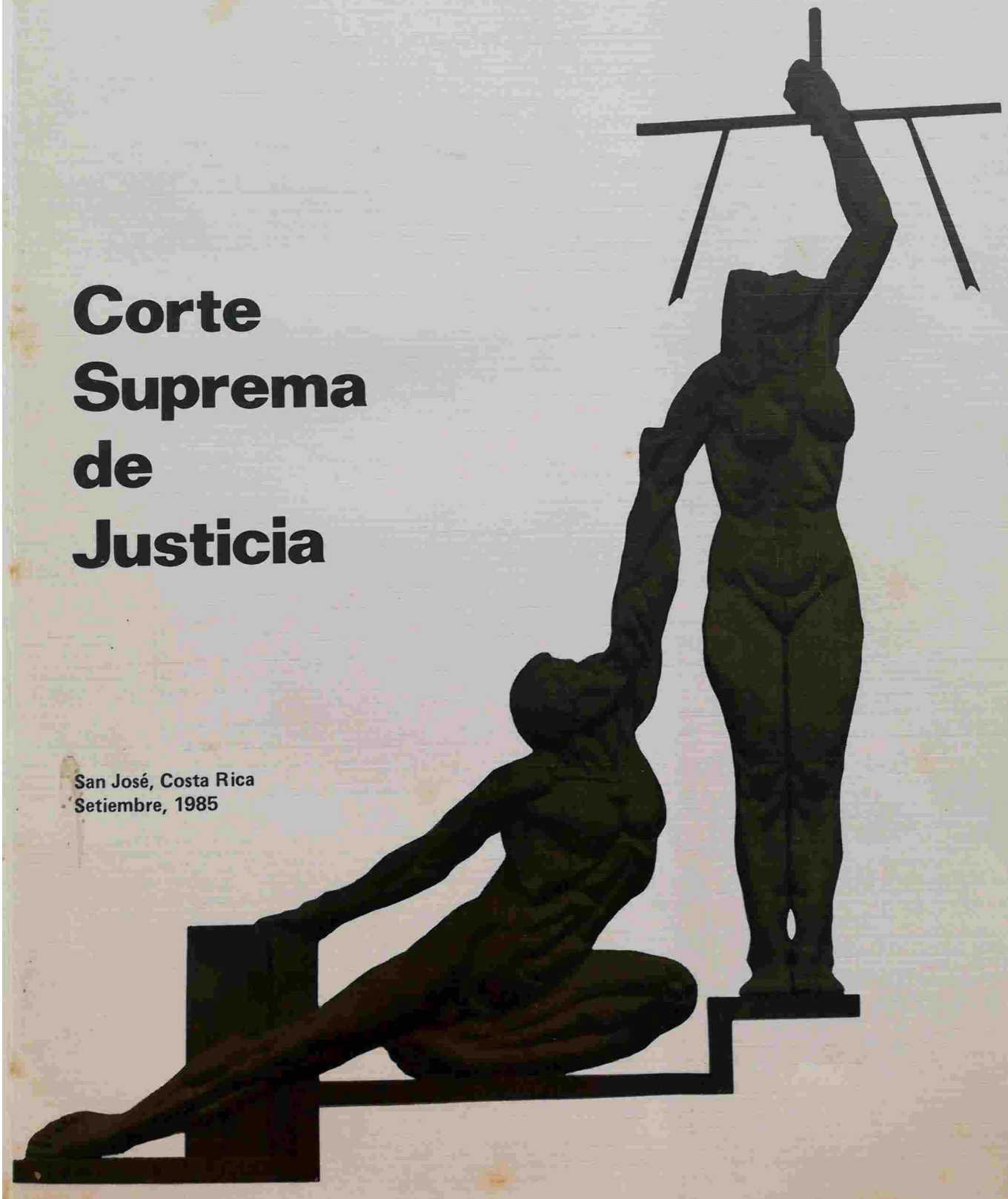
AÑO X

Nº 34

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Setiembre, 1985

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año X — No. 34 — Setiembre, 1985



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.

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

La significación del Derecho Romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX 13
Dr. Hanns-Albert Steger

Estatuto de la neutralidad perpetua en Costa Rica 21
Lic. Gonzalo Ortiz Martín

Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Medidas que podrían adoptarse para su eficaz aplicación (Resolución 36/55, 25 Nov. 1981) 33
Licda. Elizabeth Odio Benito

Las normas internacionales del trabajo y los países en vías de desarrollo. Su influencia en la legislación nacional y su aplicación práctica 49
Dr. Bernardo Van der Laat Echeverría

Hacia una epigénesis de la seguridad social 57
Licda. Nury Vargas Aguilar

Actitudes del delincuente en Costa Rica. 65
Dr. Daniel Gadea Nieto

Terminación del contrato individual de trabajo. Efectos indemnizatorios no reconocidos por nuestros tribunales laborales 71
Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

Las infracciones en materia de Derecho del Trabajo 77
Licda. Patricia Lorena Hidalgo Somarribas
Lic. Gerardo Loaiza Gamboa

Relación entre los principios de sustentación orgánica de la Carta de los Estados Americanos y los deberes y derechos fundamentales de los Estados miembros. 101
Licda. Marta Odio Benito

Espacio atmosférico e interplanetario 107
Dr. Rubén R. García-Sarmiento

Las sociedades unimembres. 121
Lic. Carlos Hernán Robles Macaya
Lic. Víctor Manuel Garita González

El cómputo de los plazos fijados en días para el ejercicio del derecho potestativo de receso en los contratos con prórroga automática 143
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

Asfixias mecánicas. 153
Dr. Edison Marcelo Jácome Segovia

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

La cláusula "due on sale" en Derecho puertorriqueño. 195
Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

Sección IV: Reseña Bibliográfica

Las Obligaciones. El Contrato 201
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Sección V: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Contenido de votos salvados 205
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VI: Jurisprudencia 211
Digesto

PRESENTACION

Al llegar a su año X, la Revista Judicial, ofrece colaboraciones en temas de Derecho Romano, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Seguridad Social, Criminología, Derecho del Trabajo, Derecho de la Aviación, Derecho Comercial y Derecho Civil, a la par de las usuales secciones "La Ciencia al Servicio de la Justicia", "Reseña Legislativa Extranjera", "Reseña Bibliográfica", "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" y "Jurisprudencia".

Participa, en primer término, el *Dr. Hanns-Albert Steger* con *"La significación del Derecho Romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX",* donde comenta la latinoamericanización de las instituciones europeas, mostrando cómo fue la región andina donde "afloró este desarrollo con mayor intensidad" y el papel de la obra de Andrés Bello. Analiza particularmente la experiencia peruana, en especial la relación entre la aristocracia metropolitana (élite afrancesada nacida en España) y los criollos (cuyo poder estaba en su potencial económico) y los reflejos en ella de la coyuntura intelectual de Europa. Destaca el *rol* de "la hacienda", base de la economía criolla y de las formaciones estatales independientes de Latinoamérica. El autor seguidamente trata las universidades y la formación de una nueva clase política dirigente. El estudio nos lleva luego al tema de nuestros valores propiamente latinoamericanos y con ello al tema de la resistencia contra lo que denomina el ataque del pragmatismo norteamericano, que el autor considera como manipulador en función de la integración en una sociedad de consumo tipo estadounidense. Enfatiza la importancia de que se produzcan concepciones de desarrollo latinoamericano propias y ve aquí la significación del Derecho Romano, el que considera como factor axiológico unificante.

Por su parte, el *Lic. Gonzalo Ortiz Martín,* realiza el tratamiento del tema *"Estatuto de la neutralidad perpetua de Costa Rica"* dando cuenta de las discusiones jurídicas que han surgido. Después de un desarrollo histórico de la neutralidad en el Derecho Internacional declara que los costarricenses queremos defendernos únicamente con medios jurídicos. Plantea la cuestión de si una norma interna, unilateral, puede tener relevancia internacional. Al tratar la neutralidad en el Derecho Internacional Público examina la diferencia (de Verdross) entre Estado Neutral y Estado Neutralizado y enfoca los casos de Bélgica, Suiza y Austria. Uno de los mayores méritos del trabajo del Lic. Ortiz Martín es el de ofrecer interrogantes, como el de si ¿la declaratoria de neutralidad que realizó el Presidente Monge es jurídica? y el de si ¿es compatible el TIAR con una neutralidad perpetua?, junto a otros que ya han surgido sobre el tema en nuestro medio: ¿es competente el Presidente de la República para

una definición soberana de este tipo, o ésta corresponde más bien y únicamente a las fuentes de rango constitucional?; ¿se trata de un acto nulo por incompetencia de su autor?; ¿tiene algún efecto real o es un "afiche" propagandístico para la exportación?; ¿es efectiva tal neutralidad cuando asesores militares norteamericanos entrenan a nuestros policías, después de que la "fachada" de "inteligencia" de ese país realizó actos terroristas en puertos nicaragüenses?; ¿por qué no se han mencionado por ninguna parte los proyectos del abogado libanés Rashid al Daher sobre la posibilidad de declarar la neutralidad de Costa Rica, con anterioridad al gobierno del Presidente Monge? La importancia de estas preguntas revela que la motivación del autor promete ser fecunda.

