque el estudiantado universitario, en su mayoría, pertenece ya sea a la capital o a las provincias más cercanas a ésta y siendo concentrada la actividad en la capital, se facilita la frecuencia regular de los estudiantes. A tal factor se podría

agregar otro, cual es la existencia de una única Facultad de Derecho la cual se encuentra ubicada en una zona muy cercana a la capital y así esto mismo incide en la distribución de la asistencia al solo sector ante todo urbano y capitalino.

c) Condición económica: (art. 5 del R.C.J.).

Se admiten al beneficio, aquellas personas que siendo habitantes del área metropolitana, se encuentren dentro de un límite económico definible mediante una relación entre los ingresos y egresos familiares anuales que dan como resultado, una cifra exenta del pago de los impuestos sobre la tierra o que por su condición económica actual, tenga necesidad del servicio. El concepto "condición económica actual", viene expresado en términos bastante amplios y de ahí que para precisarla se ha designado que tal tarea corresponde al Director de los Consultorios.

El citado estado de pobreza es luego, ampliado con la advertencia de que la posesión de bienes inmuebles que constituyan; ya sea, el campo en que se asienta la casa de habitación del solicitante o que, sea su campo de labranza, no disminuyen el acceso a gozar de los servicios. El mismo criterio se extiende para el caso en que estos bienes, no proporcionan ingresos ni fueron adquiridos para fines especulativos.

Si el solicitante funda la solicitud del servicio en una declaración dudosa, la misma puede ser investigada por el estudiante que tenga a su cargo el asunto, recurriendo para ello, al Registro Público de la Propiedad y en los casos que sea necesario, a la Tributación Directa.

3) Los medios de prueba de la condición económica:

Tenemos en lo relativo a la prueba del estado de pobreza, que en primer lugar, se requiere de la presentación de un medio de identificación del solicitante del servicio a efectos de controlar la coincidencia del requirente con la cuestión que se deja a cargo de los consultorios. De esta manera, se pide la previa presentación de la cédula de identidad, residencia o pasaporte. Esta última regla de identificación, pareciera indicar que el servicio es utilizable aún en el caso de personas extranjeras que, lógicamente, se encuentren habitando en la zona metropolitana y siempre que reúnan los requisitos antes dichos para obtener el beneficio.

En relación al propio estado económico, se establecen dos requisitos:

a) constancia de salario: la que debe ser emitida

por el patrono, si el solicitante es trabajador, dejando sin resolver el caso de quien no lo es: como serían los trabajadores que despliegan su actividad en lo propio o el caso de quien es un desocupado forzoso o de la mujer casada que depende económicamente del marido pero, que precisamente se encuentre en conflicto con éste.

b) Todo tipo de documentación que el Director del consultorio, considere necesaria para justificar la condición económica del interesado.

4) Suspensión de los servicios:

La demostración de que el usuario del servicio, ha declarado falsamente su estado económico mediante engaño u ocultamiento de bienes o cualquier otro mecanismo, produce una automática cesación del beneficio.

La suspensión del servicio conduce a consecuencias específicas: Si a causa de la admisión del solicitante que ha declarado falsamente, se ha ejercitado una acción judicial, el Director del Consultorio, puede plantear una acción para el cobro judicial de los honorarios o, si se tratara de servicios notariales, se recurre al cobro de éstos con base en las tarifas normales para el pago del servicio profesional privado, quedando siempre abierta la posibilidad de demandar al declarante falso, en la vía penal.

Los ingresos que se obtengan eventualmente por los motivos antes citados, o porque la parte asistida resulte victoriosa en las costas personales, se destinan al fondo económico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, (arts. 9 y 11 del R.C.J.).

5) Dirección de los Consultorios Jurídicos:

Se realiza por medio de un profesor abogado y notario con atribuciones de jefatura docente y administrativas al cual a su vez, debe satisfacer determinadas obligaciones tanto personales como en relación al buen funcionamiento de los consultorios, (art. 2 del R.C.J.).

6) Funciones de los estudiantes:

El servicio del consultorio se establece no solo como una proyección de la Facultad de Derecho hacia la comunidad y otorgar una mayor preparación a nivel práctico del estudiantado, sino que es además parte esencial en el currículum de la carrera, el cual es requisito, debe ser superado para obtener el título de licenciado en Derecho y notario público.

El servicio se presta por un período de dos

años académicos que en total sumen veinticinco meses. El ciclo comprende una subdivisión del servicio en tres fases o sea, dos de ocho meses y una final de nueve meses, las cuales se distribuyen en las materias principales como son Civil, Penal y Trabajo.

La actividad se desarrolla regularmente, gracias a la obligatoriedad de la asistencia la cual se realiza en las horas nocturnas (6 p.m. a 8:30 p.m.) constituyendo como mínimo un promedio de cuatro horas semanales.

CONCLUSIONES

Después de haber hecho un breve recorrido de la vía seguida por el gratuito patrocinio desde sus orígenes hasta nuestros días, creemos que los propósitos que se esbozaron inicialmente, quedan cumplidos en la presente investigación.

Efectivamente, la necesidad de la asistencia legal al pobre, como problema existente desde la existencia del orden jurídico ha sufrido diferentes cambios y continúa a constituir una realidad aún no resuelta.

Hemos observado cómo la raíz del problema ha girado siempre, en torno a un error de concepción de la institución por cuanto, en los diferentes períodos estudiados, se nota cómo el pobre no resultaba componente normal de la sociedad y así su exclusión se verificaba en todos los campos de la actividad social, excepto en tratándose del trabajo y la explotación. Como consecuencia, asistimos a una realidad en donde el pobre careciendo de importancia como ser humano, debe resolver sus problemas legales, mediante aportes políticos como lo fue en Roma durante la vigencia, de la llamada "clientela" ejercida por los patrones u oradores romanos a cambio de prestaciones políticas como compensación de parte del pobre. No existió pues, una finalidad de conceder al pobre el derecho a la justicia en condiciones de igualdad frente al rico sino que mediante el patronato, se daba una posibilidad al pobre afortunado que encontraba un rico que le hiciera las veces de representante legal en el proceso. Era evidentemente, un cuadro en donde la cuestión se resolvía mediante la fuerza económica y política.

Después, la visión ética y religiosa de la Edad Media, repite de nuevo el error de no reconocer en el pobre la presencia de un ciudadano digno de derechos como el rico y así, bajo este error, decide ejercer la asistencia gratuita al pobre como un acto de caridad y misericordia dependiente no de un deber estable y propio del Estado sino, como una acción estrictamente, dependiente de la bondad de

los nobles y la misericordia de la Iglesia, mentalidad que envolvió también la legislación estatal.

La situación se mantiene en tiempos de la Revolución Francesa en donde los conceptos de igualdad y solidaridad humanas, no descendieron al plano real y así, las ideas revolucionarias de los asambleístas de 1790, no aportaron nada nuevo a la tradicional indiferencia ante el pobre, y así la igualdad que promovían claramente, no era para todos.

En el siglo XIX, vemos que una tendencia a proyectar el pensamiento jurídico más allá de los tradicionales cánones, permite que surjan nuevos modos de enfocar el problema partiendo de un criterio de obligatoriedad de prestar los servicios profesionales al pobre por parte de los abogados y en forma gratuita. Sin embargo, tal normativa, era una falsa respuesta al problema, pues ante todo se vivían tiempos de predominio del ejercicio de las profesiones liberales en cuanto predominaba la doctrina del "laizes fare" y así, naturalmente, el profesional si atendía una causa en calidad de gratuito patrocinador, no le dedicaba la necesaria atención como sí lo hacía con aquellas causas de quienes le pagaban sus prestaciones. Nace entonces, de esta situación una agravante de la desigualdad entre el rico y el pobre, que es claro, era el resultado de la mentalidad burguesa del período.

Se puede decir, que los verdaderos aportes al gratuito patrocinio, se derivan del interés puesto después de la segunda guerra mundial por la legislación inglesa, la cual inicia con el establecimiento de la asistencia legal procesal, o sea, el "legal aid" y la asistencia legal a nivel de asesoramiento fuera del proceso para el pobre. Indudablemente, la idea tiene su fundamento en la consideración de que el pobre tiene como ciudadano normal, las mismas exigencias del rico y que ello debe serle procurado para que ambos gocen de sus derechos en igualdad de condiciones. Sin embargo, a pesar de que la institución inglesa constituye un paso bastante

adelantado, en tratándose de una completa asistencia al pobre, la solución aún carece de un complemento, es decir, a la par del reconocimiento de la exigencia natural al orden jurídico, de que cada individuo tiene derechos que le pertenecen inexorablemente y los cuales deben ser positivamente realizados mediante la jurisdicción, cuando éstos le sean violados, faltó el precisar a quién correspondía ofrecer los instrumentos idóneos para su ejercicio, o sea, en un principio, el sistema nació como una función privada, como una actividad privada con fines públicos en vez de ser connatural a ella, la obligación del Estado de resolver el problema del pobre.

Sin embargo, la maduración de las experiencias legislativas y la obra del pensamiento jurídico-político, poco a poco, están haciendo penetrar la instauración de un patrocinio estatal mediante el cual sea el Estado el que llene las necesidades de la justicia para el pobre en todo sentido: como asistencia profesional tanto legal, como de técnicos en otras materias y tal vez en menor grado también, la exoneración de los gastos procesales y la responsabilidad de asumirse aún las consecuencias patrimoniales del proceso, cuando sea el pobre la parte condenada al pago de las mismas. El ejemplo, más claro, nos lo da el gratuito patrocinio en materia de trabajo en la legislación italiana.

Desgraciadamente, no podemos encontrar en el sistema inglés una justa solución al problema ya que, encontramos otro obstáculo que parece han copiado otras legislaciones como la americana, la canadiense y también incorporada en la legislación italiana en materia de trabajo, cual es la fijación de un mínimo de capital. Con este requisito, creemos, la movilidad del servicio no existe. No es posible delimitar el estado de pobreza con base a un frío esquema contable. La exigencia de un criterio de pobreza debe ser ante todo, valorado en términos de un estado económico, como lo ha señalado alguna parte de la doctrina, entendido como la incapacidad de quien solicita el beneficio, de cubrir los gastos de la asistencia legal o de otros técnicos y del proceso sin que ello constituya un menoscabo en la satisfacción de las necesidades personales y familiares del mismo. Una medida del estado de pobreza con base en una suma fija, corre el riesgo de no corresponder a la verdad real aún cuando se someta a un paralelo reajuste según el alza del costo de la vida. Nuestro criterio es que cada caso debe ser atendido teniendo en cuenta las circunstancias particulares de éste.

Encontramos también que aún cuando el pro-

blema ha sido tratado, no existe una normativa clara y satisfactoria en relación a una exoneración parcial o total de los gastos del proceso. La cual también creemos debe hacerse en proporción directa con el estado económico del beneficiario según el que será parcial o total.

Se nota también que la normativa sobre la materia, ha mostrado gran interés por equiparar la condición de ricos y pobres permitiendo que se pueda hacer la escogencia del profesional al menos, cuando las circunstancias lo permitan. Correlativa innovación es la remuneración del servicio profesional el cual hasta el momento se mantenía como punto no resuelto en la materia y que quizá constituye el aspecto de mayor importancia por cuanto de ello depende una buena prestación que se pueda equiparar en todos sus extremos con la del rico. Dicha remuneración, se ha observado, puede provenir de fuentes estatales en donde la organización para la asistencia legal se encuentra administrada a nivel estatal o del pago de algunos servicios que van al fondo común de la organización. (Ver el punto referente a los sistemas socialistas).

La extensión del servicio gratuito al consejo legal extrajudicial, constituye una muy necesaria modificación ya que a través de ella, se resuelve el problema de la exigida tecnicidad y precisión de la demanda, lo cual representa un grave problema para quien no puede pagar el previo asesoramiento y debe llenar tal requisito. También, se ha incorporado la mecánica de la solicitud oral, la cual es claro, facilita el trámite de admisión en beneficio del utente contribuyendo a una abreviación del trámite.

Se ha innovado notablemente en cuanto al criterio de valoración del "fumus bonis iuris", mediante la consideración de la seriedad del caso, fundada en una determinación de la misma por la ausencia tangible o evidente de suficiente mérito. Es la ya citada concepción que consagra la legislación italiana de la "no manifiesta infundabilidad".

En relación al problema que se nos presenta con la legislación nacional, creemos que cualquier conclusión que se pueda dar, será una simple crítica del sistema incipiente contenido en el Código de Procedimientos Civiles, dirigidas a su eliminación y sustitución por un sistema ya sea de asistencia legal en el sentido correcto o de exoneraciones patrimoniales y procesales parciales o totales de acuerdo a las posibilidades de quien requiere el beneficio, de manera que ello permita un perfeccionamiento de la actividad desempeñada por los consultorios jurídicos de Universidad de Costa Rica y que mediante

esta coordinación se logre una expansión mayor del servicio.

En cuanto a la mecánica seguida por los consultorios jurídicos consideramos que aún existen muchos puntos a reformar pero, es de particular importancia el hecho de que en muchos casos los servicios se duplican como es el caso de las materias correspondientes a los consultorios de Trabajo y Derecho Penal, ya que el ideal sería el de concentrar los servicios gratuitos de los consultorios al menos, en aquellos casos en que falta efectivamente la asistencia.

Como conclusión general, se puede decir que la figura del gratuito patrocinio constituye en nuestro criterio, la puerta de entrada a una socialización del acceso a la administración de justicia en un plano de igualdad a todos y cada uno de los componentes sociales. Es pues, mediante la consi-

deración de la importancia que hoy día tienen los derechos humanos, que el proceso tanto penal como civil y laboral, deben ser las vías de canalizar efectivamente tales derechos mediante la creación de instrumentos idóneos en el orden político y jurídico como son la asistencia legal al pobre en sus dos sentidos fundamentales: procesal y extra-procesal y con una respectiva regulación de las cargas propiamente del proceso y teniendo siempre en cuenta, que tal tarea compete al Estado como el órgano designado por la comunidad social para la realización de fines generales y no al profesional en derecho como persona individual que debe satisfacer dicha necesidad social, con sus energías de trabajo no remuneradas. El jurista debe contribuir fundamentalmente, con el perfeccionamiento de la institución mediante el aporte de ideas y cooperación en el ámbito político y social.

B I B L I O G R A F I A

CALAMANDREI, Piero, *Processo e Democrazia*, Opere Giuridiche I, Milano, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro, *Processo e Ideologia*, Bologna, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro, *Giustizia e Società*, Milano, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro, GORDLEY JAMES y EARL JOHNSON jr., *Toward equal justice a comparative study of legal aid in modern societies*, Milano, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro y VIGORITI, "Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Riv. di Dir. Proc.*, (II serie), 1971.

COUTURE, Edoardo, "Alcune proposizioni fondamentali di Diritto Processuale Civile", *Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei*, V-I, Padova, 1958.

CHIAVARIO, Mario, *Processo e garanzie delle persone*, Milano, 1976.

DENTI, Vittorio, "Il gratuito patrocinio davanti alla Corte Costituzionale", *Riv. di Dir. Proc.*, (II serie) 1959.

DENTI, Vittorio, *Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milano, 1971.

DENTI, Vittorio, "l'evoluzione del 'legal aid' nel mondo contemporaneo", *Riv. di Dir. Proc.*, (II serie), 1977.

FRANCESCHINI, *Il gratuito Patrocinio*, Torino, 1903.

LUISO, Francesco Paolo, *La gratuita del giudizio*

ed il patrocinio statale, *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, V-IV, Padova, 1975.

PECORI, Paolo, "Il costo del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica", *Riv. di Dir. Proc.*, (II serie), 1970.

PIZZORUSSO, Alessandro, "Problemi e prospettive della assistenza giudiziaria ai non abbienti", *Democrazia e Diritto*, 1969.

PUNZI, Carmine, "Note sul ministero del difensore nel processo civile" *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967.

TROCKER, Nicolo, *Processo Civile e Costituzione*, Milano, 1974.

VARANO, Vincenzo, *Organizzazione e garanzie della giustizia Civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973.

VIGORITI, "Fumus bonis iuris", *Riv. di Dir. Proc.*, (II serie) 1966.

LEGISLACION:

Ley 3282 de 1923 sobre el gratuito patrocinio italiano.

Ley 533 de 1973 sobre el gratuito patrocinio en el nuevo proceso de trabajo.

Código de Procedimientos Civiles italiano.

Código de Procedimientos Civiles costarricense.

Reglamento de Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica.

DERECHO AMBIENTAL EN COSTA RICA

Prof. Anabelle Porras Zúñiga.

INTRODUCCION:

Los problemas ecológicos obedecen a numerosos factores de orden histórico, político, socio-económico, científico-técnico y otros, los cuales hacen variar en las sociedades, los aparatos institucionales y las normas que constituyen la superestructura jurídica-política. Esa variación se refleja precisamente en el carácter global que revisiten actualmente los cambios introducidos por algunos sectores de población, cuando incorporan a la actividad económica los elementos y recursos de la naturaleza, alterando las condiciones naturales de la tierra, afectando su desarrollo normal.

La compleja situación política internacional que se caracteriza principalmente por las contradicciones socio-históricas entre Estados opuestos por su régimen social, tiene influencia decisiva en el origen del conflicto ecológico actual. La posibilidad de solucionarlo depende entonces no sólo de cada economía nacional, sino de la interdependencia ecológica objetiva que se establezca entre los países, todo lo cual origina las relaciones específicas de carácter político, económico, y científico-técnico entre los Estados.

Esta situación, condiciona la cooperación de los países en el aspecto de la Ecología, a la armonía de las relaciones políticas interestatales, como una visión nueva que tanto a nivel nacional como internacional, ayude a proteger el usufructo de la naturaleza y prevea cualquier alteración que atente contra la integridad del entorno.

Ello hace referencia necesariamente, a las fuen-

tes del Derecho Ambiental, cuya expresión más destacada lo constituye la Declaración del Medio Humano aprobada en Estocolmo por la Conferencia de Naciones Unidas reunida del 5 al 16 de junio de 1972. Esta Declaración establece los principios comunes cuya aplicación es para los pueblos del mundo, una esperanza para asegurar la protección de la naturaleza y por tanto su subsistencia.

Pero la citada Declaración —así como todo el Derecho y la Legislación Ambientales— resultaría inútil si se creyera que la desfavorable situación ecológica —local e internacional—, se resuelve a través de normas jurídicas. Ello no significa, que tanto el Derecho como la Legislación Ambientales no se presenten como alternativa nueva y progresista frente a lo jurídico tradicional y ayude a una solución.

Pero, mientras el deterioro y la alteración del medio natural siga siendo efecto de la rapaz explotación de las riquezas naturales, por parte de los sectores con capacidad económica para explotarlos en beneficio exclusivo de sus intereses individuales, el Derecho y la Legislación Ambientales, sólo legitimarán la destrucción del Medio físico, toda vez que los conflictos ambientales o conflictos de intereses antagónicos (1), no pueden resolverse mientras las riquezas naturales continúen sometidas a formas prescritas de propiedad, de tenencia de la tierra, y a técnicas de explotación primitivas.

Es necesario entonces, poner de relieve, el trasfondo ideológico y por tanto, esencialmente político de la problemática ambiental cuyo trata-

(1) Conflictos entre clases sociales en una sociedad determinada.

miento jurídico siempre se da a partir de decisiones políticas. Ello quiere "...decir que el tratamiento del problema ambiental es un problema político íntimamente relacionado con el tipo de (Estado) y de la dependencia. . . (de éste, así como de la forma de gobierno)" (2).

DERECHO AMBIENTAL (naturaleza jurídica):

Hasta ahora, la doctrina ha examinado superficialmente este tema. La literatura que sobre esta temática se conoce, o no explica la naturaleza jurídica del Derecho Ambiental o simplemente lo define confundiéndolo con la Legislación Ambiental es decir, sin interpretar su relación recíproca en la realidad, como si ambos estuvieran desligados de la vida real.

Así, se escribe que el Derecho Ambiental comprende la Doctrina, la Jurisprudencia y la Legislación referidas al ambiente. Pero al explicar esa Doctrina y esa Jurisprudencia, se recurre siempre al Derecho Positivo, es decir, se cae de nuevo dentro del concepto de ley con la cual se les confunde, pues se separa su exégesis de los problemas sociales, políticos e ideológicos, sin tener presente la realidad.

Otras veces, se define el Derecho Ambiental como "El conjunto de reglas que consagran formalmente las relaciones entre la sociedad y la naturaleza en ocasión del aprovechamiento, es decir, la apropiación, a la transformación del Medio" (3) y simplemente se le confunde con la Legislación Ambiental.

Por su parte, algunos autores definen la Legislación Ambiental como "...El conjunto de normas jurídicas con efecto en los problemas ambientales" (4), sin explicar el Derecho Ambiental ni su naturaleza jurídica. Puntos de vista desde los cuales es fácil caer en una visión idealista y fragmentaria de la relación hombre-medio natural por encima de los antagonismos de los grupos sociales.

El Derecho Ambiental surge (dentro de una situación económica, social y política efectiva) co-

mo instrumento necesario para superar el aprovechamiento individual de los recursos naturales y del ambiente. Pero este Derecho, sólo podría consolidar la legalidad (principio esencial): a) Partiendo de la concepción de un sistema ambiental o de una visión unitaria de la naturaleza (y no desde una perspectiva que la considere fragmentada y que oculte así la interdependencia de sus elementos); b) Expresándose por medio de leyes que protejan la naturaleza y garanticen el beneficio colectivo de su aprovechamiento.

Es preciso entonces, tener muy claro, que la naturaleza, como constante proceso de creación de la materia orgánica y de su destrucción (lo que se llama ciclo biótico), y al margen de la influencia de la actividad humana, existe desde mucho antes de que el hombre apareciera. Desde este punto de vista, es un supuesto básico para la aparición y existencia de la sociedad humana. "El hombre mismo, es un producto de la naturaleza, una de sus partes; sin embargo, se separó de la naturaleza gracias al TRABAJO, y por eso no se adapta a ella sino que la transforma, la subordina a sus fines. En la medida en que el hombre la somete y la hace objeto de su actividad, la naturaleza deja de ser algo independiente con respecto al hombre e interviene en la actividad humana transformadora, se 'Humaniza'. Ahora bien, no sólo se modifica el medio natural en que habita el hombre, . . . sino que se crea en el sentido más pleno de la palabra una 'segunda' naturaleza, el mundo de la cultura humana, es decir, los objetos y procesos que no sólo no existen en la naturaleza en forma preparada, sino que tampoco pueden aparecer bajo la acción de sus propias fuerzas. (Ello) . . . no significa que la naturaleza pierda el carácter objetivo de su existencia; su 'prioridad' se mantiene tanto en el sentido de que históricamente precede al hombre, como en el de que la acción misma del hombre sobre la naturaleza es imposible al margen de sus leyes" (5). Todo lo cual se refleja en la influencia del hombre sobre la naturaleza, cada vez que incorpora los recursos naturales a la actividad productiva, y los convierte en medios de producción o fuerzas que luego ca-

(2) MARTINEZ RINCONES, José Frco. Delito Ecológico. Universidad de Los Andes. Consejo de Publicaciones. CENIPEC, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas. Mérida, Venezuela, 1978. P. 21.

(3) MEIER E., Dr. Henrique. El Derecho Ambiental y el Régimen Social Venezolano. Ciclo de conferencias. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Venezuela, 1980.

(4) CANO, Guillermo J. Derecho, Política y Administración Ambientales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980. P. 112.

(5) I. BLAUBERG. Diccionario marxista de filosofía. Ediciones de Cultura Popular S.A. Octava reimpresión, agosto, 1978.

racterizan las relaciones que guardan los hombres respecto a la naturaleza, su poder sobre ésta.

Pero a medida que el hombre incorpora las riquezas naturales a la actividad productiva y transforma la naturaleza, surge una serie de problemas económicos y sociales, debido a que el vínculo entre la sociedad y la naturaleza se da a través del desarrollo de las relaciones que se establecen entre los hombres en el proceso de su actividad productiva, es decir, en las relaciones en que los hombres actúan cuando producen los bienes materiales.

De aquí se deriva precisamente el carácter racional o destructivo de las acciones del hombre sobre la naturaleza, en otras palabras, sus acciones dependen de esas relaciones. Un ejemplo de la acción destructiva de algunos sectores económicos de la población sobre el medio físico, es toda la problemática ambiental que hoy viven los países y que padecen los sectores poblacionales marginados.

En consecuencia, desde el punto de vista científico, sólo en la actividad práctica que valore la relación hombre-naturaleza en forma histórica-concreta y no por encima del condicionamiento de los antagonismos de clase, se puede buscar la naturaleza jurídica del Derecho Ambiental.

Por Derecho Ambiental se entiende entonces, la parte del ordenamiento jurídico referida a la protección del Sistema Ambiental en la medida en que sus elementos y recursos son objeto de la actividad productiva de los hombres.

En la práctica, el Derecho Ambiental (dada su correlación con la Legislación Ambiental) se expresa en forma de leyes que reflejan las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas en razón de sus derechos, obligaciones y responsabilidades respecto a la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente. Cuando esas leyes forman un cuerpo de normas jurídicas, estamos frente a lo que se llama Legislación Ambiental. Desde el punto de vista jurídico, la acción de las personas sobre la naturaleza sólo tiene lugar dentro de esas relaciones, es decir, condicionada por la vida real. Cuando la Legislación Ambiental se presenta independiente de todo condicionamiento, es cuando se le confunde con el Derecho Ambiental y no se explica su conexión en la vida real.

DERECHO Y LEGISLACION DEL AMBIENTE EN COSTA RICA:

En Costa Rica, el deterioro y la alteración del Medio Natural (que es efecto de la rapaz explotación de las riquezas naturales del país, por parte de sectores con capacidad económica para aprovecharlos en beneficio exclusivo de sus intereses individuales) se refleja en una serie de problemas que aunque vienen ya de lejos, se trata de problemas que por la misma causa, son agudos en el momento actual, pero que se pueden resolver si se quisiera. Entre ellos se puede citar: A) La deforestación casi total del país, con la consecuente destrucción de suelos, agua, vida animal y vegetal en general, y la alteración del equilibrio ecológico que ello conlleva. B) La contaminación de las aguas (efecto principal de la actividad económica de los sectores industrial y comercial) que aglomeran, sólo en San José (la capital), 702 industrias (6). C) La contaminación por humo y ruido (producida secundariamente por el transporte automotor). D) El uso en la agricultura (sin ningún control jurídico-técnico), de insecticidas y fertilizantes químicos nocivos.

En Costa Rica no existe investigación alguna sobre Derecho Ambiental. No hay una ley codificadora referente a la protección y mejoramiento del Ambiente que pueda servir de base para su protección; que ayude a la centralización de las competencias administrativas (distribuidas hoy en Costa Rica entre Ministerios, Municipalidades, Organismos, instituciones y otras dependencias, que ejercen su competencia unilateralmente) y a una adecuada planificación, todo lo cual redundaría en las condiciones naturales de existencia de los costarricenses y en el sistema económico del país.

Hasta ahora, la Legislación Ambiental vigente en Costa Rica (como es el origen en casi todos los países), está representada por un número variado y disperso de normas jurídicas referidas al aprovechamiento, conservación, protección, mejoramiento y control de los recursos naturales y del Ambiente, así como al aspecto ecológico (que se vincula con la contaminación y con la alteración del equilibrio biológico). Esas normas jurídicas aparecen relacionadas (en Costa Rica) con los recursos naturales renovables e irrenovables, y están

(6) Plan Nacional de Desarrollo 1979-1982 "Gregorio José Ramírez". Oficina de Planificación Nacional y Política Económica. San José, Costa Rica, 1979. P. 169.

ubicadas en leyes sectoriales especializadas relativas a los suelos, minas, aguas, bosques, subsuelo, fauna marítima, vida silvestre y otras. Estas leyes no guardan conexión alguna entre sí, lo que refleja la sectorización o la ausencia de un Programa nacional que integre los elementos de la naturaleza, dentro del Plan Nacional de Desarrollo del país.

Dentro de la Legislación Ambiental costarricense tienen especial significación, las normas jurídicas que se refieren a la conservación, protección, mejoramiento, control y contaminación, contenidas en las legislaciones siguientes: 1) Ley de Aguas. 2) Ley sobre Caza y Pesca Marítima. 3) Ley de Conservación de Aguas y Suelos. 4) Código de Minería. 5) Ley General de Agua Potable. 6) Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado. 7) Ley de Tierras y Colonización. 8) Ley de la Fauna Silvestre. 9) Ley Forestal. 10) Ley General de Salud. 11) Ley del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas (SENAS) (7).

Se puede afirmar, que en la Ley General de Salud antes citada, es en donde por primera vez, en el país, se obliga en forma expresa, a toda persona física o jurídica a contribuir a la promoción y mejoramiento del Ambiente; se prohíbe toda actividad humana que deteriore el Ambiente o altere cualesquiera de sus elementos, factores básicos o disminuya la calidad, especialmente del aire, agua y suelo (8); y además, contiene las normas jurídicas de protección y mejoramiento del Ambiente vigentes de mayor importancia en Costa Rica.

En la Legislatura 1974-1978, la Asamblea Legislativa nombró una Comisión de cinco diputados para redactar un proyecto de "Ley para la protección del Medio Ambiente". En la redacción de éste Proyecto, la citada Comisión hizo énfasis en la contaminación industrial y lo tituló "Código Industrial". Todo ello motivó en parte que el Proyecto no se terminara de discutir por el Plenario de la Asamblea Legislativa y que se encuentre a punto de archivar.

La base constitucional de la Legislación Am-

biental en Costa Rica, se encuentra en los artículos 6 y 121 inciso 14 de la Constitución Política que data del año 1949. De acuerdo con el artículo 6 en mención, la Soberanía nacional la ejerce el Estado en el espacio Aéreo de su territorio, en las aguas territoriales, en la Plataforma Continental, y en el Zócalo insular. Se refiere además dicho artículo, a la jurisdicción especial del Estado en los mares adyacentes a su territorio y a la protección, conservación y explotación exclusiva de todos los recursos naturales existentes en las aguas, suelos y subsuelo de esas zonas. Con el artículo 121 inciso 14 de la citada Constitución Política, se protegen algunos recursos naturales agotables e inagotables como: las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas de dominio público en el territorio nacional, los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales y radiactivos existentes en el territorio nacional.

Actualmente, en la Asamblea Legislativa se discuten importantes proyectos como: El Código de Minería, la Ley Petrolera y otros que deben contener disposiciones que protejan y conserven los recursos naturales y el ambiente del país.

También se publicó el Decreto Ejecutivo No. 12194-OP que crea el Sistema Nacional de Protección y Mejoramiento del Ambiente (9) como parte integrante del Sistema de Planificación Nacional y Política Económica, que tendrá como objetivo fundamental definir, promover y coordinar la política nacional de protección y mejoramiento del ambiente.

Otras tareas importantes sobre esta temática, es el curso que sobre el tema se imparte en la Escuela de Economía Agrícola de la Facultad de Agronomía de la Universidad de Costa Rica, desde 1978.

También, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho investiga el tema a través de un proyecto de investigación titulado "Análisis General de la Legislación Ambiental en Costa Rica".

- (7) Ley de Aguas No. 276, 26 ago. 1942, en C.L.D., II Sem., p. 89-144.
 Ley de Caza y Pesca Marítimas No. 190, 28 set. 1948, en C.L.D., II Sem., p. 214.
 Ley de Conservación de Aguas y Suelos No. 1540, 7 mar., 1953, en C.L.D., I Sem., p. 79-81.
 Código de Minería No. 1551, 20 abril 1953.
 Ley General de Agua Potable No. 1634, 18 set. 1953, en C.L.D., II Sem., p. 173.
 Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado No. 2726, 20 de abril 1961, en C.L.D., I Sem., p. 216-224.
 Ley de Tierras y Colonización No. 2825, 14 oct. 1961, en C.L.D., II Sem., p. 394.
 Ley de Conservación de la Fauna Silvestre No. 2790, 20 julio 1961.
 Ley Forestal No. 4465, 25 nov. 1969, en C.L.D., II Sem., p. 908.
 Ley General de Salud No. 5395, 30 oct. 1973. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1974.
 Ley del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas 5438, 17 diciembre 1973, en C.L.D., II Sem., p. 1722-1725.
- (8) Arts. 262, 267, Ley General de Salud No. 5395 supra nota 6.
- (9) Decreto Ejecutivo No. 12194-OP, Gaceta No. 15, 22 de enero de 1981.

PROPIEDAD Y RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

(Según las definiciones de la Cámara de Comercio Internacional)

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

I. INCOTERMS, PROPIEDAD Y RIESGO	88
II. TENDENCIAS UNIFICADORAS	89
a) Legislativas	89
b) Consuetudinarias	89
III. LOS INCOTERMS 1953	90
1. La cláusula "Ex works"	91
2. Las cláusulas "F.O.R." y "F.O.T."	91
3. La cláusula "F.A.S."	91
4. La cláusula "F.O.B."	92
5. La cláusula "C. & F."	92
6. La cláusula "C.I.F."	93
7. La cláusula "Freight or carriage paid to..."	94
8. La cláusula "Ex ship"	94
9. La cláusula "Ex quay"	95
10. La cláusula "delivered at frontier"	95
11. La cláusula "delivered duty paid"	95
12. La cláusula "F.O.B. airport"	95
IV. ASPECTOS PRACTICOS	96

I. INCOTERMS, PROPIEDAD Y RIESGO.

Si bien algunos caracterizan como mercantil el comportamiento jurídico (1) donde encontramos una causa final lucrativa, buena parte de la doctrina se inclina más bien por observar la especificidad en el carácter masivo del comportamiento mismo (2). El mundo de innumerables y rápidas relaciones comerciales en que vivimos ha generado una tendencia a la unificación de la materia de la compraventa a nivel internacional (3). Es dentro de esta perspectiva que puede resultar comprensible el papel y contenido de las definiciones de la Cámara de Comercio Internacional (4), denominadas INCOTERMS (5). Se trata de términos comerciales que resumen conjuntos de efectos jurídicos (6) en los contratos de compraventa internacional (7). Con una determinada expresión sintética las partes de un contrato de compraventa internacional pueden ponerse de acuerdo sobre las situaciones jurídicas que van a nacer de su acuerdo de voluntades (8) o programación de intereses (9), sin necesidad de detallar un elenco particularizado de tales consecuencias jurídicas.