La *licenciada Elizabeth Odio* nos brinda su encomiable trabajo titulado *"Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Medidas que podrían adoptarse para su eficaz aplicación (Resolución 36/55, 25 Nov. 1981)".* El tema de la libertad de pensamiento, conciencia y religión es aquí acertadamente introducido con la conjunción de las normas de Derecho Internacional y las consideraciones sobre la situación actual. La autora relata los antecedentes de la Declaración y su proceso de adopción, para pasar seguidamente a los "Alcances" donde determina los principios y sus límites. Alude más adelante magistralmente a las libertades específicas, entendiendo como tales las que especifican la libertad genérica de pensamiento, conciencia y religión, como por ejemplo la libertad de culto, la de fundación de instituciones y la de enseñanza de la religión o las convicciones. También propone algunas medidas (educativas y normativas) las que deben ser eficaces. La distinguida profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica se refiere seguidamente a las medidas formales-estructurales, en primer término en relación con el Derecho Internacional, donde menciona la elaboración de un proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; indica que la Declaración no debe representar la aspiración final y que si se elaborara una convención, la obligación moral se transforma en obligación jurídica. Delimita también los aspectos que debería contener: preámbulo, definiciones, obligaciones de los Estados de adoptar y aplicar una política adecuada para garantizar la tolerancia religiosa y de convicciones, libertades que comprende el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, obligación de los Estados de fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las Naciones y los grupos religiosos (incluyendo las medidas para hacerlo) y otras obligaciones, mecanismos, reglas de interpretación y limitaciones, así como tipos de medidas de ejecución. También en lo internacional hace referencia el tema de las acciones de los órganos de Naciones Unidas para la protección de los derechos y libertades contenidos en la Declaración. En relación con los ordenamientos jurídicos nacionales enfatiza el compromiso de adecuarlos a los principios y valores consagrados en la Declaración. Posteriormente explica las medidas sustanciales-materiales, tanto en el ámbito internacional (actividades de los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas y de las organizaciones no gubernamentales) como en el nacional (en particular con el diseño y aplicación de una política educativa).

El *Dr. Bernardo van der Laat Echeverría,* profesor en el programa de posgrado en Derecho Internacional de la Universidad de Costa Rica nos ofrece *"Las normas internacionales del trabajo y los países en vías de desarrollo. Su influencia en la legislación nacional y su aplicación práctica",*

donde recalca la importancia de una visión crítica. Después de la delimitación de los conceptos "normas internacionales del trabajo" y "países en vías de desarrollo" el autor entra de lleno al planteamiento del tema: ¿Deben producirse normas internacionales de trabajo especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo? El Dr. Van der Laat juzga los argumentos para constatar si efectivamente los países en desarrollo ratifican menor número de convenios y recomendaciones y si la ratificación es una mera formalidad o, por el contrario, los Estados cumplen sus obligaciones (para concluir sobre el punto aseverando que el grado de cumplimiento es alto). Comenta seguidamente la producción de normas especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo tanto por organismos regionales ajenos a la OIT como dentro de ésta. En sus conclusiones pone en duda el valor real de las críticas tradicionales y se pregunta ¿hasta dónde tienen fundamento?

"Hacia una epigénesis de la seguridad social" se titula la valiosa colaboración de la *licenciada Nury Vargas Aguilar.* La autora aporta el marco conceptual de la seguridad social, su sentido y su desarrollo y nos lleva a la Declaración Iberoamericana de Seguridad Social en Buenos Aires (V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social); cubre temas como el derecho mismo a la seguridad social, la necesidad de compatibilizar los fines y los medios de las políticas económico-sociales, la responsabilidad del Estado y el carácter general del Derecho. Posteriormente nos describe las áreas que comprende la seguridad social (seguros sociales, promoción social, asistencia social y rehabilitación social). Plantea el esquema de coordinación para la planificación y ejecución de las actividades del sector trabajo y seguridad social con las instituciones que lo integran. Para concluir, la licenciada Vargas Aguilar nos deja un importante pensamiento: "lo que un país invierta en seguridad social lo ahorra en armas y lo abona a la paz".

En materia de Criminología, el *Dr. Daniel Gadea Nieto* nos envía *"Actitudes del delincuente en Costa Rica",* trabajo en el que aborda la materia de la clientela de la justicia penal, distinguiendo entre delincuentes primarios y habituales, no sin dejar de lado la observación dubitativa de si esa clientela es representativa de la delincuencia real. Señala que los primarios manifiestan una preocupación por su familia, mientras que en los habituales las reacciones son más frías e indiferentes al respecto. Evidencia seguidamente la reacción de estos sujetos ante los órganos judiciales, afirmando que en la fase de instrucción el primario deposita su confianza en su defensor, mientras que el habitual domina inclusive cierta terminología jurídica; en la fase de debate sostiene que el primario generalmente presenta una mezcla de tranquilidad y angustia, mientras que el habitual cuenta su coartada. Compara luego la situación laboral de estas personas: el primario indica su trabajo, el habitual normalmente se declara comerciante. También proporciona información sobre la situación en la fase de condena, advirtiendo sobre el fenómeno de la "contaminación" en ella y destacando que usualmente el habitual reputa su sentencia como producto de una trama en su contra.

Nuestro asiduo colaborador, el *Dr. Luis Guillermo Herrera Castro* interviene en esta ocasión con *"Terminación del contrato individual de trabajo. Efectos indemnizatorios no reconocidos por nuestros tribunales laborales".* El Presidente de la Asociación Costarricense de Juristas cree que las regulaciones vigentes son obsoletas y que por perpetuación de ciertos valores tradicionales ha habido retrasos en la evolución jurisprudencial. El autor se preocupa separadamente por tres aspectos: el reconocimiento del daño moral como consecuencia de la terminación del contrato individual de trabajo, la reinstalación del trabajador y los salarios caídos y la invalidez del despido en la Administración Pública, donde a su parecer

existe un régimen mixto por lo que ni la contratación, ni la terminación pueden ser arbitrarias.

Con *"Las infracciones en materia de Derecho del Trabajo"*, contribuyen *Patricia Lorena Hidalgo Somarribas* y *Gerardo Loaiza Gamboa.* Los autores se proponen una compilación de las leyes usuales sobre el tema y el examen de los tipos de sanción, planteando críticas al sistema legal y proyectando posibles soluciones. Nos exponen los antecedentes y la evolución de la seguridad y previsión social y establecen una tipología de las infracciones laborales (contractuales, disciplinarias, contra el honor profesional, de tipo administrativo y de tipo penal). Aclaran el objeto de sancionar la infracción laboral, indicando los sujetos de la infracción y otros aspectos. Del régimen disciplinario toman en cuenta los principios constitucionales, las leyes laborales, reglamentos usuales, convenciones y recomendaciones de la OIT. Describen seguidamente el procedimiento administrativo y judicial. Para finalizar revelan que las multas se encuentran desactualizadas, que hay ausencia de educación y que hay falta de controles.

La *licenciada Marta Odio Benito,* especialista en Derecho Internacional, nos presenta *"Relación entre los principios de sustentación orgánica de la Carta de los Estados Americanos y los deberes y derechos fundamentales de los Estados miembros".* La licenciada Odio afronta el problema de la determinación de la compatibilidad entre los postulados de la organización y la capacidad jurídica de sus miembros; para ello enfoca la Carta de la OEA y el Protocolo de Buenos Aires. Sobre el tema especifica la existencia de diversas incongruencias, como la relación entre la organización soberana de los Estados y la exigencia de la organización de imponer una forma determinada (al tiempo que se admiten dentro de la propia organización dictaduras militares); como la violación de normas, en materia de agresión, debido a la "supremacía" de uno de sus miembros, no sólo mediante invasiones militares, sino además con "embargos" (incluso contra nuestro propio país, por parte de los Estados Unidos de América, como en el caso del atún).

En el campo del Derecho de la Aviación, el distinguido *Dr. Rubén R. García-Sarmiento de Basualdo* colabora con la delimitación fáctica y jurídica de los conceptos de *"Espacio atmosférico e interplanetario".* El Dr. García-Sarmiento de Basualdo delimita espacio aéreo y aire, mostrando cómo el espacio aéreo que interesa al Derecho Aeronáutico no es equivalente al "espacio atmosférico". Nos plantea las dificultades de definir la atmósfera terrestre y comenta las teorías de Strughold y Shütte sobre órbitas para estaciones espaciales. Agradecemos una vez más al autor su participación.