La importación de los INCOTERMS con relación a la propiedad se encuentra en que ellos deli-

mitan claramente el momento en que se opera la transmisión de ésta y de los riesgos de la cosa, objeto del contrato de compraventa internacional, así como el momento en que se transmite lo que podríamos denominar "asunción de gastos". A ello podríamos agregar que la transmisión de titularidad plena esto es, con facultades de disposición (10) (recordemos que en los diversos INCOTERMS se habla de "poner los bienes a disposición del comprador"), implica también responsabilidad extracontractual por los daños que puedan causar las cosas. Todos estos aspectos plantean a menudo problemas prácticos de interpretación.

La transmisión de propiedad y riesgo implica que el adquirente habrá de sufrir, en expresión de Garrigues, las consecuencias de la pérdida o deterioro fortuitos de la cosa vendida (11). Las consecuencias prácticas de esta idea son claras: si el riesgo lo soporta el vendedor habrá de entregar otra cosa para reponer la que se ha perdido o deteriorado. En cambio si ya se ha producido este momento de la transmisión del riesgo y de la propiedad el comprador tendrá que soportar la pérdida o deterioro, por lo que deberá pagar el precio aunque no reciba el bien. El momento de transmisión del riesgo y la propiedad tiene importancia no so-

- (1) Sobre la teoría del comportamiento V. FALZEA, Angelo, *Comportamento*, Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè-ed., Milano, 1961 y FALZEA, Angelo, *Manifestazione*, Teoria generale, Enciclopedia del Diritto, XXV, Giuffrè-ed., Milano, 1975, p. 446 y ss.
- (2) Sobre el tema V. KOZOLCHYK-TORREALBA. *Curso de Derecho Mercantil*. Texto y material de estudio. La compraventa mercantil. Tomo II, 1968, p. 2 y ss.
- (3) Sobre el fenómeno de los contratos-tipo como factor que, junto a la intervención estatal ha venido a socavar la libertad contractual. V. OSTOJA, Alfredo. *Derecho del Transporte*. Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1972, p. 195.
- (4) Cámara de Comercio Internacional. I.C.C. Services S.A.R.L. / 38, Cours Albert 1er. 75008, París, Fr. Teléfono 261-85-97. Telex 650770.
- (5) *International Commercial Terms*.
- (6) Entendemos el efecto jurídico como la respuesta del ordenamiento a un hecho jurídico. El efecto es una valoración ("puede" o "debe") sobre un comportamiento ("hacer tal cosa"). En este sentido FALZEA, Angelo, *Efficacia giuridica*. Voci di teoria generale del diritto. Giuffrè-ed., Milano, 1970. También en Enciclopedia del Diritto.
- (7) "Como señala JUSTO HERNANDO, la caracterización de una compraventa como internacional puede basarse en distintos criterios, entre los que apunta:
 - a) El relativo al domicilio de los contratantes, de manera que si éstos, independientemente de su nacionalidad, tienen su domicilio comercial en países distintos, la compraventa pactada entre ellos será internacional pues las obligaciones derivadas del contrato se ejecutarán en el marco de Estados diferentes.
 - b) El del objeto del contrato considerándose internacional la compraventa que comporte la entrega de una mercancía, sea nacional o extranjera, en país distinto al que se encuentre aquella en el momento de la conclusión del contrato, de manera que comporte la salida efectiva de un país (exportación) y la entrada en otro (importación).
 - c) Criterio mixto, basando el carácter internacional de la compraventa en el hecho de que los contratantes tengan su domicilio o establecimiento mercantil en el territorio de Estados diferentes y además, se produzca el traslado de la cosa vendida de un país a otro.
 En comercio exterior solamente puede hablarse propiamente de compraventa internacional en este último caso".
- GUARDIOLA SACARRERA, *La compraventa internacional y los INCOTERMS*, Cámara oficial de comercio, industria y navegación de Barcelona, 1978, p. 15.
- (8) V. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano-ed., Napoli, p. 165.
- (9) V. PANUCCIO, Vincenzo, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè-ed., Milano, 1966, p. 313; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 116. BARCELLONA, P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1965, p. 150.
- (10) Sobre la facultad de disposición V. PUGLIATTI, Salvatore, *El acto de disposición y la transmisión de los derechos*. Trad. p. V. PEREZ, en *Revista Judicial*, No. 19, Corte Suprema de Justicia, marzo, 1981.
- (11) V. GUARDIOLA, op. cit., p. 30 y ss.

lamente cuando no hay seguro, sino que aun habiéndolo, cuando la póliza no cubre la totalidad del daño, es necesario determinar los efectos jurídicos para cada contratante.

Sin perjuicio del desarrollo ulterior, a manera ejemplificativa, podemos observar que la expresión C.I.F. (abreviatura de "Cost, insurance, freight", indicada a veces en francés como C.A.F. "Cout, assurance, fret") es suficiente para indicar que en esa compraventa el vendedor ha de iniciar el transporte y se obliga a contratar por su cuenta tanto el flete como el seguro de las mercaderías, mientras que el comprador adquiere la propiedad desde el momento en que los objetos son embarcados, momento de entrega o cumplimiento del vendedor, quien debe poner a bordo la mercadería y pagar seguro y flete, elementos todos estos que deben ser tomados en cuenta para la determinación del valor de los bienes objeto del contrato.

II. TENDENCIAS UNIFICADORAS.

a) Legislativas:

En materia de compraventa internacional hemos podido presenciar varios intentos de obtener reglas uniformes. Con ese propósito la Comisión Económica para Europa de la O.N.U. elaboró las llamadas "Fórmulas o Condiciones Generales de Venta". Tenemos con idéntico fin la "Ley Uniforme para la formación de los contratos de compraventa internacional de bienes" y la "Ley Uniforme relativa a la venta internacional de mercancías" aprobadas por la Conferencia de La Haya, en abril de 1964. También en el Tratado de Roma, base de la Comunidad Económica europea, se prevén aspectos relativos a la uniformidad del Derecho Comercial.

b) Consuetudinarias:

Junto a los intentos de uniformación legislativa podemos ver que de hecho los usos mercantiles

han ido generando una serie de términos o cláusulas comerciales que en gran parte han venido a llenar el vacío legislativo en cuanto a la expresión de las condiciones que deben regir en cada uno de los diversos tipos de contratos de compraventa internacional. De estos usos la recopilación de mayor importancia es la denominada INCOTERMS 1953. Sobre ellos Carl Henrik Winquist, Secretario de la Cámara de Comercio Internacional, ha dicho: "*Cuando los bienes son vendidos y comprados internacionalmente es necesario realizar acuerdos para su transporte. En el contrato de venta el comprador y el vendedor deben decidir quién concertará y pagará el transporte y asumirá los riesgos por pérdida o daño. Muchas combinaciones son posibles, pero la referencia a una de las doce definiciones internacionales 'estandarizadas' por la Cámara de Comercio Internacional es a menudo la forma más simple y segura de proceder*" (12).

La recopilación de estos términos comerciales no tiene fuerza de ley, en cuanto deben ser incorporados al contrato por las partes (13). Se trata precisamente de una recopilación de los usos del comercio internacional, que ha sido producto de una preocupación unificadora que tiene antecedentes como la Conferencia de Nueva York de 16 de diciembre de 1919 y los trabajos del Congreso de Londres de 1921. No fue hasta 1936, año en que la Cámara de Comercio Internacional publicó las reglas para la interpretación de las cláusulas comerciales más frecuentes, bajo el nombre de INCOTERMS (14). Luego esta recopilación sufrió algunas revisiones, se actualizaron sus "normas" y se adecuaron al máximo a las prácticas usuales del comercio internacional. La revisión de estas reglas se conoce como INCOTERMS 1953. Esta edición, a su vez, ha sido ampliada en 1967 con la introducción de dos cláusulas: "Delivered duty paid" (entregada libre de derechos) y "Delivered at frontier" (entregada en frontera). También en 1976 se introdujo la cláusula "F.O.B. Airport" (F.O.B. aeropuerto) (15).

(12) I.C.C. Guide to INCOTERMS. Paris.

(13) En alguna medida, sin embargo, tiene importancia el papel de la costumbre como fuente de Derecho y esto podrá tener relieve en la interpretación de un dado contrato. Recordemos que el artículo 4 de nuestro Código de Comercio, preceptúa: "*Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles*". Es claro, en todo caso, que las cláusulas especiales previstas en los contratos prevalecerán sobre los INCOTERMS o modificarán su contenido.

(14) Aprobados el año anterior, 1935, en el Congreso de Berlín de la Cámara de Comercio Internacional.

(15) Para mayores detalles sobre la historia de los INCOTERMS, v. OSTOJA, op. cit., p. 196.

Conviene mencionar que del mismo modo puede hablarse de "recopilación" con relación a las "American Foreign Trade Definitions", adoptadas el 30 de julio de 1941 por un Comité Conjunto que representaba a la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, al Consejo Nacional de Comercio Exterior y al Consejo Nacional de Importadores Americanos y que han sido revisadas en 1974 (Revised American Foreign Trade Definitions).

Junto a estas recopilaciones hay que citar también las "Rules of Warsaw and Oxford", propuestas por la Asociación de Derecho Internacional en 1932, las "General Conditions for Delivery of Merchandise" que fueron desarrolladas en 1968 en el "Council for Mutual Economic Assistance" (para la U.R.S.S. y algunos países de Europa Oriental) revisadas el 1 de enero de 1976 y los "Combi-terms" que en 1969 fueron propuestos para simplificar la división de costos y riesgos.

III. LOS INCOTERMS 1953.

La Cámara de Comercio Internacional con los INCOTERMS no pretende en modo alguno agotar todos los términos del comercio internacional; simplemente se han recopilado los que tienen mayor importancia. La edición de 1953 contiene nueve términos; ellos van desde la mínima obligación del vendedor, donde el comprador toma los bienes en el establecimiento del primero (EX WORKS) hasta los términos en los que el vendedor se compromete a enviar los bienes al país del comprador (EX SHIP y EX QUAY). En el caso del término Ex Works la venta se ejecuta en el país del vendedor, mientras que bajo los términos "Ex Ship y Ex Quay" el cumplimiento de la obligación del vendedor se da hasta que los bienes llegan al país del comprador.

Los demás términos se refieren a las obligaciones del vendedor de enviar los bienes y sirven para determinar cuál de las partes debe concertar y pagar el transporte. En materia de transporte marítimo son usuales los términos "F.A.S.", "F.O.B.", "C & F" y "C.I.F.", mientras que el término "Freight or Carriage paid to..." se usa para el transporte terrestre (incluyendo vías acuáticas). Los términos "F.O.R." y "F.O.T." se refieren más

bien al transporte ferroviario. Como hemos ya visto, en 1967 los INCOTERMS fueron ampliados con los dos términos "Delivered at frontier" y "Delivered Duty Paid". Mientras que el primero de estos términos implica envío a la frontera del comprador y se usa en particular para transporte ferroviario o terrestre, el término "Delivered Duty Paid" puede ser usado con independencia del modo de transporte e impone al vendedor la obligación de enviar los bienes al establecimiento del comprador, por lo que representa el otro extremo de la cláusula "Ex works". En 1976 se introdujo otro término para los casos donde los bienes van a ser transportados por aire. Este término es, como se ha dicho, el "F.O.B. Airport".

Veremos seguidamente la significación de los diversos términos con referencia específica a la transmisión de la propiedad y del riesgo (16).

1. LA CLAUSULA "EX WORKS".

La cláusula "Ex works" recibe diversas denominaciones. Las más usuales son "Ex mine", "Franco Fábrica", "Depart Usine", "A l'Usine", "En Magasin", "Ex mill", "Ex plantation", "Ex Factory" y "Ex ware-house". Para Guardiola Sacarrera es el prototipo de venta realizada en el mismo establecimiento del vendedor. Este hace entrega de la mercancía al comprador en el lugar de su propio establecimiento y a partir de ahí se desentiende por completo de la operación y, en consecuencia de los gastos y riesgos de ella. En este negocio jurídico el efecto que surge para el vendedor es el deber de colocar las cosas en la planta, correctamente identificadas e individualizadas a la disponibilidad del comprador; la identificación hace referencia a su especificación mientras que la individualización se refiere más bien a su determinación material (17).

El momento de la transmisión de la propiedad y del riesgo ocurre cuando las cosas se ponen a disposición del comprador y no propiamente cuando las cosas son recogidas. Esto significa que si a pesar de la puesta a disposición de los bienes, se produce una mora en recibirlos, el comprador sufre cualquier posible pérdida. Para algunos, como el profesor Ostojka, en cambio, se trata de una pérdida para el comprador no propietario todavía y más que el

(16) El orden en que se ofrecen los diversos términos está determinado por el sucesivo incremento, en cada caso, de la responsabilidad del vendedor.

(17) V. GUARDIOLA, op. cit., p. 70.

"res perit domino" (las cosas perecen para su dueño) del Derecho Romano, se trata de una hipótesis de "res perit creditor" (las cosas perecen para su acreedor).

En este tipo de compraventa internacional el comprador asume todos los costos y riesgos relativos al acarreo de los bienes desde el establecimiento del vendedor hasta el destino deseado. Es por ello que se considera que este es el INCOTERM que representa el mínimo de obligaciones para el vendedor.

La venta con cláusula "Ex works" se considera como una venta "doméstica", ya que es al comprador a quien corresponde obtener cualquier licencia de exportación a sus expensas y a su riesgo; el adquirente extranjero tiene, en principio, la misma posición que cualquier comprador doméstico ya que la entrega de los bienes se produce en el propio establecimiento del vendedor y a partir de tal momento éste se desentiende por completo de los gastos y riesgos.

Los efectos principales que hemos señalado van acompañados de otras consecuencias jurídicas tales como el deber del vendedor de avisar con la oportunidad del caso al comprador que los bienes están a su disposición y su deber de dar al adquirente la asistencia necesaria para la obtención de cualquier documento que sea emitido en el país de envío o de origen y que el comprador pueda necesitar para la exportación o para la futura importación o bien para su paso en tránsito por otro país; todos los costos en la obtención de tales documentos (certificados de origen, licencias de exportación, tarifas consulares, etc.) están a cargo del comprador.

2. LAS CLAUSULAS "F.O.R." y "F.O.T."

Cuando se introducen las cláusulas citadas se habla de compraventa "franco vagón". En esta modalidad de compraventa internacional el vendedor asume la obligación de contratar y cubrir el costo del transporte terrestre. Los términos F.O.R. y F.O.T. son, en realidad sinónimos; "Free on rail" y "Free on Truck" son términos que indican que la transferencia de la propiedad y del riesgo se da a partir del momento en que los bienes se colocan "a bordo" del ferrocarril. Las obligaciones del vendedor se cumplen cuando los bienes son enviados

al ferrocarril y no se extienden a la llegada de estos a su destino. Es al comprador a quien corresponde el pago del transporte a partir de aquel punto y quien asume los riesgos de pérdida o daño de las cosas desde ese momento (18).

Según las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional en el caso de que los bienes sean suficientes para constituir la carga completa de un vagón entero o un peso suficiente para obtener tarifas de cantidad, el vendedor debe ordenar en el debido tiempo un vagón y lo debe cargar a sus expensas en la fecha o dentro del período fijado. Si la carga fuere inferior, en cambio, deberá entregar los bienes en custodia al ferrocarril, sea en la estación de despacho o en un vagón proporcionado al efecto. Todos los costos y riesgos de los bienes hasta ese momento son a cargo del vendedor. A partir de entonces el comprador debe asumir todos los costos y riesgos de los bienes, incluyendo el costo, si fuere del caso, de alquiler de toldos. Este deberá asumir cualquier derecho o impuesto de aduanas que pueda ser exigido con motivo de la exportación.

También según los INCOTERMS cuando el comprador se haya reservado un plazo dentro del cual dar instrucciones al vendedor para el despacho, o dentro del cual escogerá el lugar de carga, y no diera tales instrucciones a tiempo, éste deberá asumir los costos adicionales en los que por ello se incurra, así como los riesgos de los bienes desde la expiración del plazo fijado.

3. LA CLAUSULA "F.A.S."

La expresión F.A.S. significa "Free alongside ship" (libre al costado del buque. Bajo este término el cumplimiento del vendedor y la transmisión de propiedad y riesgo se da cuando la mercadería es colocada al costado del barco.

El vendedor debe entregar los bienes al costado del buque en el lugar de carga que se haya designado, en el puerto de embarque fijado, en la forma acostumbrada en dicho puerto, en la fecha o dentro del período estipulado y notificar al comprador, sin atraso, que los bienes han sido entregados. Hasta ese momento todos los costos y riesgos son a cargo del vendedor, quien deberá comprobar mediante el documento correspondiente su cumplimiento.

(18) En esta modalidad de compraventa el vendedor no tiene en realidad que ocuparse de la operación principal de transporte, que es por cuenta y riesgo del comprador. V. OSTOJA, op. cit., p. 198.