Los *licenciados Carlos Hernán Robles Macaya y Víctor Manuel Garita González* nos ofrecen su estudio *"Las sociedades unimembres,"* uno de los aspectos más debatidos del Derecho Societario. Los autores señalan que, a pesar de las corrientes legislativas o doctrinarias que se empeñan en establecer la incompatibilidad de la sociedad con los esquemas unipersonales, la realidad revela que, por el contrario, esta forma llena las necesidades de los sujetos que quieren emprender una actividad empresarial. Los autores comentan diversos sistemas y analizan diversas hipótesis para brindarnos finalmente sus conclusiones personales.

Reproducimos también unas reflexiones sobre el tema del cómputo de los plazos civiles fijados en días para el ejercicio del derecho potestativo de receso en los contratos con prórroga automática; se dilucida ahí la distinción entre tiempo útil y tiempo hábil.

En la Sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia", contamos con la participación

del *Dr. Edison Marcelo Jácome Segovia* con el estudio que lleva por título *Asfixias Mecánicas* (II parte) que ofrece amplia información gráfica.

En la Sección de "Reseña Legislativa Extranjera", el distinguido catedrático de la Universidad de Puerto Rico, profesor *Dr. Pedro F. Silva-Ruiz,* gran colaborador de la Revista Judicial, aparece con *"La cláusula "due on sale" en Derecho puertorriqueño".*

La "Reseña Bibliográfica" está dedicada, en esta ocasión, al comentario del *Dr. Diego Baudrit Carrillo,* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, sobre el libro *"Las Obligaciones. El Contrato"* (tomo II del Tratado de Derecho Civil, bajo la dirección de Jacques Ghestin).

La Sección "Información Normativa" seguirá apareciendo en diciembre.

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SIGNIFICACION DEL DERECHO ROMANO PARA LA UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA EN LOS SIGLOS XIX Y XX*

HANNS-ALBERT STEGER
Profesor de Sociología de América Latina en la Universidad de Bielefeld (Alemania) Coordinador General del "Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina" (CEISAL).

1. La universidad latinoamericana "de abogados" del siglo XIX.

El estilo específico de la modernidad latinoamericana está determinado, en una medida considerable, por el hecho de que, a simple vista, los fundamentos más apreciables, de las instituciones sociales importadas de la Europa hispánica —en especial en el ámbito del ordenamiento jurídico y de la educación— han sido "latinoamericanizados". Por motivos que hay que buscar en el peculiar desarrollo étnico-social de la Región Andina a partir de la extinción de la colonia —a más tardar a partir de la rebelión de Túpac-Amaru en el altiplano boliviano (hacia 1782)—, afloró este desarrollo en dicha región con más intensidad y más claramente que en cualquiera otra parte. Se puede distinguir muy claramente este hecho —un caso excepcional— ya que está ligado de la forma más íntima con la obra de trascendencia excepcional del venezolano Andrés Bello, que al fin y al cabo desarrolló su obra en Santiago de Chile. La obra de Andrés Bello, como fundador de la Universidad de Chile (1842) y padre espiritual de la codificación jurídica que entró en vigor para la totalidad de la Región Andina, es el paso decisivo en el camino para la "latinoamericanización" de las instituciones europeas en la Región Andina, la cual se ve en la situación de convertirse en portavoz de las posiciones fundamentales latinoamericanas frente a la diversificación, cada vez más en auge, de los nacientes estados surgidos de la colonia.

Sin el conocimiento de estas connotaciones no se entenderá la significación ejemplar que se le atribuye, en casi toda Latinoamérica, al experimento peruano: un ejemplo exitoso establecería por largo tiempo perspectivas de desarrollo válidas al menos para las instituciones suramericanas. Solo que esta vez no se trataría de la "latinoamericanización" de principios europeos de ordenamiento sino —desde una perspectiva de pensamiento iusromanista— de la superación de los conceptos de progreso europeo-norteamericanos. En consecuencia debe resaltarse, por esto, la significación del Derecho Romano para el análisis del papel político-social de la Universidad latinoamericana "de abogados" en el siglo XIX y en los comienzos del XX.

2. Aristocracia metropolitana y criollos.

La victoria de los movimientos de independencia en el primer tercio del siglo XIX condujo a variadas mutaciones limitativas en la estructura interna de la sociedad colonialista. Esta sociedad se caracterizaba hasta entonces por el hecho de que la élite dirigente de mayor rango ejercía funciones proconsulares: se trataba de personas que no habían nacido en el propio país sino en España y que tras el cumplimiento de su función regresaban allá. Sólo en este caso estaba asegurada la conservación de la posición dirigente y de mando en el seno de la clase aristocrática española. En Latinoamérica solamente los pertenecientes a esta clase eran procónsules del Rey. El que se decidía por la permanencia en la colonia, se decidía también con ello *de facto* a la separación de la élite de los Grandes, la cual era copartícipe ineludiblemente de la administración del Reino en nombre del Rey; cuando menos esta decisión era difícilmente revocable para sus descendientes. Durante toda la época colonial de 166 virreyes, 558 capitanes

* Traducción de Fernando Betancourt, profesor de Derecho Romano en la Universidad, Externado de Colombia (Bogotá).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

generales, gobernadores y presidentes de provincia (o sea, en total 724 dignatarios estatales), solo 18 fueron criollos. De 706 arzobispos y obispos, que de acuerdo con el sistema patronal eran nombrados por el rey, solo 105 fueron criollos.[1]

La aristocracia metropolitana y los criollos (como se denominaba a los españoles que se quedaban en la colonia) ejercían conjuntamente la función de gobierno en la colonia: la primera por encargo real, los segundos en razón de un potencial económico cuya influencia se debe buscar en la unidad económica fundamental de la época colonial: la hacienda.[2] El vínculo a través del cual se comunicaban ambas élites eran las ciudades establecidas como centros de gobierno y administrativos. Estas no eran de ninguna manera plataformas de acción de una industria manufacturera bajo control de una burguesía económicamente independiente, como era el caso frecuente en Europa (donde esta burguesía, por su parte, podía apoyarse a su vez en una clase artesanal profundamente enraizada en los gremios medievales), eran más bien sitios de concentración de un artesanado dirigido según necesidades externas, esto es hispánicas, cuya misión era la de mediación, concretamente, por una parte entre las varias economías existentes unas al lado de las otras pero sin comunicación (por ejemplo, entre el AYLLUS indígena la unidad de cultivo colectiva y la sociedad urbana estructurada a la europea), y, por otra parte, entre este complejo colonial heterogéneo y la madre patria europea (Expediciones marítimas desde Sevilla de la Gran Flota).[3]

En el seno de este sistema multiestamental se reflejaban las oscilaciones de la conyuntura intelectual de Europa en todos sus detalles, aunque con harta frecuencia de una forma distorsionada. Lo más importante son las transformaciones de profunda influencia que están en relación con la Revolución Francesa, que en principio solo se anuncia y luego se produce efectivamente. Ya con anterioridad se habían hecho visibles en Europa notables inversiones ("Torsiones"): mientras que en Francia la ilustración recibía su fuerza a través de la pujante burguesía (en medio de la cual estaba la Gran Enciclopedia de Rousseau, Voltaire y Diderot), fuera de Francia era recomendada y distribuida como una medicina por los estadistas afrancesados en un gigantesco semicírculo continental alrededor de Francia (desde Federico II en Prusia, pasando por José II en Austria y Hungría hasta Carlos III y el "Príncipe de la Paz" Manuel de Godoy en España, así como José I y el Marqués de Pombal en Portugal). Esta "Ilustración por vía oficial" (Julián Marías ha denominado acertadamente a esta época "La España posible en tiempos de Carlos III"[4]), tuvo en el ámbito de la Región Andina uno de sus centros principales en Quito, en donde Alejandro de Humboldt entró en contacto inevitablemente con esta cultura de la Ilustración doblemente filtrada: en el camino de París a Madrid se había esfumado la base de la burguesía revolucionaria; en el camino de Madrid a las capitales y centros principales de los Virreinos y "Audiencias" de la colonia se había perdido también la autenticidad de la capa dominante que representaba la Ilustración.

Esta situación descrita de manera plástica por Humboldt[5], condujo a que los Grandes de España ("los afrancesados"), que representaban a España en la colonia, entrasen en conflicto cada vez mayor con los criollos, los cuales juzgaban que debían temer por su posición económica preponderante. Cuando Napoleón ocupó a España (1808) la oposición contra este desarrollo en las colonias se manifestó por este motivo en la fidelidad del Antiguo Régimen. Los criollos tenían con esto una buena oportunidad de neutralizar a la aristocracia metropolitana afrancesada y apoderarse de este desarrollo "bajo el pretexto" de ponerlo a favor del impedido Fernando VII. El movimiento latinoamericano de independencia es en sus comienzos una demostración de fidelidad de los criollos al Antiguo Régimen y contra la Ilustración revolucionaria.

---

1. Donal Marquand Dozer, *Latin America. An interpretative History* (New York, 1962) 169.
2. Frank Tannenbaum, *Lateinamerika* (Stuttgart, 1964). Original: *Ten Keys to Latin America* (New York, 1960/62); véase el capítulo 5; *Die Hacienda* (pág. 65 ss.). José Medina Echavarría, *Filosofía, Educación y Desarrollo* (Méjico, 1967); del mismo autor, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico* (Buenos Aires, 1964).
3. Huguette y Pierre Chaunu, *Séville er L'Atlantique* (1504—1650), 8 tomos (París, 1955 ss.).
4. Julián Marías, *La España posible en tiempos de Carlos III* (Madrid, 1963).
5. Alexander von Humboldt escribe a su hermano WILHELM sobre la vida en Quito: "La ciudad respira sólo sensualidad y abundancia y quizá en ninguna otra parte exista una tendencia más decidida y general a divertirse". (Confróntese al respecto Hanno Beck, *Alexander von Humboldt*, 2 tomos (Wiesbaden, 1959 y 1961); para la cita dada aquí véase Helmut de Terra, *Alexander von Humboldt und seine Zeit Wiesbaden*, 1959/99).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3. El destino de la economía de la hacienda.

Si se observa este estado de cosas desde el punto de vista económico, se ve inmediatamente claro que se trataba de sí y cuándo y, por supuesto, cómo iba a ser posible confirmar la "hacienda" como base de la economía criolla. Se puede decir que el experimento se llevó a cabo con éxito, aunque renunciando a un cambio sustancial paralelo de la conciencia social y económica en conjunto.

Es claro que en ausencia de una burguesía pujante, segura de sí misma y revolucionaria, el ideario de la revolución francesa fue asumido y encarnado en los nacientes estados latinoamericanos por la clase de la burguesía comercial mestiza.

En contraposición con la situación en Francia y la Europa influida por la Ilustración francesa, la clase portadora del ideario revolucionario en Latinoamérica no era económicamente independiente sino —como ya hemos señalado— dependiente en varios campos. La eliminación del latifundio privado que se produjo en Francia con la revolución no había tenido lugar en Latinoamérica. La "maldición del latifundio privado" era un obstáculo para la formación de los estados latinoamericanos en el siglo XIX.[6] De esta manera, la "hacienda" y no la burguesía artesanal se convirtió en la base económica de las formaciones estatales independientes (en Latinoamérica), que se formaron de las ruinas del imperio colonial. En Francia la burguesía se había apoderado, en primer lugar, del poder económico, pero después también del poder político; en Latinoamérica se llegó a la división de este proceso: una burguesía comercial dependiente económicamente ganó el poder político en las ciudades desprovistas de poder económico (el poder económico se había establecido fuera de las ciudades, pero tenía, por su parte, que intentar constantemente, con la ayuda de medios bélicos, hacerse con el poder de decisión política movimientos "caudillistas"). Frente a esto, las clases ciudadanas tenían que intentar constantemente ser capaces de demostrar una legitimación de poder que fuese suficientemente fuerte como para desplazar a segundo lugar las aspiraciones de los "hacendados". Esta misión recayó sobre la clase política dirigente de la burguesía: los "abogados" y los "bachareis" (en Brasil).

4. Legitimación de la nueva clase dirigente por medio de las universidades.

Con ello reciben las universidades una nueva y extraordinariamente importante misión: se trata ahora de legitimar a la nueva clase política dirigente. Se forma una comunidad ciudadana dirigida por "abogados", quienes apelando a las declaraciones de independencia tratan de conseguir el monopolio de la acción político-social y de esta manera comienzan a forjar un contrapeso político al poderío económico que descansa en la "hacienda". Así se prepara con antelación la base político-económica sobre la cual puede desarrollarse "hacia afuera" la política económica.[7] A través de ella se encuadra la potencia económica de la "hacienda" en un sistema de gobierno intercontinental (Europa, Norteamérica y Latinoamérica) y de esta manera se convierte en objeto del monopolio comercial concentrado en las ciudades; la "hacienda" conserva sin obstáculos, a través de ingeniosos procedimientos, su poderío económico pero pierde, sin embargo, cada vez más su campo de acción política. Los movimientos caudillistas son el intento desesperado —ya que se trata de un proceso irreversible— para contener por lo menos este proceso. Dicho proceso ha sido descrito exhaustivamente para el área del Brasil por Gilberto Freyre en la secuencia monográfica *Casa Grande y Senzala-Sobrados y mucambos. Ordem e Progresso.*[8]

5. Abogados y caudillos. Liberales y serviles.

El siglo XIX es en Latinoamérica un siglo de pugnas entre abogados y caudillos. Políticamente se estructura esta pugna en los dos partidos de los "liberales" y los "serviles". La palabra "liberal"

6. Manfred Kossok, *Im Schatten der Heiligen Allian Deutschland und Lateinamerika*, 1815 — 1830 (Berlín, 1964) 28.

7. Hanns-Albert Steger, *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas* (Gütersloh, 1967) 238 ss. (capítulo 9: *Die Universität der "abogados" im 19. Jahrhundert).*

8. Gilberto Freyre, *Casa Grande y Senzala. Formaçao da Familia Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal.* 1a. ed. (Río de Janeiro, 1933), ed. inglesa: *The masters and the slaves* (New York, 1963); ed. alemana: *Herrenhaus und Sklavenhutte* (Köln y Berlin, 1965); del mismo autor: *Sobrados e Mucambos. Decadencia do Patriarcado Rural e Desenvolvimiento do Urbano* (São Paulo, 1936), ed. inglesa: *The Mansions and the Shauties* (New York, 1963); del mismo autor, *Ordem e Progresso. Processo de Desentegraçao das Sociedades Patriarcal e Semipatriarcal no Brasil sob o Regime de Trabalho livre* (Río de Janeiro, 1959). Una interpretación histórico-económica del desarrollo latinoamericano ha sido suministrada hace poco por Oswaldo Sunkel y Pedro Paz. *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo.* (Méjico, 1970).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

hay que interpretarla a partir del significado latino: con ella se alude a la actuación política de un nacido libre (*causa liberalis* como proceso en el que se trata de los derechos de libertad), de la misma manera que las *artes liberales* son aquellas obras de arte (ciencias) en las que se ocupan los que han nacido libres, en contraposición a las *artes sordidae* que son las obras de los esclavos. Los liberales latinoamericanos son así aquellos que interpretan las declaraciones de independencia como asignación del *status* de libres a los latinoamericanos. Esta acepción pasa después al vocabulario político europeo (principalmente al inglés) proveniente de las discusiones de las Cortes de Cádiz (1810-1812); sin embargo, en Latinoamérica ha conservado aún la concreta referencia a la situación histórico-social de las declaraciones de independencia.

Frente a esto se denomina "serviles" a aquellos que se reconocen fieles al Antiguo Régimen ("servir" en el juego de cartas, reconocer un determinado color y asistir poner triunfos y asistir); más tarde es sustituida esta expresión por la de "conservadores", esto es, aquellos que quieren conservar el estado de cosas como está, así como también el poder político unido en manos del latifundio privado y evitar la eliminación política de la "hacienda".

Las universidades cumplen su nueva función —legitimación de la clase dirigente burguesa— liberalizando, en la acepción del término arriba descrito, esto es, "latinoamericanizando" su núcleo estructural que hasta entonces había estado determinado por la fisonomía hispánica del Derecho Romano y Canónico. Este hecho tiene importancia fundamental para las constituciones de las sociedades latinoamericanas de los siglos XIX y XX. Es comprensible si se aclaran determinadas circunstancias históricas.

6. Abogados y concepto romano del Estado.

Se puede partir de la base de que la gran aportación del Derecho Romano ha consistido en que ha suministrado una alternativa en contraposición al concepto de la *polis* de las ciudades estados greco-helenísticas y a las sociedades organizadas primitivamente sobre bases tribales. Las tribus (por ejemplo, los latinos) son exterminadas; en su lugar surge el ciudadano, el *civis,* solamente él es sujeto de derecho en el sentido propio de la palabra; solo a partir de él puede concretarse el concepto romano abstracto de Estado. No la inclusión en un territorio soberano sino solamente la designación de *Civis Romanus* puede asegurar una unidad territorial palpable. La consecución de un estado territorial soberano no es condición necesaria para la creación de esta unidad.