El comprador en un contrato de compraventa internacional con la cláusula F.A.S. debe, por su parte, dar al vendedor aviso del nombre, punto de carga y fecha de entrega al buque. Asumirá todos los cargos y riesgos de los bienes desde ese momento; deberá también asumir cualquier costo adicional en que se incurra a causa de que el buque por él designado no llegue a tiempo o no sea apto para tomar los bienes, lo mismo que cualquier costo adicional si omite designar a tiempo el buque respectivo y el punto de embarque.

4. LA CLAUSULA "F.O.B."

F.O.B. significa "Free on board" (libre a bordo). En este caso la mercadería debe ser colocada a bordo por el vendedor, libre de costo para el adquirente, sobre un buque en el puerto de embarque que se estipule en el contrato.

Para Guardiola la diferencia entre esta cláusula y la cláusula F.A.S. resulta clara si se piensa que en la hipótesis de que se produjera un siniestro en el momento de ser izada la mercadería para su carga a bordo, por rotura de la grúa, por ejemplo, en el caso de la compraventa con cláusula F.A.S. el riesgo afectaría al comprador, al haber tenido ya lugar la entrega, mientras que si se trata de un contrato con cláusula F.O.B. correspondería al vendedor por no haberse producido aún su cumplimiento. Es precisamente en el lugar de embarque propiamente dicho —aclara el profesor Rodrigo Barahona— que se producen los efectos de este contrato (19).

Dado que el vendedor debe entregar los bienes a bordo, corresponde a él la obtención de cualquier licencia de exportación. Todos los costos y riesgos de los bienes están a su cargo hasta el momento en que estos hayan pasado efectivamente la baranda del barco en el puerto de embarque.

El comprador, por su parte debe fletar un buque o reservar el espacio necesario a bordo de un buque y dar al vendedor aviso del nombre, punto de carga y fecha de entrega. Deberá también asumir cualquier costo adicional en que se incurra

debido a que el buque por él designado no llegue en la fecha estipulada o dentro del período especificado, lo mismo que cualquier costo adicional si omite designar el buque o punto de embarque dentro del período que se hubiere reservado para este efecto.

En síntesis se trata de una venta donde el vendedor entrega sobre el medio de transporte. En cambio los gastos de transporte y seguros son, a diferencia de lo que ocurre en los contratos "C.I.F.", a cargo del comprador, lo mismo que los riesgos del viaje.

5. LA CLAUSULA "C. & F."

Cuando se encuentra presente la cláusula "C. & F." en un contrato de compraventa internacional ello significa que el costo y flete son a cargo del vendedor.

Es como considera Guardiola en esencia igual que la cláusula F.O.B., pero con la diferencia de que el vendedor no debe limitarse a situar las mercaderías a bordo, sino que le incumbe también concertar un contrato para el transporte hasta el puerto de destino convenido, pagando el flete, sin que ello le comporte asumir más riesgos que los que soportaría utilizando la cláusula F.O.B.

En un contrato de compraventa internacional donde ha sido incluida esta cláusula el vendedor debe, pues, contratar en los términos usuales, a sus expensas, el transporte de los bienes hacia el puerto de destino acordado y pagar las tarifas de flete y cualquier costo por descarga en el puerto de destino que sea exigido regularmente por las líneas de navegación marítima en el momento y puerto de embarque. Igualmente debe obtener cualquier licencia de exportación y cargar a su costo los bienes a bordo del buque en el puerto de embarque y en la fecha o dentro del período acordado. Hasta ese momento el vendedor asumirá todos los riesgos. Debe además proporcionar al comprador un conocimiento de embarque limpio (20) y negociable, así como la factura de los bienes embarcados. El conocimiento de embarque debe cubrir los

(19) BARAHONA Rodrigo. *La compraventa de mercancías en Centroamérica. Aspectos prácticos*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970, p. 11.

(20) Un conocimiento de embarque limpio es el que no tiene cláusulas superpuestas donde se declare expresamente alguna condición defectuosa de los bienes o del empaque. Las siguientes cláusulas no convierten un conocimiento de embarque limpio en uno que no lo es: a) cláusulas que no mencionan expresamente que los bienes o el empaque son insatisfactorios, por ejemplo "cajas de segunda mano", "tambores usados", etc.; b) cláusulas que enfatizan ausencia de responsabilidad del transportista por riesgos que surjan de la naturaleza de los bienes o del empaque, y c) cláusulas que niegan de parte del cargador el conocimiento del contenido, peso, medida, calidad o especificaciones técnicas de los bienes. Así INCOTERMS 1953.

bienes del contrato y estar fechado dentro del período acordado para el embarque (21). Tal conocimiento de embarque debe ser un conocimiento de embarque "a bordo" o "embarcado" o "recibido para embarque" (22), debidamente endosado por la compañía naviera (23). Pagará también cualquier derecho o impuesto en que se incurra respecto a los bienes hasta el momento de su carga.

Por su parte el comprador bajo cláusula "C. & F." recibirá los bienes en el puerto de destino y asumirá, con excepción del flete, todos los costos en que se incurra con relación a los bienes en el curso de su tránsito por mar hasta su llegada al puerto de destino, así como los costos de descarga, incluyendo costo de barcasas o muellaje, a menos que tales costos hayan sido incluidos en el flete o recibidos por la compañía naviera en el momento en que el transporte fue pagado (24). Los riesgos corren por cuenta del comprador a partir del momento en que los bienes hayan sobrepasado efectivamente la baranda del buque en el puerto de embarque. El comprador deberá pagar también todos los derechos de aduana, así como cualquier otro derecho o impuesto que deba ser pagado en el momento o con motivo de la importación.

6. LA CLAUSULA "C.I.F."

La compraventa bajo cláusula C.I.F. tiene todas las características de la compraventa "C. & F.", con la diferencia adicional de que se agrega para el vendedor la obligación de contratar el segu-

ro. La expresión "C.I.F." es una abreviatura de las palabras inglesas "cost, insurance y freight". Este tipo de venta es, sin lugar a dudas, una de las formas más importantes en la vida del tráfico mercantil internacional (25). Según comenta el profesor Barahona esta modalidad, junto a la cláusula F.O.B., es la usada con frecuencia en el tráfico intercentroamericano (26).

Los documentos que tienen relevancia, además de otros que puedan ser exigidos, en la compraventa "C.I.F." son la factura, el conocimiento de embarque y la póliza de seguro. Como aclara Guardiola por medio de la primera el vendedor le transfiere al comprador la propiedad de la mercancía (27), y le responde del exacto cumplimiento del contrato en cuanto a cantidad, calidad y precio. El conocimiento de embarque, por su parte, pone al comprador en condiciones de exigir todas las responsabilidades derivadas del contrato de fletamiento (28). Finalmente, por medio de la póliza de seguro recibe el comprador un documento que tiene toda la eficacia necesaria para reclamar a los aseguradores y obtener de ellos todas las indemnizaciones que le sean debidas por avería o siniestro, a tenor de las estipulaciones bajo las que el seguro se haya contratado (29).

Bajo la cláusula "C.I.F." el vendedor debe, pues, procurar a su propio costo en forma transferible una póliza de seguro marítimo contra los riesgos de acarreo envueltos en el contrato. Según los INCOTERMS 1953 en materias donde haya grandes diferencias en la práctica, el precio del contra-

(21) El conocimiento de embarque (denominado "carta de porte" en el transporte terrestre o aéreo) se suscribe entre el remitente o vendedor de la mercadería y el transportista. Este documento prueba el recibimiento de la carga por el transportista y es representativo de las mercaderías. V. BARAHONA, op. cit., p. 16.

(22) "El primero acredita la efectiva entrega de la mercadería en la unidad de transporte, mientras que el segundo, como su nombre lo indica, prueba únicamente el recibo para embarque de parte del transportista". BARAHONA, op. cit., p. 16.

(23) La venta sobre (o contra) documentos, que tiene lugar entre localidades distantes entre sí y que es especialmente característica del comercio marítimo, se fundamenta en la llamada "función representativa" propia de algunos documentos (que en ella se refieren básicamente al transporte). Esta función representativa consiste en el hecho de que la entrega de ellos por parte del vendedor al comprador ocupa el lugar jurídicamente de la entrega material de la mercadería, en cuanto la entrega del título representativo atribuye, a quien justificadamente lo tenga, el derecho exclusivo a la entrega de la mercadería por parte del transportista. V. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano, Giuffrè, 1954, Vol. IV, p. 90.

(24) A veces se pacta expresamente que la compraventa internacional será "C.I.F. landed" (o "C. & F. landed") con lo que se indica que los gastos de descarga y colocación en el muelle corren a cargo del vendedor. V. GUARDIOLA, op. cit., p. 75.

(25) Se encontraba ya consignada en las Reglas de Varsovia de 1928 y en las Reglas de Oxford de 1932.

(26) V. BARAHONA, op. cit., p. 10.

(27) Obsérvese, sin embargo que, en realidad, la transmisión de riesgos se da, con anterioridad a que el vendedor entregue el título representativo al comprador, mediante la entrega al transportista. V. MESSINEO, op. cit., p. 90.

(28) "Un conocimiento embarcado, expedido por el porteador o en nombre suyo, y que constituye la prueba del contrato de transporte, así como la de haberse cargado a bordo del buque". Introducción a INCOTERMS 1953, op. cit., p. 202.

(29) V. GUARDIOLA, op. cit., p. 74, BARAHONA, op. cit., p. 17.

to incluirá las responsabilidades mínimas para el vendedor. Cuando el comprador quisiera que se incluyera en el contrato responsabilidad mayor que la mínima, entonces él deberá tener el cuidado de especificar que las bases del contrato serán "INCOTERMS 1953" con cualquier adición que requiera. Por ejemplo, si pretende un seguro especial deberá agregarse esto a la expresión "C.I.F.". Salvo pacto en contrario, los riesgos de acarreo no incluirán riesgos especiales, los cuales deberán ser considerados por aparte. Dentro de estos riesgos especiales se incluye hurto, robo, derrame, rotura, picadura, contacto con otras cargas y otros peculiares de ciertos bienes.

El comprador "C.I.F." deberá recibir los bienes en el puerto de destino acordado y asumir, con excepción del flete, todos los demás costos. Asumirá todos los riesgos desde el momento en que los bienes hayan sobrepasado la baranda del buque en el puerto de embarque (30). Corren por su cuenta los gastos de licencias de importación o cualquier otro permiso que pueda ser requerido para la importación de los bienes a su destino (31).

El precio "C.I.F." significa precio comprensivo de transporte y seguro además del propio de la mercadería.

Se considera que en la venta "C.I.F." hay una disociación entre la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo. La primera se realiza al recibir el comprador el conocimiento de embarque; la segunda opera desde el momento de la efectiva entrega de la mercadería a la unidad de transporte o al transportista, según haya sido contratado (32).

7. LA CLAUSULA "FREIGHT OR CARRIAGE PAID TO..."

Literalmente "Freight or carriage paid to..." significa "Flete o acarreo pagado hasta..." . Se ha dicho que equivale a la cláusula "F.O.R.", pero con el flete o porte pagado hasta el lugar designado, siendo de cuenta del vendedor los riesgos que

puedan correr las mercancías hasta su entrega al primer porteador, así como todos los gastos necesarios para realizar la exportación.

De conformidad con la compraventa donde se utiliza la cláusula "Freight or carriage paid to..." el vendedor debe expedir los bienes a sus expensas en la fecha o dentro del plazo fijado. Si el punto de destino no ha sido acordado o no está establecido por la costumbre, el vendedor puede escoger el punto de envío en el lugar de destino que mejor convenga a sus propósitos. Deberá además asumir todos los riesgos de los bienes hasta que ellos hayan sido entregados en custodia al primer porteador en el tiempo previsto en el contrato. A su propio riesgo y expensas deberá obtener también cualquier licencia de exportación u otra autorización gubernamental que sea necesaria para la exportación de los bienes, así como cualquier otro costo en el país de despacho para poder cargar los bienes.

El comprador, por su parte asumirá los riesgos de los bienes desde el momento en que estos hayan sido entregados al primer porteador de conformidad con lo expuesto.

8. LA CLAUSULA "EX SHIP".

La cláusula "Ex ship" sirve para designar la llamada compraventa sobre buque. Se considera como un contrato cuya ejecución se da en lo que se denomina "territorio del comprador"; la propiedad y el riesgo se transfieren hasta que la mercadería llega al puerto de destino. La utilización de esta cláusula comporta la obligación del vendedor de situar la mercadería sobre el barco en el puerto de destino que se haya convenido; no le corresponde en modo alguno ocuparse de la descarga. Los gastos y riesgos de la operación corren hasta el momento en que se pone a disposición del comprador la mercadería sobre el buque en el punto usual de descarga en el puerto designado, en forma tal que permita su remoción del buque con el equipo de descarga apropiado a la naturaleza de los bienes.

(30) La liberación del vendedor que ha realizado en tal forma su entrega determina que éste no asume los riesgos por incumplimiento del transportista, esto es, no responde de la falta de entrega de las mercaderías. El comprador, en tal caso podrá ejercitar los derechos que derivan del documento representativo y podrá pedir indemnización al asegurador. V. Messineo, op. cit., p. 91 y 93.

(31) Las cláusulas a que nos referimos a veces reciben adiciones. "Las adiciones a que nos referimos son:
C.I.F. & C.: Cost, insurance, freight and commission (coste seguro, flete y comisión).
C.I.F. & E.: Cost, insurance, freight and exchange (coste, seguro, flete y cambio).
C.I.F. & I.: Cost, insurance, freight, commission and interest (coste, seguro, flete, comisión e interés)".
GUARDIOLA, op. cit., p. 76.

(32) V. BARAHONA, op. cit., p. 21.

El comprador recibirá los bienes cuando hayan sido así puestos a su disposición y asumirá todos los riesgos y expensas desde entonces. También por su cuenta obtendrá las licencias o documentos que se requieran para importar o descargar los bienes, lo mismo que cualquier derecho de aduana por tal motivo.

9. LA CLAUSULA "EX QUAY DESTINO".

La cláusula "Ex quay puerto de destino convenido" es bastante similar a la anteriormente explicada. La única diferencia, como su misma denominación lo indica se encuentra en que el vendedor debe colocar los bienes a disposición del comprador sobre el muelle, por lo que los gastos y costos, así como los riesgos de transporte, descarga y colocación en tierra le corresponderán.

Conviene aclarar que la práctica contractual internacional conoce dos modalidades de compraventa "Ex quay destino": "Ex quay derechos pagados" que es el que ha sido definido y "Ex quay derechos a cargo del comprador"; en este segundo caso el adquirente está obligado a obtener la licencia de importación, cubrir el costo de derechos de importación, costos de aduana, así como cualquier otra tarifa o carga que deba ser pagada en el momento o con motivo de la importación de los bienes y de su entrega al comprador. Estas responsabilidades son a cargo del vendedor en el caso de compraventa "Ex quay derechos pagados".

El comprador en ambos casos asumirá todas las expensas relativas a los bienes desde el momento en que estos hayan sido colocados a su disposición en el muelle o andén en el puerto acordado y en el tiempo previsto en el contrato.

10. LA CLAUSULA "DELIVERED AT FRONTIER".

Se denomina también "franco frontera" o bien "entregada en frontera". La compraventa internacional donde se utiliza tiene la característica de que el vendedor deberá poner los bienes a disposición del comprador en el lugar designado para la entrega en la frontera en el tiempo previsto, junto con los documentos que habiliten al comprador para la siguiente movilización de los bienes. Hasta ese momento el primero asumirá todos los riesgos.

Deberá por lo tanto contratar el transporte de los bienes hasta el lugar de entrega designado, pudiendo usar sus propios medios de transporte (33).

Si no ha sido estipulado un punto concreto el vendedor podrá colocarlos en el que más le convenga, siempre que tenga facilidades aduaneras y todas las que sean necesarias para el correcto cumplimiento.

En esta modalidad de compraventa internacional el comprador deberá recibir los bienes en el punto dicho y cumplir a sus expensas con cualquier otra formalidad aduanal o de otro tipo que haya de ser llenada en el lugar designado en la frontera y pagar cualquier derecho con motivo de la entrada de los bienes a su país, lo mismo que cualquier licencia de importación.

11. LA CLAUSULA "DELIVERED DUTY PAID".

Cuando se utiliza esta cláusula el vendedor debe entregar la mercadería libre de derechos en el lugar de destino convenido en el país de importación. Obtendrá por su cuenta cualquier licencia de exportación e importación, costos aduanales y cualquier otra carga que dependa de la importación misma y que sea necesario cumplir para habilitar al comprador para hacerse cargo de los bienes con derechos pagados. En general pagará cualquier autorización que se necesite para el propósito de despachar los bienes, exportarlos, pasarlos en tránsito a través de otros países (si fuere del caso), importarlos en el país del lugar designado de destino y ponerlos a disposición del adquirente. Contratará para ello el transporte necesario, pudiendo usar sus propios medios.

El comprador en cambio, deberá recibir los bienes a partir del lugar designado, momento a partir del cual asumirá todos los riesgos.

12. LA CLAUSULA "F.O.B. AIRPORT".

Aunque se denomina F.O.B. la cláusula "F.O.B. AIRPORT" no significa "libre sobre avión", sino "libre en el aeropuerto". No comporta, para el vendedor la obligación de situar las mercaderías a bordo del aeroplano, pues esta es una operación que compete a la compañía contratada para el transporte.

(33) "En las ventas en que se utiliza esta cláusula, en lugar de estipularse un precio sobre vagón o camión en estación de salida, se fija un precio "franco sobre vagón o camión en la frontera", que puede ser la del país de origen o la del país de importación. El vendedor deberá expedir la mercancía a ese punto, en el que se hará cargo de la misma el comprador, corriendo de cuenta del vendedor los gastos y riesgos que se originen hasta ese momento". GUARDIOLA, op. cit., p. 80.

El vendedor deberá entregar los bienes al porteador aéreo o su agente en la fecha prevista. Contratará a expensas del comprador el acarreo de los bienes. Deberá en todo caso pagar cualquier tarifa o carga que se deba con motivo de la exportación de los bienes.

El comprador, por su parte, debe dar al vendedor aviso sobre el aeropuerto de destino, así como las instrucciones que fueren necesarias.

IV. ASPECTOS PRACTICOS.

La importancia práctica de los INCOTERMS y la clara delimitación que hay en ellos en cuanto a transferencia de propiedad y riesgos permiten concluir sobre la necesidad de un conocimiento exacto de estas cláusulas; tal conocimiento contribuye a clarificar la existencia de posibles incumplimientos contractuales, en especial por parte del vendedor, ya que con ellos se fija no solamente el lugar y momento de entrega, sino además una serie de aspectos conexos como seguros, fletes, cargas tributarias y otros aspectos.

Es evidente que desde un punto de vista económico tal conocimiento ayudará a las partes a un cálculo preciso de costos (34) para efectos de la determinación del precio de la mercadería objeto del contrato de compraventa internacional (35).

Mediante el uso de los INCOTERMS se solucionan preventivamente muchos de los problemas que puede acarrear un contrato de compraventa internacional, tales como la determinación del momento en que se han de considerar cumplidas las obligaciones de las partes (36), la determinación de por cuenta de quién corren ciertos gastos y so-

bre todo el tema de la transmisión de la propiedad y el riesgo (37).

Conviene finalmente aclarar que los INCOTERMS no agotan en modo alguno la problemática de la compraventa internacional. Además de su incorporación al contrato conviene que las partes agreguen cláusulas sobre otros aspectos que pueden ser fuente de controversia; nos limitamos a citar la importancia de la determinación clara de los bienes, de la forma y condiciones de pago, la necesidad en ciertos contratos de cláusulas de revisión de precios para el afrontamiento de la llamada problemática de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, la importancia de realizar previsiones sobre el reconocimiento de la mercadería, la utilidad de establecer en los contratos cláusulas de sumisión a determinadas leyes y tribunales para evitar luego demoras procesales innecesarias por cuestiones de incompetencia que eventualmente pueda plantear la parte accionada. De particular importancia puede ser el acuerdo sobre arbitraje o "compromiso" ad hoc, caso en el cual habrá de tenerse cuidado en la designación de los árbitros o modo de designación, número, lugar, idioma, procedimiento, sumisión a derecho o a equidad y cualquier otro aspecto que pueda ser de utilidad. Sobre este último aspecto conviene recordar que la Cámara de Comercio Internacional tiene un procedimiento arbitral que funciona únicamente cuando las partes pactan sumisión a él. A este propósito la misma Cámara aconseja redactar la cláusula respectiva así: *"Todas las desavenencias que deriven del presente contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento"*.

(34) "El análisis de los puntos que cubren los INCOTERMS muestra cerca de veinte categorías diferentes de costos, claramente distribuidos entre el vendedor y el comprador, posibilitándose de esta manera el cálculo rápido y exacto de los precios, satisfaciendo así las necesidades prácticas del comercio". OSTOJA, op. cit., p. 198.

(35) Sobre la remisión de la legislación aduanal a los INCOTERMS, v. GUARDIOLA, op. cit., p. 66.

(36) "...para que se entienda cumplida la obligación de entrega, sobre todo en la compraventa internacional, no es necesario que la cosa se ponga en poder y posesión del comprador como establece el Código Civil, ya que ello no puede lograrse sin el consentimiento de aquél, siendo esa la razón por la que el vendedor cumplirá su obligación de entrega, una vez haya llevado a cabo todos los actos necesarios para que el comprador entre en posesión de la cosa te al examinar cada uno de los Términos o Cláusulas Comerciales, varía notoriamente según los que se hayan esti-

"...el vendedor, además de su obligación de efectuar la entrega o puesta a disposición del comprador de la mercancía vendida viene obligado a responder de que la misma se entregue en perfectas condiciones, tanto en lo referente a su naturaleza material, es decir, sin defectos o vicios que la hagan inadecuada a la finalidad perseguida por el comprador, como en cuanto a su titularidad jurídica, es decir, libre de cargas o limitaciones que impidan al comprador la adquisición del pleno dominio de la mercancía comprada (libre de embargos, hipotecas o cargas simila-

res). Esta obligación del vendedor es la que jurídicamente se denomina "de saneamiento"...". GUARDIOLA, op. cit., p. 24 y 26.

(37) En la introducción a los INCOTERMS 1953, Cámara de Comercio Internacional, Documento Número 16, París, 1955, transcrito por OSTOJA, op. cit., p. 199 se lee: "Estos términos podrán ser utilizados por los hombres de negocios que prefieran la certeza que proporcionan las reglas internacionales de carácter uniforme a la incertidumbre ocasionada por las múltiples interpretaciones que se dan a los mismos términos en países diferentes".

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera.

LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN EL DERECHO ITALIANO*

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza.**

SUMARIO:

Introducción	98
La sanción de nulidad:	98
1. Fundamento.	98
2. Fideicomiso de residuo.	99
3. Cláusula "si sine liberis decesserit"	99
Elementos objetivos de la sustitución fideicomisaria:	100
a) La doble vocación	100
b) Conservar y restituir.	101
c) "Ordos successivus"	102
Elementos subjetivos:	102
1. El instituido	102
2. El sustituido.	103
Derechos y obligaciones del instituido	104
Acreeedores personales del instituido	105
Devolución al sustituto.	106
Sustitución fideicomisaria de legados. Usufructo sucesivo. Premios de nupcialidad. Obras de asistencia	107
A modo de conclusión	108
Apéndice	109
Bibliografía	110

* En Costa Rica esta institución se encuentra prohibida expresamente en el artículo 582 Código Civil.

** Investigación presentada en el curso del Prof. Manuel Albaladejo García, "La sustitución fideicomisaria". Mayo, 1979.

INTRODUCCION

El Instituto de la sustitución fideicomisaria presenta a través de la historia un desarrollo particular, que tiene inicio con los romanos con la figura de la *mancipatio familiae*, la cual permitía disponer de los bienes en modo diferente a las acostumbradas formas del testamento (1). En la Edad Media su función fue la de servir de instrumento de conservación del patrimonio familiar (2); función que se prolonga hasta el Siglo XIX, en el cual desaparece a consecuencia de las críticas provenientes de los Iluministas (3).

Más tarde con el fin de favorecer la continuidad y la integridad del patrimonio doméstico, se reintroduce en el Código Civil de 1942. Finalmente con la reforma del Derecho de Familia —Ley del 19 de mayo de 1975, No. 151— se suprime la sustitución fideicomisaria en los términos del Código Civil de 1942, sin que sea una prohibición absoluta como la contenida en el Código Civil de 1865 (4); porque ahora el fin perseguido es la protección de un sujeto totalmente incapaz; el interdictado (5), o

también en atención al menor de edad que por sus condiciones de salud —habitual enfermedad de mente—, sea posible encuadrarlo en lo contemplado por el artículo 416 C.C. (6), resultando también la persona (s) o los entes que bajo la vigilancia del tutor han atendido al incapaz (7).

LA SANCION DE NULIDAD

1. La sustitución fideicomisaria parte de la prohibición absoluta (8) a su parcial reconocimiento como un instituto de carácter excepcional (9), de frente a la nulidad sancionada en el párrafo quinto del artículo 692 C.C., cuyo fundamento varía de un grupo a otro de autores. Así, hay quienes encuentran el fundamento de esta nulidad en el ámbito de la sucesión por causa de muerte, con base en el principio *semper heres semper heres* (10), de la libertad de dar testamento en relación con la limitada función del testamento (11), o en motivos de orden público (12); otro grupo opera en el ámbito de los derechos reales, haciendo reclamo al

- (1) Así explica TRIFONE, Voce Fedecommeso (Diritto romano), en Novissimo Dig. It., VIII, Turín, 1957, p. 188 ss. "Entre los romanos la primera forma de fideicomiso se tuvo cuando, al no quererse disponer de los propios bienes de acuerdo a las conocidas formas del testamento (*Calatis comitis o in procintu*) se recurrió a la *mancipatio familiae* en favor de un amigo, a quien se confiaba la propia voluntad".
- (2) En la Edad Media el instituto en relación con la economía feudal, adquirió importancia dentro del núcleo familiar a fin de lograr la conservación del patrimonio de ésta; que se consolidó en el siglo XVI con la amplia difusión de la cultura y costumbres españolas en Italia. Así explica EULA, Delle sostituzioni, in comentario al Codice Civile, diretto da D'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte, Firenze, 1941, p. 601 ss. Ver también GIARDINO, F., Il fedecommeso oggi, Rev. Notarile, Giuffrè, Milano, 1970, p. 32 ss., CIRIANI, Sulla liceità della sostituzione fedecommissaria a favore di enti non eventi il crisma della pubblicità, Rev. Notariato, XXV, Giuffrè, Milano, 1971, p. 674.
- (3) Ya en el tiempo del Iluminismo surgieron las críticas de este Instituto, con base en los nuevos ideales de la pública riqueza, la libre circulación de los bienes, de la nueva dimensión de la agricultura, la igualdad entre los hijos y de la misma libertad para testar. De tal forma que algunos Estados italianos precedieron al Code Napoleón, en la regla general sobre la nulidad de las sustituciones fideicomisarias; y con la unificación y el Estado Liberal se sanciona la nulidad de este instituto, sin excepciones en el artículo 899 del Código Civil de 1865, Cfr. CARAVALLE, Voce Fedecommeso (Diritto intermedio), Enciclopedia del Diritto, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 119 ss. TRIFONE, op. cit., p. 192 ss.; DE GIORGI, Fondazione di famiglia, Rev. Civ., CEDAM, Padova, 1973, II, p. 297.
- (4) DELLA ROCCA, F., Appunti sul nuovo diritto di famiglia, Giuffrè, Milano, 1976, p. 78.
- (5) El anterior artículo 692, 1 y 2 del Código Civil de 1942 disponía: "Es válida la disposición con la cual el testador impone a su propio hijo la obligación de conservar y restituir en el momento de su muerte, todo o parte de los bienes integrantes de la "disponible", a favor de todos los hijos nacidos o *nascituri* del instituido o a favor de un ente público. También es válida la disposición que trae a cargo de un hermano o hermana del testador, la obligación de conservar y restituir los bienes dejados a favor de todos los hijos nacidos o *nascituri* de ellos o a favor de un ente público".
- (6) Este artículo dispone: "El menor no emancipado puede ser interdictado o inhabilitado en el último año de su minoridad. La interdicción o inhabilitación tiene efecto desde el día en el cual el menor cumple la mayoría de edad".
- (7) DELLA ROCCA, op. cit., p. 79.
- (8) Ver supra n. 3.
- (9) FINOCCHIARO, Riforma di Diritto di Famiglia, Vol. II, Tomo II, arts. 131-240, Giuffrè, Milano, 1976, p. 445 quien la califica como "rara".
- (10) Con base en la atribución de la cualidad de heredero el sujeto no puede renunciar a ese derecho, que se mantiene durante toda su vida y se trasmite a sus herederos; por lo que la sustitución fideicomisaria: "fedecommeso di eredità" —que atribuye la cualidad de heredero a un sujeto y sucesivamente a un otro, respecto a los mismos bienes— constituye una abierta violación del principio mencionado. Cfr. BARBERO, Sistema istituzionale del Diritto italiano, II, Torino, 1962, p. 908, cit. por RICCA, Voce Fedecommeso (Diritto Civile), Enciclopedia del Diritto, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 119.
- (11) RICCA, op. cit., p. 117.
- (12) AURICCHIO, Sul fondamento e sui limiti del divieto della sostituzione fedecommissaria, Foro Italiano, I, Foro Italiano, Roma, 1954, p. 1542 ss.

dogma de la tipicidad, con particular referencia al carácter temporal del dominio del instituido (13), siendo el más acertado el razonamiento que basa su nulidad, en razones de política legislativa (14); pues la diversidad de ratio que ha tenido el Instituto en la historia, demuestra que no existe incompatibilidad técnica del mismo con los principios reclamados.

2. En la prohibición de la sustitución fideicomisaria, fuera de los casos establecidos por el artículo 692, párrafos 1 y 2 del C.C., se debe tomar en cuenta por su importancia histórica, es fideicomiso de residuo (15) o de *eo quod superest*. Consiste en la disposición con la cual el causante no impone "la obligación de conservar y restituir" —como en la sustitución fideicomisaria—, sino sólo la de restituir al sustituto lo que quede de los bienes a la muerte del instituido. De tal forma que, este último puede disponer libremente por acto *inter vivos*, sea a título oneroso o gratuito, de los bienes objeto del fideicomiso, pero, a su muerte el residuo pasará a manos del sustituto —ya designado por el testador o bien en la persona que se haya hecho cargo de la atención del instituido—.

Durante la vigencia del Código Civil de 1865 se dio un desacuerdo entre la jurisprudencia dominante que admitía la validez de la **sustitución de residuo** y la prevalente doctrina que sostenía su nulidad. La jurisprudencia se basaba en que la sustitución fideicomisaria imponía la obligación de conservar y restituir (art. 899 del C.C. de 1865), situación que no se encuentra en el fideicomiso de residuo (16). En realidad así es, porque la diferencia más notoria que presenta con la sustitución fideicomisaria-*tour cour* tanto desde el punto de

vista técnico-jurídico como económico-social, es el hecho de que la inmovilización de bienes no existe, dado que falta la obligación de conservar para restituir (17).

En el Código Civil de 1942 fue declarado nulo con base en el principio de la nulidad de cualquier disposición del testador que prohibiera al heredero la disposición de los bienes de la herencia, por acto *inter vivos* o de última voluntad. Hoy la prohibición absoluta ha desaparecido (18), quedando comprendida dentro de la sanción de nulidad del último párrafo del artículo arriba mencionado; si bien existe quien piensa que la nulidad de este tipo de disposición se debe ubicar entre las nulidades generales de las prohibiciones de alienación por acto de última voluntad impuestos del causante al instituido (19).

3. En el área de las previsiones de nulidad del instituto en comentario, se encuentra la cláusula "*si sine liberis decesserit*", que históricamente ha realizado finalidades prácticas análogas a la sustitución fideicomisaria (20). La discusión se ha planteado en estos términos: si la condición resolutoria "*si sine liberis decesserit*", que acompañe una institución de heredero o de legatario, acompañada también de otra institución condicionada suspensivamente al verificarse el mismo hecho, realice o no, una sustitución fideicomisaria (21). La cláusula en otras palabras, consiste en una doble institución, la primera ligada a una condición resolutoria, que consiste en que el primer llamado no deje al morir hijos, y la segunda, a favor de otra persona, bajo condición suspensiva de que se dé el mismo hecho (22).

Durante la vigencia del Código Civil de 1865

-
- (13) PIRAS, S., *La sostituzione fedecommissaria nel Diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 4, el cual considera que este instituto, sea por testamento o donación, es un instrumento para la consolidación temporal de complejos patrimoniales en general.
- (14) BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Commentario alla Riforma del Diritto di Famiglia*, di Carraro, Oppo, Trabucchi, 2 ed. I, 1, CEDAM, Padova, 1977, p. 687.
- (15) CASSONE, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, Yandi Sapi, Ed. Roma, 1975, p. 573, quien considera que tiene la misma estructura y análoga función.
- (16) CICU, A., *Fedecommissario di residuo*, *Rev. Dir. Civ.*, CEDAM, Padova, 1942, p. 144.
- (17) RICCA, op. cit., p. 139.
- (18) Ver art. 692 C.C.
- (19) RACCHIUSA, P., *Studi di Riforma di Diritto di Famiglia*, p. 578.
- (20) Sobre la necesidad de una expresa determinación del legislador italiano respecto a esta cláusula: RACCHIUSA, op. cit., p. 577, el cual opina en el comentario al proyecto de reforma al Derecho de Familia, que se debe dar una disposición en la cual se le dé una disciplina segura en el sentido de su nulidad o validez.
- (21) RACCHIUSA, op. cit., p. 577; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, IV, *Foro Italiano*, Ed. Foro Italiano, Roma, 1958, p. 113; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 1959, p. 539, GV. *Foro Padano*.
- (22) A.D.A., *Condizione "si sine liberis decesserit" Sostituzione fedecommissaria. Distinzione. Accertamento*. In *Giustizia Civile*, I, 1976, p. 1856 y ss.

existieron autores que afirmaban su nulidad (23) o su validez (24), naciendo también una opinión intermedia (25), que consideraba que la cláusula "si sine liberis", en línea de principio no era inválida, porque al resolverse en una vocación alternativa, faltaba la doble vocación. En el Código Civil de 1942, la solución mencionada no fue acogida, considerando que con la base de un doble presupuesto cada vez que se encuentre una condición resolutoria, que se pueda verificar solo al momento de la muerte del primer llamado y que pueda considerarse de acuerdo a la interpretación de la intención del testador, como irretroactiva, se estará en presencia de una sustitución fideicomisaria prohibida, y no de una doble institución bajo condición resolutoria y suspensiva (26). Opinión digna de acogerse dado que la razón de la prohibición de la cláusula se debe buscar en los principios generales del derecho sucesorio, ya que busca el legislador evitar que se obtenga un resultado práctico que exceda los límites legales contenidos en la facultad de testar (27).