En Latinoamérica se crea una situación estructural similar a más tardar a mediados del siglo XIX: el "abogado" pasa a asumir —fiduciariamente— el papel de *civis* y toma el monopolio de acción política dentro de los grupos estatales latinoamericanos, cuyos estados son diferenciables entre sí administrativa pero no socialmente. Los estados latinoamericanos en cuanto formaciones administrativas son más antiguos que las sociedades nacionales nacidas en el seno de su contorno. Mucho más tarde se comienza a hablar de "peruanidad", "argentinidad", "brasilianidade" (en portugués) (de la misma manera como hoy, por ejemplo, los sucesores del "Reich" Alemán, la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, comienzan a desarrollar su específica autoconciencia de nacionalidad, tras la fijación de sus fronteras). La formación de los estados nacionales europeos discurrió en el siglo XIX —más o menos coetáneamente al desarrollo latinoamericano— exactamente al contrario, como se ve clara y especialmente en el caso de Italia donde la conciencia de nacionalidad no fue consecuencia sino motor de la unificación. Italia es tan importante para la comprensión de esta situación por la razón de que la obra de Garibaldi está ligada inseparablemente a ambas áreas —Suramérica e Italia—, y representa el nexo: en Suramérica creó conciencia nacional dentro de fronteras político-administrativas preexistentes (en la guerra de los farrapos y durante el sitio de Montevideo); en Italia creó unidad política sobre la base de una conciencia nacional preexistente.

Una *res publica latinoamericana* como unidad política continental existe solo a través del monopolio de acción política de los abogados, los cuales encarnan el Derecho Civil de esta *res publica.* En otras palabras, solo mediante la inclusión en la élite de los "abogados" se convierte el individuo en representante político de la comunidad latinoamericana. El "abogado" cumple así, en el contexto latinoamericano, sustancialmente la misma función que cumplía en la mitad del siglo XIX el "profesor de Universidad" en el área de habla alemana,[9] aunque con la diferencia característica que el profesor encarnaba el monopolio de comunicación en el seno del campo de acción de la enseñanza de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

clásicos alemanes, mientras que el abogado encarnaba el monopolio de acción forense en el seno del campo de acción del Derecho Romano "latinoamericanizado" ("liberalizado", como habíamos dicho) en modo notable por Andrés Bello.

Un análisis comparativo en todos sus aspectos del diferente proceso en las áreas de habla alemana y española tiene que relacionarse con el modo diverso de recepción del Derecho Romano, que en el caso del Sacro Imperio Romano-Germánico estaba vinculada muy estrechamente con el destino de este imperio y —como derecho estatal— no podía fundamentar, sin más ni más, un monopolio global de acción cuando este imperio se disolvió (1806). Heinrich von Kleist ha plasmado de modo admirable precisamente en este momento en su novela *Michael Kohlhaas* (1806) las profundas contradicciones entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario. La gran aportación de Wilhelm von Humboldt es haber superado la aporía originada por este proceso, poniendo al profesor como *civis* de una *Universitas* abstracta en la posición que había sido dejada vacante por la desaparición del Sacro Imperio Romano-Germánico. Cuán consciente y política era esta concepción queda en evidencia por el solo hecho de que Humboldt, como fundador de la Universidad de Berlín, no pensó en absoluto en ingresar también él personalmente como miembro; dicha concepción estaba pensada como instrumento político para llenar el vacío que se había formado tras el colapso del Sacro Imperio Romano-Germánico.

Muy diferente es, como hemos visto, la situación en Latinoamérica. Allí se le encomienda muy pronto a la Universidad latinoamericana, como consecuencia de la obra de Andrés Bello, una triple misión:

Se le encomienda la exclusiva competencia de formar "abogados", esto es, representantes legitimados de la comunidad política continental.

Se le encomienda asegurar la base jurídico-administrativa a partir de la cual fuese posible convertir a la economía de la hacienda en parte de una sociedad concebida a partir de la ciudad y con eso enmarcarla en la política económica orientada "hacia afuera" (en el original alemán).

Por último, se le hace responsable del mantenimiento de las relaciones intelectuales con los orientadores e impulsores externos de las sociedades urbanas latinoamericanas, esto es, con las metrópolis de Londres y París y más tarde New York y Washington.

7. El monopolio de acción político-social de los abogados.

La obra de constitución del monopolio de acción política de los abogados hay que agradecérsela principalmente —como ya hemos advertido— a Andrés Bello,[10] cuya acción tiene una significación similar para Latinoamérica a la de Wilhelm von Humboldt para el contexto de la educación y la cultura en el área de habla alemana, o sea la exclusividad otorgada al "Profesor" del monopolio de comunicación. Ambos, Bello y Humboldt, alcanzaron su objetivo fundando una Universidad influyente y al final ejemplar para sus áreas respectivas (la de Santiago de Chile, fundada en 1842 por Andrés Bello; la de Berlín, fundada en 1810 por Wilhelm von Humboldt). Ninguno de los dos creó su nueva Universidad de la nada sino que se basaban sólidamente en una antigua tradición. Wilhelm von Humboldt compendia esta tradición en sus análisis filosóficos del lenguaje (por ejemplo, *Uber die Verschidenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschensgeschlechts* 1830–35); Andrés Bello hace su codificación del Derecho Civil a partir de la antigua ley fundamental del estado de las "Siete Partidas" ya formuladas en la Edad Media por Alfonso X El Sabio, y adapta sus concepciones fundamentales a la modernidad.

8. Nordomanía y Herodianismo en el siglo XX.

El monopolio de acción de los abogados comienza a resquebrajarse a comienzos del siglo XX. La política económica "hacia afuera" comienza a debilitarse, como ha mostrado Osvaldo Sunkel,[11] y es sustituida al fin por una "hacia adentro". Como consecuencia de ello también tiene que modificarse la misión de los abogados válida hasta entonces. Si hasta entonces los "abogados" tenían que asegurar la unidad estructural del continente

9. Friedrich H. Tenbruck, *Bildung, Gesellschaft, Wissenschaft*, en *Wissenschaftliche Politik. Eine Einfuhrung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie*, D. Oberndörfer editor (Freiburg Bersterchgaden, 1962) 365-420. Helmut Schelelsky, *Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, con "apéndice de 1970" (Düsseldorf, 1971); en Schelelsky se encuentra también un análisis crítico de las tesis de Tenbruck.

10. Detalles relativos a esto en H. A. Steger, o.c., nota 7, 248 ss.

11. O. Sunkel y P. Paz o.c., nota 8, 366 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

latinoamericano (por encima de cualquier diferenciación nacionalista y conflictos bélicos, como por ejemplo, la "Triple Alianza" entre Brasil, Argentina y Uruguay contra Paraguay en 1865-1870), ahora esta estructura tradicional se hunde y como diríamos hoy día, "modifica su funcionamiento": las clases dirigentes urbanas se transforman cada vez más en agencias de las sociedades industriales europeo-norteamericanas y comienzan a emigrar espiritualmente de Latinoamérica; ahora ya no se trata de "latinoamericanizar" los impulsos que vienen de afuera sino de hacerse cada vez más extraño al propio contorno latinoamericano. José Enrique Rodó (Montevideo) es uno de los primeros en enfrentarse contra la "nordomanía" que ha hecho presa en las élites latinoamericanas. Contrapone (1900) la figura de "Ariel" a la de "Calibán", el cual encarna todo lo amenazador y lo negativo de la sociedad industrial norteamericana. "Ariel" no puede o no debe, bajo ningún concepto, servirle a "Calibán".[12]

Hoy conocemos esta emigración económico-intelectual (siguiendo a Arnold J. Toynbee y a Roger Vekemans) como "Herodianismo" (así como Herodes vivía tan sólo físicamente en Palestina ya que intelectualmente vivía en Roma, así comienzan también las élites urbanas de Latinoamérica a establecerse intelectualmente en los centros de hegemonía externa de Europa y Norteamérica).[13] Como consecuencia de este proceso, pierde su sentido el monopolio de acción de los "abogados", "licenciados" y "bachareis". La *res publica latinoamericana* típicamente ideal se convierte en una reliquia anticuada a partir de la base de la política económica actuante de afuera hacia adentro porque —siguiendo la tendencia de la modernidad— no se convierte en parte de la nueva sociedad industrial pragmática y creyente en el progreso sino que permanece en un mundo todavía estructurado por el Derecho Romano: es marginada.