Esta cláusula se diferencia de la sustitución fideicomisaria porque es retroactiva, con lo que se viene a excluir la atribución separada de los bienes hereditarios, del instituido y sustituto; faltando así la doble y sucesiva vocación (28) porque en el momento de cumplirse la condición —muerte sin hijos—, el primer instituido se considera como si no hubiera sido llamado en ningún momento a la sucesión (29), aunque con el disfrute de los bienes hereditarios del instituido, durante su vida, viene a

realizar las finalidades prácticas que se persiguen con la sustitución fideicomisaria.

Hoy con la nueva formulación del artículo 638 (30) que admite expresamente la posibilidad de someter a condición suspensiva o resolutoria, las disposiciones testamentarias, no se puede dudar sobre la validez de la cláusula en comentario (31), a menos que se hiciera coincidir con la muerte del instituido y operara en forma irretroactiva. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que siendo la figura de la sustitución fideicomisaria de carácter excepcional —por encontrarse dominada por el interés del incapaz—, no se encuentra fuera de esta perspectiva, espacio para ningún acto de autonomía que directamente o indirectamente quiera perseguir el intento sustitutivo (32).

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA

Tres son los elementos que caracterizan la sustitución fideicomisaria, a saber, a) La doble vocación testamentaria; b) La obligación del instituido de conservar y restituir los bienes hereditarios al sustituto y; c) El llamado "ordos successivus" (33).

a) En el primer elemento, el testador da lugar a dos instituciones, cuyos efectos se subsiguen en el tiempo en orden sucesivo. La primera institución es a favor del conocido "primer llamado", mientras que la segunda es a favor del conocido "sustituto" (34), el cual siempre recibe la heren-

(23) LICATA, Sul valore della clausola "si sine liberis decesserit", in Giur. it. IV, 1936, p. 14 citado por RICCA, o.c. p. 137.

(24) BUTERA, La clausola "si cum vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria vietata, in Foro it. I, 1928, p. 229 ss. citado por RICCA, o.c.

(25) GALGANO, Le sostituzioni subordinate alla clausola "si heres sine liberis decesserit" e il fedecommissario condizionale in Foro it. I, 1928, p. 1060 ss. citado por RICCA, o.c.

(26) TALAMANCA, Successione per causa di morte, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Biondi, arts. 679-712, Libro II, Zanichelli, Roma, 1965, p. 309, opina que cuando la condición resolutoria se verifique al momento de la muerte del primer llamado y deba considerarse de acuerdo al intento del causante irretroactiva, se estará delante de una sustitución fideicomisaria prohibida, y no frente a una doble institución puesta bajo condición resolutoria y suspensiva.

(27) RICCA, op. cit., p. 138.

(28) Di AMATO, Sostituzione fedecommissaria, Giustizia Civile, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 1857.

(29) CASSONE, op. cit., p. 573.

(30) Art. 633: "Las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria".

(31) Di AMATO, op. cit., p. 1857.

(32) BENEDETTI, op. cit., p. 889.

(33) Ver ASCOLI, Sostituzione Fedecommissaria, Rev. Dir. Civ. CEDAM, Padova, 1911, p. 406; D'AMATO, op. cit., p. 1857; CIRIANI, op. cit., p. 674; TALAMANCA, op. cit., p. 262, SCUTO, I divieti d'alienazione nel diritto civile italiano, Napoli, 1955, p. 154-156.

(34) Con el anterior artículo 692 del Código Civil, el primer llamado era el hijo, un hermano o hermana, y el sustituto: los hijos nacidos o concebidos de estos o un ente público. Hoy con la reforma del Derecho de Familia, el instituido solo puede ser: el hijo, el descendiente o el cónyuge, que se encuentren en estado de interdicción, y el sustituto: aquellas personas que hayan atendido al incapaz.

cia directamente del *de cuius* original, y como dice un autor "por medio de un trámite material como es el "primer llamado" (35); porque la muerte del instituido no es la *causa successionis* del sustituto (36).

El instituido no adquiere la calidad de heredero *sic et simpliter*, porque sus poderes y derechos están notoriamente reducidos frente al heredero nombrado normalmente (37). Sin embargo, no se puede equiparar su posición a la del usufructuario (38), considerando que es titular de un derecho real en cosa ajena (39); porque el instituido es titular de la herencia (40).

Esta vocación sucesiva sólo puede tener lugar una vez, el causante no puede instituir un ulterior sustituto sucesivamente al primero, y debe referirse a los mismos bienes (41).

b) El segundo elemento que caracteriza este instituto se encuentra en el primer párrafo del artículo 692 C.C., es la obligación de conservar y restituir, de parte del instituido, los bienes al sustituto, considerado como elemento sustancial (42).

El testador debe expresar esta obligación en forma clara, no son necesarias las formas sacramentales, para obligar al instituido, con solo ordenar al instituido el restituir los bienes, se tiene por implícita la obligación de conservarlos (43); pues si el *de cuius* solo impone la prohibición de alienarlos sería

nula su disposición (44). Consecuencia de esta obligación es que los bienes objeto de la misma serán inalienables de parte del instituido e insecuestrables de parte de terceros (45).

Respecto al objeto de esta obligación los bienes muestran una nueva disciplina, a causa de la reforma del Derecho de Familia. Así, puede contener "anche i beni costituenti la legittima" —art. 692, p. 1—; contrario a la anterior disposición en que la obligación de conservar y restituir podía ser solo sobre el disponible, la legítima estaba excluida.

Sobre la medida de incluir la legítima han surgido innumerables críticas, que van desde la inoportunidad de la norma (46) a la inconstitucionalidad de la misma —violación del artículo 29 párrafo 1 de la Costituzione Italiana— por un lado, y por el otro en el artículo 3 de la misma, porque el interdictado se encuentra en una posición de desventaja, a causa de su condición personal, dado que tendrá una capacidad diferente y limitada para suceder, respecto a los otros ciudadanos o familiares no interdictados (47). Sin embargo, tales objeciones vienen a ser superadas por la nueva *ratio* del instituto, que dispone que aquellos que han cuidado del incapaz puedan obtener también los bienes que forman la legítima —de regla indisponible— a fin de reforzar la tutela del incapaz (48).

(35) GIARDINO, op. cit., p. 37; COVIELLO, L., *Diritto Successorio (corso di lezioni)*, Bari, 1962, p. 299, MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1951, p. 184, los cuales consideran que el sustituto es heredero mediató o de segundo grado de frente al primer llamado, que lo consideran heredero directo y de primer grado.

(36) COVIELLO, L., op. cit., p. 298.

(37) TALAMANCA, op. cit., p. 262, 267.

(38) Ver página 22.

(39) PIRAS, op. cit., p. 30.

(40) Así TALAMANCA, op. cit., p. 363, se basa en el artículo 693, que le ofrece apoyo para negar la posición de PIRAS, porque da al instituido la legitimación activa y pasiva respecto a todas las acciones hereditarias y, por otro lado, extiende las normas del usufructo en lo aplicable, a la posición del heredero fiduciario. AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, op. cit., p. 570, donde se considera que es titular del derecho de propiedad; no así SCUTO, op. cit., p. 163, quien considera que es una propiedad temporal, porque el derecho de propiedad viene limitado y paralizado, pero no mutilado ni desnaturalizado.

(41) AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, op. cit., p. 570.

(42) GIARDINO, op. cit., p. 43, . . . no formal como sería el caso de que cambien los términos de referencia objetivos, ejemplo: cantidad de bienes; o subjetivos: ejemplo: que sean sustitutos otras personas.

(43) IB. p. 44; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, p. 573; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. II, 2 ed., Giuffrè, Milano, 1952, p. 289.

(44) SCUTO, op. cit., p. 163-164. Este autor encaja la obligación de conservar y restituir en la disposición general que prohíbe la alienación —no con base en la voluntad del causante, dado que entraría en las generales prohibiciones testamentarias— en la cual va incluido no solo el traspaso patrimonial sino también la constitución de derechos reales como las hipotecas. En la sustitución fideicomisaria hay una prohibición de alienar condicionada, porque en el caso de que exista "utilidad evidente" se puede pedir autorización al juez para vender y emplear las sumas obtenidas en otros bienes o constituir hipotecas sobre los mismos bienes, para responder en garantía de créditos destinados a mejoras o transformaciones del fundo.

(45) GANGI, op. cit., p. 289.

(46) BENEDETTI, op. cit., p. 896.

(47) FINOCCHIARO, op. cit., p. 447.

(48) BENEDETTI, op. cit., p. 896.

c) Con el "ordos successivo" —el tercer elemento— el heredero indirecto del *de cuius*, recibe automáticamente la herencia, como sucesor, inmediatamente a la muerte del instituido. Con esto se da la sucesión de dos herederos al original testador: el instituido y el sustituto (49).

El primer llamado —durante su vida— tendrá que limitarse a disfrutar de los bienes, pero luego tiene la carga de conservarlos para restituirlos.

ELEMENTOS SUBJETIVOS:

1. EL INSTITUIDO. 2. EL SUSTITUIDO.

1. Los sujetos que participan en la sustitución fideicomisaria son tres: el causante, el instituido y el sustituto. De conformidad con el Código Civil el testador que instituye solo puede ser quien tenga algún vínculo familiar con el instituido; a saber: el padre o la madre, los ascendientes en línea recta o el cónyuge (50). El instituido-hijo, descendiente en línea recta o cónyuge solo puede ser una persona interdictada (51) o menor de edad, en condiciones físicas tales que permita presumir que al llegar a la mayoría de edad, se dará la declaración de interdicción, al tenor del artículo 416 C.C. (52). Trátase en otras palabras, de una *fattispecie* en la cual la constitución fideicomisaria se realiza con el solo fin de tutelar la posición de un sujeto totalmente incapaz (53).

Dentro de la categoría de "hijo" se debe comprender en la forma más amplia, además de los hi-

jos legítimos; los legitimados, los adoptados y los hijos naturales reconocibles. En relación a los hijos no reconocidos o no reconocibles, existe la duda sobre su admisibilidad como sujetos de la sustitución fideicomisaria. Antes de la reforma al Derecho de Familia, venían excluidos por la doctrina, bajo la consideración de que no gozaban de *status* de hijo; hoy se les tiene como legatarios *ex lege* art. 580 C.C. (54) por el "assegno vitalicio" que le corresponde al hijo que se encuentre en esa situación, en el caso de que el causante no hubiera dispuesto por testamento o donación, pues el hecho de que reciba por fideicomiso en nada perjudica a los miembros de la familia legítima (55) (56).

La eficacia de la institución fideicomisaria está supeditada a que el instituido se encuentre en estado de incapacidad al morir el causante. Si han transcurrido dos años desde el momento en que el menor alcanzó la mayoría de edad, y no se ha dado inicio al juicio de interdicción, o es rechazado, o revocada la declaración de interdicción, la sustitución será ineficaz (57) y la primera institución válida, adquiriendo el instituido la calidad de heredero pleno, con la consecuencia que a su muerte se abrirá la sucesión legítima de acuerdo a las reglas generales (58). La misma solución opera en el caso de que las personas que deben haber cuidado del incapaz no cumplan o violen sus deberes (59).

En la segunda categoría: "el cónyuge, que también debe ser incapaz, debe cumplir con las reglas generales sobre el matrimonio. De tal forma que, serán cónyuges aquellas personas que han

(49) AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, op. cit., p. 574.

(50) FINOCCHIARO, op. cit., p. 446, considera que es importante llamar la atención sobre la novedad que presenta la posibilidad de que exista la sustitución a cargo del cónyuge, que era excluido en el anterior artículo 692 —hijo, hermano o hermana—.

(51) Idem... es un requisito para que la sustitución fideicomisaria sea lícita; BENEDETTI, op. cit., p. 890, lo califica de "novità" de carácter absoluto.

(52) Art. 416; cit. nota (6).

(53) SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, Atti del Convegno organizzato dal Sindacato di avvocati e procuratori, de Milano e Lombardia, Giuffrè, Milano, 1976, p. 198.

(54) Art. 580: "A los hijos naturales que tengan derecho a la manutención, a la instrucción y a la educación, conforme el artículo 279, les compete un "cheque" vitalicio igual a la suma de la renta de la cuota de la herencia, a la cual tendrían derecho, si la filiación hubiera sido declarada o reconocida. . .".

(55) BENEDETTI, op. cit., p. 891.

(56) FINOCCHIARO, op. cit., p. 446, aclara que este "assegno" no tiene naturaleza alimentaria o asistencial sino sucesoria.

(57) IB., p. 443; TALAMANCA, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 64-65, trata ampliamente los casos de ineficacia.

(58) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

(59) Idem.

contraído matrimonio civil o canónico con efectos civiles —matrimonio concordatario— (60). El caso del cónyuge interdictado solo puede darse después de que la persona ha contraído matrimonio, dado que el interdictado no puede contraer matrimonio —art. 85 C.C., (61), y si contrae matrimonio canónico, éste no será inscrito en el Registro del Estado Civil art. 12, e del 27 de mayo de 1929, No. 847—.

Con la nueva formulación de este instituto, entra en juego un sujeto más: el tutor. Este podría ser la persona que tiene a su cuidado el instituido, pero en doctrina se considera que en la relación del texto de reforma, se identifica el sustituto con la persona que ha atendido materialmente en su vida diaria, y no de acuerdo con las funciones que corresponden al tutor —o curador— al tenor del artículo 357 C.C. —cuidar, representar en todos los actos civiles y administrar los bienes— del menor (62). Se prefiere que no coincidan ambas funciones de quien atiende el incapaz y el tutor porque si bien no existe incompatibilidad podría dar campo a que se presente un conflicto de intereses —dado que el tutor se subroga en la capacidad del incapaz— por la doble calidad. La ley ha resuelto la anterior situación, dando prevalencia a la institución de tutor (63), mientras que la doctrina opina que abierta la sucesión y nombrado el tutor sustituto, éste para poder beneficiarse de la herencia, deberá renunciar a su cargo de tutor (64).

2. En doctrina se considera que la sustitución fideicomisaria es una “fattispecie” compleja, integrada por la voluntad del causante y el cuidado

que se debe dar al incapaz. La persona que realizará la segunda parte de esta “fattispecie” es el sustituto, que podrá ser una persona física o jurídica (ente estatal o privado) (65); que tuvo bajo la vigilancia del tutor, el cuidado del interdictado. La determinación del sustituto no está limitada a la disposición legal —respecto a las aptitudes que debe presentar la persona encargada de cuidar el incapaz—, sino también, de acuerdo al primer elemento de la “fattispecie” se da un momento negocial, en el cual participa la voluntad del testador (66).

Junto a la alternativa de escoger una persona física como sustituto, se encuentran los entes —personas jurídicas— de cualquier tipo, con personalidad o sin ella, públicos o privados (67), de interés público (68). A nivel doctrinal se ha querido construir una serie de clasificaciones de los entes mencionados, excluyendo de la sustitución: las clínicas privadas que con finalidad de lucro dan atención a los enfermos mentales, aunque no excluye a la persona física que fuera de cualquier organización comercial, atiende personalmente al incapaz, a cambio de una remuneración. Quedan fuera también —de acuerdo a esta opinión— las organizaciones de las cuales el instituido forma parte, por ejemplo: las órdenes religiosas (69); incluye la categoría de ente público en general, pero luego excluye los manicomios, por tener la obligación de proveer la cura de los enfermos mentales.

En la disposición de la reforma no se encuentran distinciones, ni corresponde a la razón de la norma que da lugar a este instituto. De tal forma que, la clínica privada no debe tener diferente tra-

(60) No serán considerados cónyuges si ha intervenido nulidad del matrimonio, la disolución del vínculo o la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico, de conformidad con la ley 898 del 1-12-1970.

(61) Art. 85: “. . .no puede contraer matrimonio el interdictado por enfermedad mental”.

(62) BENEDETTI, op. cit., p. 893.

(63) Idem p. 894.

(64) FINOCCHIARO, op. cit., p. 449. En contra TALAMANCA, o.c., Agg., p. 61, que considera que no existe una razón suficiente para dar un tratamiento diferente de desventaja, a aquel que últimamente se da a la tarea de proveer la organización de la vida del incapaz, debiendo buscar el fundamento de la contraposición del primer párrafo del artículo 692, entre el tutor y quien tiene el cuidado del incapaz, en la posición de subordinación del segundo a los poderes discrecionales de la vigilancia del primero.