La política "hacia adentro" que entra totalmente en vigor después de la Primera Guerra mundial ya no necesita a los "abogados" como figuras claves imprescindibles. Un mundo totalmente extraño hace irrupción; dos concepciones culturales diferentes comienzan a convivir sin conexión. La revuelta universitaria de Córdoba, Argentina (en 1918) debe verse en el marco de la educación como el intento desesperado de los estudiantes para liberarse del papel que les ha sido encomendado dentro de la estructura "de abogado" harto superada y que los aísla socio-políticamente y para participar, de nuevo conscientemente sobre la base de un papel válido y aceptado conscientemente, en el desarrollo social.[14]

9. La resistencia contra el ataque del pragmatismo norteamericano.

En los centros universitarios latinoamericanos se emprendió ya tempranamente el intento consciente de establecer, en lugar del antiguo monopolio de acción política de los "abogados", un nuevo concepto que no estuviese solo en situación de ofrecer resistencia al pensamiento pragmático proveniente de fuera del área de influencia del Derecho Romano, como lo había exigido Rodó, sino que también permitiese pasar a la ofensiva superadora y, en fin, tomar también la iniciativa en la nueva fase de industrialización. A este respecto, en Lima (1919) por ejemplo, se cambió el sentido de la revuelta universitaria de Córdoba, exigiendo la creación de un nuevo concepto de estado, en el seno del cual en lugar de los "abogados", la "sierra" (en el original alemán) con sus "ayllus" debería recibir el monopolio de acción. Se puso de manifiesto una irrupción intelectual generalizada: los estudiantes fundaron en 1919 la Universidad Obrera "Manuel González Prada"; Raúl Haya de la Torre fundó el APRA (Acción Popular Revolucionaria Americana); y, en fin, José Carlos Mariateguí formuló la filosofía (1928) de aquellos años en los famosos *"Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana"*.[15] González Prada había escrito en 1908 en su colección de ensayos *"Horas de lucha"*. "Cada blanco es más o menos

12. José Enrique Rodó, *Ariel* (Montevideo, 1900); véase para esto: Leopoldo Zea (Editor), *Precursores del pensamiento latinoamericano contemporáneo.* (Méjico, 1971), 83 ss.

13. Arnold J. Toynbee, *A Study of History* (London, 1934 ss.); para este tema: Tomo VIII 580—623; Róger Vekemans, S.J., *Análisis psico-social de la situación prerevolucionaria de América Latina*, en Mensaje Nr. 115, Edición especial: *Visión cristiana de la revolución de América Latina.* (Santiago de Chile, 1963) 67, 75.

14. Ernesto Garzón Valdés, *Die Universitatsreform von Córdoba, Argentinien* (1918), en H. A. Steger (Editor), *Grundzuge des lateinamerikanischen Hochschulwesens* (Baden-Baden, 1965), 163-218.

15. José Carlos Mariateguí, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana* (Lima, 1928). Finalmente se dispone de la obra completa de Mariateguí: *Obras completas*, 20 tomos (Lima, 1959—1971).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un Pizarro";[16] Mariateguí apela en 1928 en idéntico sentido a la "conciencia serrana" y al "sentimiento andino". Lo mismo hace Luis E. Valcárcel, precursor de las luchas indígenas. Entre tanto, esto es, después de la Segunda Guerra mundial, el proceso continúa en el sentido de estas iniciativas, sin embargo por otros caminos completamente diferentes a los que se hubieran podido prever en la época entre ambas guerras mundiales. La industrialización "hacia adentro" impulsó a cientos de miles de indios provenientes de la sierra hacia las "barriadas" de Chimbote, Lima y Callao. El indigenismo en la forma en que lo han definido Luis E. Valcárcel y José Carlos Mariateguí se hundió con los gigantescos movimientos migratorios que han transformado desde la base la Región Andina desde comienzos de los años cincuenta.[17]

Pero también los conceptos de modernización del pragmatismo norteamericano y del sistema educacional dependiente de él fueron arrasados de la misma manera por este movimiento. Con qué "pathos" se había emprendido el proyecto de Vico (al norte de Lima, Departamento de Aucash) aún tras la reciente Segunda Guerra mundial, a partir de la base de la sociología y la antropología norteamericanas. También la concepción de colegios y universidades con el objetivo de la construcción de una "Iglesia de la sociedad industrializada que sustituya a la tradicional" (Ivan Illich)[18] debe considerarse hoy fracasada desde la base. No se había captado, en la adopción de elementos del sistema educativo extraño y basado sobre todo en las condiciones norteamericanas, que estos elementos a causa precisamente de su trasplante iban a perder su validez primitiva. Así, las medidas de modernización que entraron en vigor tras la Segunda Guerra mundial se manifestaron en conjunto como manipulaciones para la integración de los escolares y estudiantes comprendidos en la nueva institución escolar (primaria y bachillerato) y universitaria en una moderna sociedad de consumo de cuño norteamericano. Contra esta tendencia se dirige, por ejemplo, la nueva e integral ley de educación anunciada por el régimen militar peruano a comienzos de 1972 que pretende otras soluciones en el marco de las cuales debe protegerse el estilo de la Región determinado por los derechos romano e indiano, pero que al mismo tiempo abrirá la perspectiva de que con ayuda de estas nuevas soluciones sea posible superar en el Perú los problemas de la modernidad determinada por la tecnología.

10. Los nuevos ciudadanos del continente.

La ley de educación peruana es la obra legislativa latinoamericana más importantes hasta ahora en el contexto del nuevo periodo de desarrollo en el que se pretende, a fin de cuentas, sustituir también la política "hacia adentro" y; más aún, sustituirla por concepciones de desarrollo latinoamericanas propias. Uno de los autores de esta ley es el sociólogo Augusto Salazar Bondy,[19] quien operacionaliza, en esta ley, las circunstancias del proceso latinoamericano descrito, esto es, lo ha hecho adaptable en la práctica social. Actualmente somos testigos de la formación de un tipo humano latinoamericano que ya no quiere —como por ej. Rodó— preservar las diferenciaciones nacionales que no son más que signos externos sino que ha pasado por encima de ellas, las ha abolido en la triple acepción del vocablo hegeliano: preservado, negado, superado.

Para muchos de estos nuevos latinoamericanos, la circunstancia de esta abolición fue un proceso doloroso que entró en vigor contra su propia voluntad, a fuerza de la emigración, la oposición política y la expulsión. La diferencia con la situación anterior consiste empero en que Madrid, París, Londres o New York ya no son los objetivos de las migraciones, sino que la coherencia interna de la conciencia continental se ha hecho tan fuerte que los nuevos latinoamericanos permanecen en la misma Latinoamérica. Por eso se habla de la política del "enjambre", con sedes constantemente cambiantes pero siempre presente y sin perder

16. Manuel González Prada, *Horas de lucha*, (Lima, 1908); véase por esto: Leopoldo Zea (Editor), *Precursores del pensamiento latinoamericano contemporáneo* (Méjico, 1971) 49 ss. La cita dice literalmente: "Todo blanco es más o menos, un Pizarro, un Valverde o un Areche" (L. Zea, o.c. 67).

17. José Matos Mar, *Herrschaft, ungleich, Entwicklung und Pluralismen in der peruanischen Gesellschaft und Kultur*, en: H. A. Steger (Editor), *Die aktuelle Situation Lateinamerikas*. Tomos de obras completas, (Frankfurt, Main, 1971) 244—273; del mismo autor: *Die Barriadas von Lima. Eine Untersuchung über die Elendsviertel der peruanischen Hauptstadt* (Homburg v.d. Höhe, 1969).

18. Ivan Illich, *Entschulung der Gesellschaft* (München, 1972). Original: *Deschooling Society* (Nueva York. 1970-1).

19. Augusto Salazar Bondy, *Para una filosofía del valor*. Tomo de obras completas. (Lima, 1971); del mismo autor: *La cultura de la dominación*, en J. Matos Mar, A. Salazar Bondy y otros, *Perú Problemas*. Tomo de obras completas. (Lima, 1968). 57—82.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jamás la conexión. Uno de los ejemplos que más llama la atención desde este punto de vista es la función y actuación de los sociólogos brasileños emigrados que, recién a causa de la necesidad de la emigración, han descubierto a Latinoamérica como su foro genuinamente propio; de esta manera, sin la emigración de su autor sería incomprensible la *"Antropología dialéctica"* de Darcy Ribeiro.[20]

El "abogado" del siglo XIX, como representante de una *res publica latinoamericana* concebida ideal y típicamente, ha cumplido su función fiduciaria; en su lugar puede ahora surgir inmediatamente el *civis latinoamericanus.* Ante nuestros ojos se eleva hoy una vasta clase de tales "ciudadanos del continente". Para ellos el concepto de estado del Derecho Romano, "abstracto", independiente de un determinado territorio, se ha convertido, a partir de un plano completamente nuevo, en base natural de la acción política en el seno de la "abstracta" *res publica latinoamericana,* que precisamente por eso se convierte cada vez más en una realidad práctica.