(65) Hay la novedad respecto al anterior art. 692, dado que solo puede gozar de la institución, aquella persona que ha cuidado verdaderamente del incapaz.

(66) BENEDETTI, op. cit., p. 893; FINOCCHIARO, op. cit., p. 451, el cual considera que la institución, no será afectada de nulidad cuando el sustituido o sustituidos sean determinados por el causante. En contra TALAMANCA, Agg. p. 57-58, que considera que la determinación del sustituto debe ser en forma genérica: aquellos que bajo la vigilancia del tutor han atendido el interdictado.

(67) BENEDETTI, op. cit., p. 894.

(68) CIRIANI, Sulla liceità della sostituzione fedecommesaria a favore di enti non aventi il crisma della pubblicità, Rev. Notariato, XXV, Giuffrè, Milano, 1971, p. 674, p. 674, y ss. Con la anterior legislación solo los entes públicos podían ser sustitutos, dándose múltiples discusiones sobre la calificación de “ente público” a fin de determinar la validez de la sustitución fideicomisaria.

(69) Cfr. TALAMANCA, Agg. p. 57-58-60, quien considera que aquello que debe caracterizar la atención prestada al incapaz es su modo eficaz y permanente y la ausencia no de retribución pero sí de lucro comercial.

tamiento frente a la persona privada que atiende el incapaz (70), con el fin de lucro ni mucho menos la expectativa del beneficio de la atención al enfermo. Con tal opinión se crea una situación desventajosa para estos entes frente a las otras personas que pueden beneficiarse de la herencia. Lejos de incentivar al ente a dar una mejor atención, este podrá cumplir mejor con su delicada función al beneficiarse con los bienes dejados por los privados (71).

La posición del sustituido en la relación fideicomisaria es la de titular de una propia y real expectativa (72), que se convertirá en derecho una vez que se cumpla el requisito de la muerte del instituido, a menos que el sustituto muera primero, caso tal en que la expectativa se agotará en la nada (73).

Cuando sean varios los sustitutos, su derecho a los bienes será en relación al tiempo en que realizaron su tarea, si fue uno después de otro; si fue en el mismo período de tiempo se ha sugerido en doctrina, que se repartan en proporción a la cantidad y calidad de la labor realizada (74).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL INSTITUIDO

El disfrute de los bienes es atribuido al instituido por el segundo párrafo del art. 693 C.C., comprende su posesión y libre administración, dispone este artículo en el último párrafo que al instituido son aplicables, las normas que se refieren al usufructo. Es necesario llamar la atención sobre la posición jurídica del instituido y la del usufructuario, dado que el primero es titular del derecho de propiedad y el usufructuario de un derecho real.

El usufructuario debe gozar de los bienes con

la diligencia de un buen padre de familia mientras que el instituido disfruta de los mismos como *dominus*. Respecto a las adquisiciones e innovaciones, se encuentra que el usufructuario adquiere los frutos por separación, mientras que el instituido lo hace porque es el dueño de la cosa (75) y las cosas adquiridas se le atribuyen definitivamente, aun cuando sean fruto de su actividad y adquiridas con los bienes hereditarios —haciendo salvedad de que se añadirán a estos—, en caso de representar una expansión o si constituyen el resultado del modo en que eran utilizados por el causante, vb. el caso de la accesión natural (76). En cuanto a las innovaciones de acuerdo al artículo 981 C.C., el usufructuario se encuentra limitado porque no puede cambiar la destinación económica de la cosa usufrutuada, mientras que el instituido puede realizar todas las que considere oportunas.

La construcción de la sustitución fideicomisaria a la par de las normas del usufructo, se debe considerar que no ha sido concebida equiparando al instituido con el usufructuario, sino más bien, haciendo incapié en la autonomía de la figura del instituido, con la posibilidad de que las normas del usufructo cumplan una función integradora (77).

En instituido tiene legitimación procesal para todas las acciones relativas a los bienes objeto de la sustitución. El tiene una doble calidad dado que actúa como "*dominus*", con legitimación exclusiva para decidir con plena libertad sobre la vía de la *lite*, y por otro lado, tiene la calidad de administrador; vb. actividad que le corresponde de frente al sustituto —el cual tiene poder de subentrar en el juicio—. La legitimación se refiere no sólo a las acciones posesorias sino también a aquellas petitorias (78).

El artículo 694 C.C. concede la facultad de alienar los bienes o constituir hipotecas para res-

(70) FINOCCHIARO, op. cit., p. 451, n. 29.

(71) BENEDETTI, op. cit., p. 895.

(72) COVIELLO, op. cit., p. 301; MESSINEO, op. cit., p. 174, dice que si bien es una expectativa de derecho, la condición jurídica del sustituto, antes de la muerte del instituido es análoga a la del heredero testamentario del causante. COVIELLO critica esta posición porque considera que la vocación antes de que se abra la sucesión es una mera expectativa de hecho, que solo asume valor jurídico actual con la muerte del *de cuius*, mientras que el sustituto tiene una expectativa tutelada.

(73) FINOCCHIARO, op. cit., p. 451.

(74) TALAMANCA, Agg., p. 58.

(75) GIARDINO, op. cit., p. 53, considera que el usufructuario adquiere los frutos por separación mientras que el instituido, que es propietario, adquiere los mismos no desde el momento de la separación sino en proporción al goce del bien.

(76) RICCA, op. cit., p. 128; GANGI, op. cit., p. 312.

(77) GIARDINO, op. cit., p. 58.

(78) Idem p. 53.

ponder a deudas contraídas por la necesidad de mejoras o transformaciones operadas en el fundo; bajo la condición de que el instituido pida autorización a la Autoridad Judicial (79). La autorización va directamente a tutelar la expectativa (80) del sustituto, de tal forma que los actos de disposición se encuentran limitados a aquellos de "utilidad evidente" (81). Se considera en doctrina que si el instituido es propietario, no existe justificación para negarle uno de los principales atributos de su derecho, o sea el derecho de disposición (82); pero en realidad se debe partir de la idea de que los bienes que entran en el patrimonio del instituido, se encuentran bajo un régimen especial que los hace formar un patrimonio separado (83).

En doctrina se hace la diferencia entre el vínculo de indisponibilidad y de inalienabilidad; haciendo la diferencia de ambas respecto a su estructura, en el tanto que la segunda deroga el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada y la primera la libre responsabilidad de los bienes; y respecto a los efectos, en que los actos de alienación de los bienes serán ineficaces y si indisponibles serán inválidos (84). Considerando la mayor parte de la doctrina que en la sustitución fideicomisaria lo que hay es una prohibición de alienación impuesta al instituido y que los actos que se realicen sin la autorización serán inválidos (85).

Por otro lado, el instituido debe cumplir con determinadas obligaciones. La primera y principal es la de conservar y restituir los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria —elemento que caracteriza particularmente el instituto—. Dentro de su calidad de administrador el instituido debe hacer el inventario de los bienes con sus propios medios y prestar la garantía idónea (86), salvo que el causan-

te lo haya eximido; proveer a los gastos necesarios para la custodia, la conservación y administración de los bienes (87).

En cuanto a la obligación de administrar idóneamente los bienes de parte del instituido, es oportuno señalar que el anterior artículo 693 C.C., contenía un último párrafo, donde se preveía el nombramiento de un administrador de los bienes hereditarios, para el caso de que este no cumpliera debidamente su obligación; siendo el legitimado el sustituto —de acuerdo a la doctrina—, que veía perjudicadas sus propias expectativas sucesorias (88). Sin embargo, con la reforma en la cual solo puede ser instituido, el incapaz; el cual solo puede actuar por medio de su propio tutor, fue derogado, considerándose inoportuno prever la sustitución de éste por otro administrador (89).

ACREEDORES PERSONALES DEL INSTITUIDO

Con el artículo 695 C.C. el legislador dispone que los acreedores personales del instituido solo pueden satisfacer sus créditos en los frutos de los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria (90); sin embargo, es de notar que respecto al sistema de reenvío en relación a la aplicación de las normas del usufructo a esta institución, se encuentra una anomalía (91), porque si bien los bienes son propiedad del deudor —instituido—, estos son inmunes a la ejecución (92), contrario a lo que sucede en el usufructo, —en el cual se somete a la acción ejecutiva de los acreedores personales del deudor el valor del bien adquirido por él—.

La necesidad de tutelar la expectativa del sus-

(79) *Idem*.

(80) *Idem* p. 55.

(81) *Idem* p. 53.

(82) RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(83) BENEDETTI, *op. cit.*, p. 883.

(84) SPENILLI, *Le cessioni liquidative*, I, Nápoles, 1959, p. 220 cit. por RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(85) RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(86) *IB.*, p. 130.

(87) GIARDINO, *op. cit.*, p. 56.

(88) FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 458.

(89) Sustitución ya prevista en línea general en el artículo 384 C.C. para el caso de que el tutor haya sido negligente, abusando de sus poderes, inepto en el cumplimiento de los mismos, indigno por actos extraños a la tutela o insolvente.

(90) AZZARITI-MARTINEZ, *op. cit.*, p. 576.

(91) RICCA, *op. cit.*, p. 133.

(92) *Idem*.

tituto es la razón de esta diferencia (93), porque podría venir a menos con la acción ejecutiva de los acreedores personales del instituido, dado que él —el sustituto— es llamado a suceder directamente al causante y no al instituido. De ahí que se hable en doctrina de patrimonios separados, pero una separación *sui generis* (94) porque no persigue concentrar la responsabilidad por las deudas del *de cuius* en el patrimonio hereditario —que es el caso del beneficio de inventario— sino que sirve para garantizar el interés del segundo llamado.

Sobre los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, es oportuno aclarar que los acreedores hereditarios pueden hacer valer sus créditos contra éstos, y aun contra el patrimonio del instituido; produciéndose la normal confusión entre el patrimonio del instituido y el patrimonio hereditario, hecho que no elimina la posibilidad de que el instituido haya aceptado con beneficio de inventario (95).

DEVOLUCION AL SUSTITUTO

El artículo 696 C.C. también fue reformado a fin de obtener la necesaria coordinación con el artículo 692 C.C. en su original *ratio* (96), que lleva a una nueva determinación en los sujetos. La disposición anterior preveía: a) el momento, en el cual la herencia pasaba al sustituto; b) el caso de que si se habían nombrado *sustitutos* a los hijos del instituido, este muriera sin prole; c) la extinción del ente público sustituto antes de que muriera el instituido y; d) el caso de la muerte del instituido antes de la del causante, o su incapacidad, indignidad o renuncia a la herencia (97).

Hoy tomando en cuenta la particular situación jurídica en que se debe encontrar el instituido (incapacidad) y la peculiar relación entre él y el sustituto —quien debe atenderlo—, la reforma del ar-

tículo dejó inmutada la primera parte y reformó la segunda en cuanto que se prevé el caso de que las personas que han atendido al incapaz mueran primero que él, la herencia sea a favor de los herederos legítimos de éste, en proporción al tiempo que tuvieron cuidado de él.

En la primera parte se dispone que la herencia se transfiere automáticamente (98), al sustituto a la muerte del instituido, realizando el “*ordos successivus*”, que caracteriza esta figura. En la segunda parte, se dispone sobre el caso de premoriencia del sustituto al instituido (en relación con el tercer párrafo del artículo 692 C.C.) aquí la muerte o extinción (si es persona jurídica) determina la transmisión de la *cuota parte* de la herencia, que le correspondía al premuerto, a los herederos legítimos del interdictado. Esta cuota se determinará en proporción al tiempo en que el sustituto atendió al incapaz (99), con la consecuencia de que el instituido adquiere los bienes definitivamente (100).

Ahora que el instituido debe ser incapaz, se presenta la posibilidad de que los bienes pasen a los herederos testamentarios —como cabía anteriormente la posibilidad—, pues el incapaz desde que nace y cuando cumple la mayoría de edad, es declarado interdictado mediante sentencia. Sin embargo, se podría presentar la posibilidad de que el interdictado haya otorgado testamento, cuando era normal y luego por enfermedad mental o un accidente se convierta en incapaz. En este caso, la doctrina considera que se deben extender las normas de la sucesión legítima a la testamentaria (101).

Otra posibilidad, donde existe el silencio de parte del legislador, es el caso de premoriencia del instituido al testador. Se considera que se debe tener por válida la primera institución e ineficaz la segunda, operándose la transmisión de la herencia, a la muerte del *de cuius*, en favor de cuantos por representación suceden al interdictado (102).

(93) RICCA, op. cit., p. 133.

(94) TALAMANCA, op. suc., p. 266.

(95) RICCA, op. cit., p. 134.

(96) CASSONE, op. cit., p. 577.

(97) RICCA, op. cit., p. 134; FINOCCHIARO, op. cit., p. 460.

(98) RICCA, op. cit., 134.

(99) FINOCCHIARO, op. cit., p. 462.

(100) BENEDETTI, op. cit., p. 899.

(101) Idem, así FINOCCHIARO, op. cit., p. 463, que considera que no podrían beneficiar de la herencia; a lo que contesta TALAMANCA, Agg. p. 72, que cualquiera que sean los sucesores del primer llamado deben ser beneficiarios de la herencia.

(102) FINOCCHIARO, op. cit., p. 465.

Anteriormente a la reforma existía un cuarto párrafo, que se conocía como el “dogma de la sustitución ordinaria implícita”, cuyo contenido bien definido consistía en que en cada sustitución fideicomisaria, se debía tener implícita una sustitución ordinaria, para el caso de que por cualquier razón faltara la sucesión al instituido, la herencia pasara al sustituto (103). Ahora, el hecho de la derogación de este párrafo tiene un significado preciso, que se encuentra en el contexto de la *ratio* de la institución, sea la asistencia del incapaz, que determina los beneficiarios de la sustitución (104). Si el instituido no viene a la sucesión, cae todo el mecanismo sucesorio, que en este sujeto encuentra el punto de referencia, y no se dará la devolución a favor del sustituto, aún cuando este hubiera atendido al incapaz durante la vida del causante.

1. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE LEGADOS. 2. USUFRUCTO SUCESIVO. 3. PREMIOS DE NUPCIALIDAD. OBRAS DE ASISTENCIA.

1. En cuanto los legados, las disposiciones sobre la sustitución fideicomisaria son aplicables a los mismos (105). El fideicomiso de legado no presenta estructura diferente del de la herencia. En todo caso se considera que (106) la posibilidad de instituir legados —a término final o inicial— no legitima la tesis (107) de la institución en la propiedad temporánea y sustitución en la propiedad diferida, la cual no es rechazada en relación al principio *semel heres semper heres*, pero que se ha mostrado inidónea para explicar el mecanismo de la sustitución fideicomisaria (108).

2. La prohibición de usufructo sucesivo integra una “*fattispecie*” diferente de la sustitución fideicomisaria (109), y tiene una disciplina propia. Esta institución y el usufructo sucesivo tienen diferente estructura, dado que el segundo presenta una situación en la que falta la nuda propiedad (110), encontrando el segundo razón para su nulidad no sólo en los límites a la libertad de testar como en la particular naturaleza del derecho de usufructo, el cual se extingue a la muerte del titular, y por lo tanto excluye que pueda existir una doble vocación y la obligación de conservar y restituir, propia del fideicomiso (111). La ley se ocupa de este instituto —usufructo sucesivo— porque más de un usufructo sobre el mismo bien, durante muchos años podría anular el valor de la propiedad y ponerla fuera de comercio. Para que se pueda hablar de usufructo sucesivo es necesario que la herencia conlleve una sucesión en el solo usufructo, o sea en el usufructo separado de la propiedad (112).

3. En vía de excepción el artículo 699 C.C. excluye la equiparación con el usufructo sucesivo y declara válida la disposición testamentaria en la cual el causante impone al heredero el suministro periódico o a tiempo, de sumas determinadas para premios de nupcialidad o de natalidad, subsidios para obtener una profesión o arte, obras de asistencia o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas que se deben escoger dentro de una determinada categoría o entre descendientes de determinadas familias (113).

La razón de su excepcionalidad se encuentra en el elevado valor moral y social que asume esta disposición testamentaria (114).

(103) La ley preveía para el caso de que la sustitución fideicomisaria no llegase a la práctica, porque el instituido no pudiera o quisiera aceptar, por razón de premoriencia al testador, incapacidad, renuencia y aún más considera BENEDETTI, op. cit., p. 900, que preveía para el caso de la sustitución nula.

(104) TALAMANCA, Agg., p. 71.

(105) AZZARITI-MARTINEZ, op. cit., p. 538

(106) RICCA, op. cit., p. 135.

(107) TALAMANCA, op. cit., p. 406.

(108) Ver supra, p. 29.

(109) TALAMANCA, op. cit., p. 413.

(110) RICCA, op. cit., p. 150.

(111) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 541.

(112) GANGI, op. cit., p. 324.

(113) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 543.

(114) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 543; GANGI, op. cit., p. 327; TALAMANCA, op. cit., p. 424.

A MODO DE CONCLUSION

La sustitución fideicomisaria en una institución que nació como respuesta a las necesidades de la época romana (115); siendo la propiedad el valor que se protegía, su desarrollo fue encaminado rumbo a su sujeción en las manos de los privilegiados, por la seguridad obvia, que esto representaba, como medio de conservar el *status quo* alcanzado.

Se ha visto la gran importancia que tuvo en la Edad Media, con el nacimiento de mayorazgos, primogenituras. Que garantizaban la detención del poder económico y en consecuencia el poder político: su fin era la constitución del patrimonio familiar y la conservación de los bienes que lo formaban.

A consecuencia de las ideas que se concretaron con la Revolución Francesa, con sus valores de libertad, igualdad y garantía a la propiedad privada; esta institución desapareció (116), como una respuesta a la necesidad de la libre circulación de bienes, la libertad de testar, la igualdad que debe existir de individuo a individuo. De 1865 a 1942, sólo se habló, en la doctrina y jurisprudencia, para afirmar la nulidad de cualquier disposición testamentaria que tendiese a disciplinar el destino de los bienes hereditarios, en forma tal que constituyese una sustitución fideicomisaria (117).

En el *Codice* de 1942 se reintrodujo como una excepción a la nulidad general sancionada por el artículo 899 del Código Civil de 1865, para promover la formación del patrimonio familiar y evi-

tar el mal uso de los bienes, asegurando el futuro de las generaciones siguientes (118).

Con la reforma del Derecho de Familia —Ley No. 151 del 19 de mayo de 1975—, la figura en comentario, fue tomada en consideración tangencialmente. En general se puede decir que no se le prestó mucha atención, dado que solamente se tendía a eliminarlo nuevamente en forma definitiva, pues se consideraba en doctrina (119) que había perdido validez en una sociedad caracterizada por un casi frenético dinamismo económico-social (120), no guardando relación con los principios constitucionales (121). Uno de los proyectos de la ley pedía su derogación (122), otro (123), proponía que se le mantuviera, limitándolo, subjetivamente —el instituido debe ser incapaz y el sustituto—. Aquél que haya tenido la atención del primero —y su ampliación objetivamente— será objeto de la sustitución fideicomisaria, también la disponible, el cual fue acogido sin ninguna discusión y aceptado por el primer grupo mencionado (124). Con base en una *ratio* diferente: la protección del incapaz, por medio del incentivo al sustituto, de adquirir los bienes a la muerte de este, en caso de que cumpla idóneamente su función.

En realidad esta institución ha perdido en la práctica importancia y más en este momento, con los límites que presenta (125). Si bien se ha tratado de adaptarlo a las necesidades del mundo moderno, es reconocido que ha caído en desuso

(115) Ver n. 1.

(116) Ver n. 3.

(117) Ver CICU, op. cit., sobre fideicomiso de residuo, p. 344; AURICCHIO, op. cit., p. 1542 sobre legado bajo término: BUTERA, *Sostituzione e fedecomesso*, Foro Italiano, I, 1926, p. 522; sobre la cláusula "si sine liberis decesserit": ASCOLI, *Sostituzione fedecomessaria*, Rev. Dir. Civ., CEDAM, Padova, 1932, p. 404; BUTERA: *Sostituzione e fedecomesso*, Il Foro Italiano, Foro Italiano, I, 1929, CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, Foro Italiano IV, Roma, 1958, p. 113; LUMINOSO, op. cit., p. 19; respecto al usufructo sucesivo: STOLFI: *Sostituzione fedecomessaria*, Foro Padano, I, 1951, p. 167 ss.

(118) SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 197.

(119) Idem; dado que la institución caía en una concepción patriarcal y esencialmente rural de la vida económica de la familia, como afirmaba FALCUCCI FRANCA en su relación al Senado de la República en PICCOLA ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA, hecha por PANDINI, Dets. Ed. Roma, 1975, p. 67.

(120) SCOGNAMIGLIO, op. cit., 1971.

(121) FALCUCCI, op. cit., p. 67.

(122) Idem, que abogaba por la sanción de nulidad del instituto y a la vez abrogación de los artículos 693-697.

(123) Propuesto por el "senato", cit., por BENEDETTI, op. cit., p. 878.

(124) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

(125) RACCHIUSA, op. cit., p. 571.

(126), quedando dentro del ordenamiento italiano como un apéndice del mismo, con una disciplina

compleja a favor del incapaz (127) y como una posibilidad de extraña aplicación (128).

APENDICE *

Art. 692: Cada uno de los padres u otros ascendientes en línea recta o el cónyuge del interdictado pueden instituir respectivamente el hijo, el descendiente o el cónyuge con la obligación de conservar y restituir, a su muerte, los bienes incluida la legítima a favor de la persona o de los entes que bajo la vigilancia del tutor, han tenido el cuidado del interdictado.

La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad si se encuentra en condiciones de habitual enfermedad mental tal que haga presumir en el término indicado del artículo 416 se pronunciará la interdicción.

En el caso de pluralidad de personas o entes de conformidad con el primer párrafo, los bienes serán distribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual, los mismos han cuidado del interdictado.

La sustitución no tiene efecto en el caso la interdicción sea negada o el correspondiente juicio no sea iniciado en los dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad del menor habitualmente enfermo mental. También no tendrá efecto en el caso de revocatoria de la interdicción o respecto a las personas o entes que hayan violado las obligaciones de asistencia.

En cualquier otro caso la sustitución es nula.

Art. 693: El instituido tiene el gozo y la libre administración de los bienes que forman objeto de la sustitución y puede estar en juicio por todas las acciones relativas a los mismos bienes. También podrá hacer todas las renovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes.

Al instituido son comunes, en cuanto aplicables, las normas concernientes al usufructuario.

Art. 694: La autoridad judicial puede consentir la alienación de los bienes que forman objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de las sumas recavadas. Puede también ser consentida, con la cautela necesaria, la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes a garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformaciones fundiarias.

Art. 693: El instituido tiene el gozo y la libre administración de los bienes que forman objeto de la sustitución y puede estar en juicio por todas las acciones relativas a los mismos bienes. También podrá hacer todas las renovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes.

Al instituido son comunes, en cuanto aplicables, las normas concernientes al usufructuario.

Art. 694: La autoridad judicial puede consentir la alienación de los bienes que forman objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de las sumas recavadas. Puede también ser consentida, con la cautela necesaria, la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes a garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformaciones fundiarias.

Art. 695: Los acreedores personales del instituido pueden accionar solo sobre los frutos de los bienes que forman objeto de la sustitución.

Art. 696: La herencia se devuelve al sustituto al momento de la muerte del instituido.

Si las personas o los entes que han tenido cuidado del incapaz, mueren o se extinguen antes de la muerte de éste, los bienes o la porción de bienes

* Traducción solo para efectos de la publicación.

(126) DELLA ROCCA, op. cit., p. 80.

(127) BENEDETTI, op. cit., p. 878.

(128) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

que les correspondería es devuelta a los sucesores legítimos del incapaz.

Art. 697: Las normas establecidas en esta sección son aplicables también a los legados.

Art. 698: La disposición con la cual es dejado a más personas sucesivamente en usufructo, una renta o anualidad, tiene valor solo a favor de aquellos que a la muerte del testador son los primeros llamados a gozarlo.

Art. 699: Es válida la disposición testamentaria que tiene por objeto la erogación periódica, a perpetuidad o a tiempo, de sumas determinadas para premios de nupcialidad o de natalidad, subsidios para el logro de una profesión o arte, obras de asistencia, o para otros fines de pública necesidad, a favor de personas escogidas en una determinada categoría o entre los descendientes de determinadas familias. Tales anualidades pueden obtenerse según las normas dictadas en materia de rédito.

BIBLIOGRAFIA

- ASCOLI, *Sostituzione fedecommissaria*, Rev. Dir. Civ. CEDAM, Padova, 1911.
- AURICCHIO, *Sul fondamento e sui limiti del divieto della sostituzione fedecommissaria*, I, Foro Italiano, II Foro Italiano, Roma, 1954.
- AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, 6 ed. 1973 y 7 ed. 1979, CEDAM, Padova.
- BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto italiano*, II, Torino, 1962.
- BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria in Commentario alla Riforma del Diritto di Famiglia*, diretto da Carraro, Oppo Trabucchi, ed. 2da., I, 1, CEDAM, Padova, 1977.
- BUTERA, *Sostituzione e fedecommissario*, I, Foro Italiano, II Foro Italiano, Roma, 1929.
- CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, Foro Italiano, IV, II Foro Italiano, Roma, 1958.
- CARAVALLE, *Voce fedecommissario (diritto intermedio)*, Enc. XVII, Giuffrè, Milano, 1968.
- CASSONE, *Il nuovo diritto di famiglia*, Ed. Yandi Sapi, Roma, 1975.
- CICU, *Fedecommissario di residuo*, Rev. Dir. Civ. CEDAM, Padova, 1942.
- CIRIANI, *Sulla liceità della sostituzione fedecommissaria a favore di enti non aventi il crisma della pubblicità*, Rev. Notariato, XXV, Giuffrè, Milano, 1971.
- COVIELLO, L., *Diritto Successorio (Corso di Lezioni)*, Bari, 1962.
- DELLA ROCCA, F., *Appunti sul nuovo Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Di AMATO, *Sostituzione fedecommissaria*, Giustizia Civile, I, Giuffrè, Milano, 1976.
- Di GIORGI, *Fondazioni di famiglia*, II, CEDAM, Rev. Civ., Padova.
- EULA, *Delle sostituzioni*, in *Comentario al Codice Civile*.
- DIRETTO D'Amelio, *Libro delle successione per causa di morte*, Firenze, 1941.
- FALCUCCI, F., *Relazione al Senato sulla Riforma del Diritto di Famiglia*, in *Piccola enciclopedia del Diritto di famiglia*, di PANDINI, Dels Ed. Roma, 1975.
- FINOCCHIARO, *Riforma di Diritto di Famiglia*, Vol. II, T. II, artículos 131-240, Giuffrè, Milano, 1976.
- GANGI, *La sucesione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. II, ed. 2, Giuffrè, Milano, 1952.
- GIARDINO, *Il fedecommissario oggi*, Rev. Not., Giuffrè, Milano, 1970.
- LUMINOSO, A., *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, condizione e termine, Rev. Dir. Civ., II, CEDAM, Padova, 1970.
- MESSINEO, *Manuale Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1951.
- PANDINI, *Piccola Enciclopedia del Diritto di Famiglia*, Dets Ed. Roma, 1975.
- PIRAS, S., *La sostituzione fedecommissaria nel Diritto Civile italiano*, Giuffrè, Milano, 1952.
- RICCA, *Voce fedecommissario*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, XVII, Milano, 1968.
- RACCHIUSA, *Sulla nullità della sostituzione fedecommissaria*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973.
- SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo Diritto diritto di Famiglia*, in *Atti del Convegno organizzato dal Sinda-*

cato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia, Giuffrè, Milano, 1976.

SCUTO, I divieti legali D'alienazione nel Diritto Civile Italiano, Napoli, 1955.

STOLFI, Sostituzione fedecommissaria, I, Foro Padano, 1951.

TALAMANCA, Successione per causa di morte, art. 679-712, Roma 1965; y Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia,

In commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1976, ZANICHELLI.

TORRENTE, La donazione, Giuffrè, Milano, 1956.

TRIGONE, Voce fedecompresso (diritto romano) in Novissimo Digesto, VIII, Torino, 1957.

G. V., Sostituzione fedecommissaria, I, Foro Padano, Ed. Veneta, Milano, 1973.

* * *

Sección V: La Ciencia al Servicio de la Justicia.

Coordinador: Dr. Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

LA CAPACIDAD DE EXCLUSION DE LOS MARCADORES GENETICOS

*Dr. Rafael A. Marín R. MQC. M.Sc.
Unidad de Inmunología-Inmunohematología,
Sección de Investigaciones Toxicológicas del Laboratorio de Ciencias Forenses.*

INTRODUCCION:

La utilidad de los marcadores genéticos es cada día mejor entendida y por ello cada vez más solicitados en los Tribunales del país.

En las reformas propuestas, al Código de Familia, los marcadores genéticos cobran aún más importancia al proceder la impugnación del reconocimiento por parte del autor y el reconocimiento e investigación de paternidad cuando existe filiación establecida por posesión notoria de estado.

Por lo anterior nos proponemos profundizar un poco más, de lo ya dicho sobre marcadores genéticos (Marín, 1973), explicando su capacidad de exclusión.

CAPACIDAD DE EXCLUSION.

El objetivo principal del análisis de los marcadores genéticos es excluir, como verdadero padre, a un hombre acusado en forma dolosa o erróneamente de la paternidad.

La capacidad de un laboratorio para lograr este fin depende del número de marcadores que esté en capacidad de determinar y esto a su vez depende de la capacidad de su personal y de la asistencia económica que tenga.

Dentro de los sistemas de marcadores genéticos (grupos plasmáticos, leucocitarios o eritrocíticos) hay algunos que ayudan más que otros, ya sea por el número de factores que poseen o por la distribución de cada uno de ellos en una población dada. En otras palabras, los diferentes factores tienen diferente capacidad de exclusión. El cálculo de esta capacidad se basa en las leyes genéticas y en fórmulas matemáticas derivadas de ellas por lo que sin entrar en detalles haré una breve explicación utilizando el menor número posible de tecnicismos.

Como ejemplo tomaré el sistema de marcadores genéticos llamado MN que consta de un factor M y un factor N. El cálculo se basa en la frecuencia, en una población dada, de los fenotipos posibles para ese sistema (M, MN y N) y en la frecuencia de los genes que originan esos fenotipos (gen M y gen N). Por ello es indispensable, como primer paso, la investigación de una muestra representativa de esa población.

El segundo paso consiste en determinar todos los fenotipos de la tríada: imputado, madre y niño, en los cuales el primero se descarte. Para este sistema son seis esas posibilidades (ver tabla I, lado derecho) (Walker, 1978). La capacidad de exclusión CCE del sistema MN será la suma de las tríadas.

TABLA I

Fenotipos del sistema MN en los que el imputado es excluido

	I	M	N	I	x	M	x	N	=	tríada
1	M	N	MN	0.3014		0.3014		0.4505		0.0409
2	M	MN	N	0.3014		0.2480		0.4505		0.0337
3	N	M	M	0.2025		0.3014		0.5495		0.0335
4	N	MN	M	0.2025		0.2480		0.5495		0.0276
5	M	N	N	0.3014		0.2025		0.4505		0.0275
6	N	N	MN	0.2025		0.2025		0.5495		<u>0.0225</u>
										0.1857

El valor numérico de cada tríada se calcula diferente para cada una de las partes: para el imputado se toma el valor total de la frecuencia de su fenotipo, para la madre el valor total de la frecuencia de su fenotipo si es homocigota o la mitad si es heterocigota, y para el niño se toma la frecuencia del gene heredado de su padre biológico.

En caso que la madre posea un fenotipo que no se sabe si proviene de un genotipo homocigota o heterocigoto (por ejemplo en el sistema ABO una madre A1 puede ser de genotipo A1A1, A1A_{int}, A1A2 o A1O), porque existan genes amorfos o recesivos, se toma como valor numérico, la suma de las frecuencias de todos los genotipos, sumando siempre el total en los casos homocigotos y la mitad en los heterocigotos.

En el ejemplo anterior la suma de las tríadas da 0,1857. Esto significa que si un laboratorio hace una investigación utilizando sólo el sistema MN, un hombre acusado falsamente sólo tiene un 18,57 por ciento de probabilidades de ser excluido. Sin embargo, una investigación se lleva a cabo utilizando varios sistemas de factores por lo que la capacidad de exclusión (CE) de cada uno de ellos debe "sumarse" a las otras para obtener la capacidad combinada de exclusión (CCE) lo que

se logra con la siguiente fórmula (Erskine, 1973, Walker, 1978):

$$CCE = 1 - (1 - CE_1)(1 - CE_2) \dots (1 - CE_{11})$$

En la actualidad nosotros investigamos factores de once sistemas diferentes que nos dan una CCE teórica de aproximadamente 0,8.

Los datos numéricos que hemos utilizado se han tomado de tablas para la raza caucásica (Walker, 1978). En Costa Rica, aunque esta raza tiene una influencia predominante, la frecuencia de los factores no es la misma, por lo que, en nuestras investigaciones no podemos calcular la C.C.E (u otros parámetros como la Probabilidad de Paternidad o el Índice de Paternidad) hasta tanto no se concluya la primera etapa, o sea, el muestreo de la población.

Estos cálculos los consideramos de importancia porque si bien es cierto no se le puede atribuir a alguien una paternidad porque tenga una alta probabilidad de ser el padre biológico, también es cierto que en la evaluación global de las pruebas no puede pesar igual una probabilidad muy baja contra otra muy alta.

BIBLIOGRAFIA

ERSKINE, A.C. 1973. *The principles and Practice of Blood grouping*, 365 págs.

The C.V. Mosby Company, Saint Louis. U.S.A.

MARIN, R.A. 1973. *Impugnación de Paternidad*,

Boletín, Corte Suprema de Justicia, No. 212 págs. 8-21. San José, Costa Rica.

WALKER, R.H. 1978. *Paternity Testing*, 155 págs. American Association of Blood Banks, Washington, D.C. U.S.A.