11. La misión actual político-social del Derecho romano en las universidades latinoamericanas.

Salta a la vista la afinidad con la concepción del estado romano. El empleo, en sentido progresista, de este "Gran paralelo" es la misión político-social y actual urgente y que debe ser constantemente impulsada que tiene que cumplir la enseñanza del Derecho Romano en las modernas Universidades latinoamericanas. Nada sería más errado que el retroceso, bajo presión del ataque del pensamiento pragmático norteamericano, a la mera historia didáctica y documental. Aquí se trata especialmente de problemas políticos actuales de la mayor significación; sería suicida que las Universidades latinoamericanas se sustrajesen, en este momento decisivo, a su posición de resistencia más activa y la cambiasen por el plato de lentejas del "American way of life".

***

20. Darcy Ribeiro, *O processo civilizatorio. Etapas da evoluçao sociocultural* (Río de Janeiro, 1968). Ed. alemana: *Der Zivilisatorische Prozess* (Frankfurt, M. 1971); del mismo autor: *Las Américas y la civilización*, 3 tomos (Buenos Aires), 1969); del mismo autor: *El dilema de América Latina* (Méjico, 1971); del mismo autor: *Fronteras indígenas de la civilización* (Méjico, 1971).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ESTATUTO DE LA NEUTRALIDAD PERPETUA DE COSTA RICA

PROF. GONZALO ORTIZ MARTIN

El propósito de estas palabras es el de divulgar lo más posible de preferencia, como ahora, entre los internacionalistas, el tema de la Neutralidad Perpetua, activa y no armada que proclamó el Presidente de Costa Rica, don Luis Alberto Monge Alvarez, solemnemente, ante los poderes del Estado y del cuerpo diplomático. Una resolución de esta trascendencia basada en los principios del Derecho Internacional y en convenciones y tratados vigentes, han sido causa de complicadas discusiones y consideraciones, principalmente en el aspecto jurídico. Para encontrar la fuente de esta institución de la Neutralidad no hay que remontarse a milenios puesto que el Derecho Internacional Público, históricamente, es relativamente muy reciente. Fue Francisco de Vitoria, llamado el Padre del Derecho Internacional Público quien en sus obras "De Indis" y de "Iure Belli" en 1539, ofreció este pensamiento a sus contemporáneos que conquistaban la América; se le juntó otro gran autor, Suares y juntos despertaron en Hugo Grocio —1583/1645— el fervor por estas nuevas ideas que le inspiró el estructurar y completar el Derecho Internacional. Tres hitos históricos ha tenido esta ciencia: los Tratados de Westfalia en 1648; las Naciones Unidas que nacieron el 26 de junio de 1946 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas en París. El Derecho Internacional Público no está codificado en un texto lo que hace que grandes maestros lo nieguen como un cuerpo jurídico, empero, sí existen sus productos concretos, positivos, como son los tratados y convenciones; codificaciones parciales, regionales, continentales y universales, como asimismo distintos aspectos que se van estudiando para institucionalizarlos. Esta fase de la neutralidad, por su importancia va enfrentándose a inesperados problemas, que brotan de circunstancias que las diferencias de los Estados producen entre sí a causa de situaciones hasta entonces desconocidas en que influyen no solamente la naturaleza territorial donde se localizan los conflictos, sino también como consecuencia de otros medios de hacer la guerra, en esos instantes inventados por el genio destructor del guerrero. Por ello, este acontecimiento merece un análisis que se adentre en esas causas y motivaciones, para acomodarlos a la evolución institucional del Derecho, que sabemos es un resultado, un fenómeno de las nuevas cuestiones que se suscitan en etapas históricas, cambiantes de ambiente y de ideología. Trato de exponer lo sucedido en Costa Rica que por su configuración física de país pequeño y pobre con sus tradiciones originadas en un sentido pacifista, amante de la tranquilidad y contraria a la guerra lo qué la ha hecho apegarse a los tratados que en concordancia con el Derecho Internacional, encuentren en ellos la solución de sus problemas en este campo. Por eso, cuando Costa Rica en su Constitución de 1949, —ya existentes las Naciones Unidas y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca—, abolió el ejército, se le interrogó qué haría en el evento de una agresión ilegítima que justificara la legítima defensa, respondió que para eso existían tanto la Carta de Naciones Unidas como el artículo 3 del TIAR. Esto conlleva la idea de que no se requiere estar armado para ser neutral. Tendría que ser tan poderoso el armamento para garantizar sus leyes que creo que sólo hay un caso en la historia que es el de Roma cuando como dueña imperial de todo el mundo conocido impuso su *pax romana,* con un ejército que no tenía rival. De nada le valió a la heroica Bélgica, con sus bien armados regimientos detener el formidable empuje alemán que por dos veces despedazó su neutralidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El diario Die Presse de Viena, publicó un artículo de Andrea Unterberger titulado "Diplomáticos y especialistas se devanan los sesos. Desde que Costa Rica declaró su neutralidad a perpetuidad no se sabe en este país a ciencia cierta qué actitud tomar al respecto. . .". Termina: "Especialmente engorroso resulta finalmente, cuando un país neutral sin ejército, con únicamente 7.000 policías declara su neutralidad. Al fin de cuentas, en Austria la defensa mediante el ejército y todo tipo de medios constituye uno de los pocos puntos que expresamente están contemplados en la ley de neutralidad. Los costarricenses por el contrario quieren defenderse únicamente con medios 'materiales, jurídicos, políticos y morales' ". No voy a aducir razones contra las ideas copiadas por esta internacionalista, sino a resaltar el hecho, para mi tesis muy significativo, al afirmar que los costarricenses queremos defendernos únicamente con medios *jurídicos,* lo que viene a reforzar el criterio de que la neutralidad es un concepto jurídico y sobre lo demás, el que es una nación pequeña, que agrego yo, que no es, ni aspira a ser potencia militar, descansa la razón de su existir en la igualdad e independencia que tienen todos los Estados y en sus propios valores morales que constituyen la comunidad internacional. Considero, que no le sirvió ayer a Austria, cuando a pesar de contar con histórico y adiestrado ejército imperial fue invadida y vencida por las huestes más violentas de Hitler. Tampoco hoy, me parece que si alguna de las potencias que aspiran a dominar la tierra pretendiesen violar su neutralidad, no le valdría, como dice la comentarista la defensa mediante el ejército y demás puntos contemplados en su Declaración. Más eficaz sería en ese supuesto que demandara la intervención de las Naciones Unidas, que sí tiene potencial guerrero, para hacer respetar su neutralidad basada en la moral, lo jurídico y político.

Entramos al tema. El Derecho Internacional reconoce a plenitud los atributos de los Estados que jurídicamente dimanan de su propia soberanía como es el firmar la Carta de Naciones Unidas, las de la OEA y todas las convenciones y tratados bilaterales o multilaterales. También la *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948. No queda duda de que los mandatos de sus treinta artículos sean obligantes para todos los Estados miembros que los ratificaron y proclamaron en un acto legítimo de ejercicio de su soberanía de juridicidad innegable.

Es de especial cuidado el examinar si una norma interna que tiene proyección internacional, por afectar a otros Estados, puede ser emitida unilateralmente. Concretando ¿puede Costa Rica, con la pretensión de que sea reconocida o aceptada para su respeto, por los restantes miembros de la comunidad internacional, declarar su neutralidad? Costa Rica en su orden interno está en capacidad, soberanamente, de dictar las leyes que juzgue oportunas y necesarias. En el suceso que examinamos existen antecedentes de ineludible valor para sustentar la tesis. Primero, se trata de una institución existente en el Derecho Internacional, casi hasta reglamentada, podría decirse. Segundo, ha sido puesta a prueba, sufriendo las dos posibilidades, el respeto y el irrespeto; desde que se proclamó la neutralidad suiza ha sido respetada, aunque afirman que lo es porque está perfectamente armada para sostenerla; no dejan de haber opiniones contrarias sobre ciertas conveniencias que las naciones beligerantes han tenido, muy particulares intereses, en mantener ese espacio montañoso y sin mares en su *status* de neutralidad.

Como irrespeto reiteramos el caso de Bélgica armada cuyo ejército fue destruido. La proclamación de neutralidad de Costa Rica es una manifestación de soberanía dictada con plena capacidad jurídica. La pregunta es si internacionalmente, los otros estados deberán reconocerla y aprobarla para acatar la voluntad de este país proclamante. Esta es una de las cuestiones que están sometidas al estudio y análisis de los internacionalistas y que traslado a mis oyentes en el afán de estimular sus pensamientos en esta institución.

COSTA RICA Y LA NEUTRALIDAD

El 15 de septiembre de 1821 se proclamó en Guatemala por un grupo de patriotas centroamericanos la independencia absoluta de Centro América del Reino de España. A lomo de mula se envió a las provincias el correo con la buena nueva, que al pasar por León de Nicaragua, el Ayuntamiento y la Diputación Provincial del lugar decidieron esperar "a que se aclarasen los nublados del día" proponiendo que una Junta de Legados se pronunciara por Guatemala, que invitaba a conformar una Fe-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

deración centroamericana, o por León, que se independizaba de España y se adhería al Imperio de Iturbide en México. A Cartago, capital en aquel entonces de Costa Rica, llegó la noticia de la independencia absoluta junto con las actitudes de León que tuvieron la resonancia de que se formaran dos corrientes de opinión entre los pobladores de Cartago y los de San José, si seguían la idea de adherirse al Imperio de Iturbide o establecer la independencia absoluta. Se decidió, el 13 de octubre de ese año, esperar la convocatoria de una Junta de Legados que celebrada dictó "El Pacto" el 1 de diciembre de 1821, reafirmado el 10 de enero de 1822. Todo esto provocó una serie de disturbios y levantamientos internos, sustancialmente agravados por las malas comunicaciones que se evidenciaron, porque cuando peleaban por la adhesión al Imperio Mexicano, ya el Imperio de Iturbide había desaparecido. Sin desmayar ante tantas dificultades se logró dictar una ley constitutiva denominada *El Estatuto de la Provincia* en mayo de 1823 en que se dispuso el traslado de la capital a San José. No se dejaba de trabajar, mientras tanto, en Guatemala y los restantes países en la emisión de una Constitución Federal que regiría a las cinco provincias. Esta Constitución se dictó por fin el 21 de enero de 1825. Se advierte que los hombres de Derecho laboraron con empeño en delinear las instituciones que habrían de gobernar las colonias ya liberadas, mas, las luchas ideológicas se agitaban desde la preindependencia con características profundamente españolas, en sus divergencias de conservadores y liberales, o sean monárquicos y republicanos que exacerbaron a las gentes hasta llegar a peleas entre verdaderos hermanos.

Costa Rica era la provincia más desvalida e incomunicada de Centro América. Su vida tranquila se pasaba en la meseta central de sus altas montañas. Carente de recursos económicos y naturales, no fue teatro de hazañas de conquistas de quienes buscaban el vellocinio de oro. El discurrir de la existencia era apacible, en comunión con la tierra y el modesto convento franciscano donde enseñaban la doctrina cristiana. Por ello es aceptable el criterio de que el pacífico costarricense se representa muy acertadamente por su primer Jefe de Estado, el maestro de la escuela rural Juan Mora Fernández quien informaba al Congreso, en 1829 ". . .en circunstancias de que todo el cuerpo de la República Centroamericana aparece dividido, consumido y cubierto de sangre, de cenizas, de llanto y desesperación por los funestos estragos, ruinas y desolación que ha causado el fuego voraz de las pasiones, de la discordia y la guerra civil en los demás Estados, observareis con placer que el de Costa Rica presenta un cuadro, aunque pequeño y sencillo, ileso, agradable e iluminado en todo su círculo por el iris de la paz. . .". Estas discordias siguieron ensangrentando el istmo centroamericano retardando el progreso tan deseado que permanecía estancado. En 1839 el Jefe de Estado de Costa Rica, abogado Braulio Carrillo, decidió "asumir la plenitud de su soberanía y considerarse Estado Libre e Independiente". Se indicó que los deseos de intervenir en los problemas de la Federación, no traían paz y tranquilidad a Centro América, aunque no por ello Costa Rica estaría dispuesta a volver a la familia cuando se decidieran a formarla sobre las bases de beneficiar el bienestar de sus pueblos. Estos claros razonamientos fueron mantenidos y ampliados por los sucesivos Jefes de Estado y Presidentes de la República, forjándose así, la vocación histórica de paz y de la política de la neutralidad de Costa Rica, dirigida en aquellos tiempos como era lógico a las relaciones con los países hermanos de Centro América.

Costa Rica agregaba a esta su vida pacífica su anhelo de fortalecer, al través de ideas avanzadas, el sistema democrático.

Debemos hacer recuerdo de que en una oportunidad nos vimos envueltos en una guerra centroamericana, en 1856, cuando el filibustero Walker con sus hordas de bucaneros invadió Nicaragua, se nombró su Presidente y tendían sus ambiciones a reducir a la esclavitud a todo el istmo. Los humildes campesinos ticos que formaba la gran mayoría de la población se alistaron presurosos y mal avituallados, para ir a los campos de Nicaragua a arrojar al filibustero, lo cual lograron con grandes sacrificios y pérdidas de vidas que se acrecentaron con la peste del cólera que diezmó el pequeño e improvisado ejército. En el siglo que corre la vocación de neutralidad y paz no ha sufrido alteración, si acaso fugaces oscuridades de algún intento de régimen militar que no alcanzaron sino a fortalecer y vivificar nuestro sistema democrático. Por eso se afirma que la vocación de Costa Rica es la paz y nunca la guerra que proscribió totalmente el desarmarse.

Esta manera de vivir no parece haber cambiado. El filósofo español Julián Marías acaba de escribir un artículo sobre Centro América en el que dice ". . .Costa Rica, por lo visto, se contenta con ser libre. . .".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA NEUTRALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

En Derecho Internacional se entiende por Neutralidad cuando un Estado declara que no tomará parte en una guerra que sostienen otros Estados, ni tampoco intervendrá en forma alguna en las guerras civiles, internas, de otros países vecinos o no, cuyas facciones han sido reconocidas con el carácter de beligerantes, por las instituciones internacionales. Esta declaración puede afectar a otros estados que estén fuera de la contienda, por el transporte marítimo, territorial o aéreo que tanto se ha desarrollado en los tiempos presentes. Dijimos al principio que el Derecho Internacional y sus instituciones han evolucionado y presentan hoy nuevos aspectos que deben ser prolijamente estudiados. La neutralidad cuando no existía el tráfico aéreo, ni las carreteras, autopistas gigantescas que transportan con gran facilidad armamentos pesados, presentaban otro panorama. Examinando antecedentes encontramos el Derecho Marítimo de París de 1856, sobre la abolición del corso, bloqueo y contrabando de guerra. Conferencia de Paz La Haya de 1907 que marca los derechos y deberes de los neutrales en el evento de guerra marítima.

Debemos anotar igualmente la gran influencia que en los inicios del siglo XIX tuvo la Ley de Neutralidad de Washington. Todas estas actividades del Derecho enfocan y resuelven los problemas de sus respectivos momentos históricos. El Derecho además de evolucionar lleva en sí mismo la virtud de ser creador y por serlo dictó en situaciones diferentes, leyes también adecuadas a la época, que siempre recordando a Solón tendremos que repetir que las mejores leyes son aquellas que mejor se adecúan a la época. La declaración de neutralidad de Costa Rica se produce en una etapa histórica diferente, en un ambiente distinto, rodeado de circunstancias físicas y espirituales de diversos contornos científicos, como luego lo veremos.

Varios autores han sobresalido en sus estudios sobre la doctrina, ejemplarizando con hechos sucedidos, de la neutralidad. Uno de ellos es el que cito por considerar que más calza en la idea general de esta lección. Alfred Verdross, eminente austriaco, expresa: "Es neutral un Estado que no participa en una guerra dada. Por consiguiente, y a diferencia con lo que ocurre con los Estados neutralizados, sólo puede haber Estados neutrales durante una guerra, o durante una guerra civil, si la organización insurgente ha sido reconocida como beligerante". Continúa este insigne tratadista, desentrañando los elementos que constituyen la institución, en la que jurídicamente precisa establecer sus deberes y obligaciones y las formas y manera de hacerlas coactivas para que su vigencia resulte en el fin perseguido. No se trata solamente de decir simplemente, somos neutrales, sino de establecer los deberes: primero a qué Estados cubre la neutralidad y; segundo a cuáles de los países contendientes, sin que terminen aquí las implicaciones que tiene sobre las instituciones internacionales fuera del ámbito de la guerra, extracontinentales, que no por estar localizadas a largas distancias dejan de estar obligados en el cumplimiento de ciertos deberes como serían los que las Naciones Unidas les pueden imponer en relación directa con las guerras o conflictos que ocurran en los diferentes rincones del planeta. Son muchos e imprevisibles los complejos problemas que pueden surgir a lo largo de estas tragedias de la guerra cuyas consecuencias, al través del devenir histórico se ha comprobado, que a cada nueva conflagración se demuestra que afecta un mayor número de Estados, hasta el punto de que a las dos últimas grandes guerras se las denominó: Primera y Segunda guerras *mundiales.* Resumimos, siguiendo las directrices de los deberes de los neutrales que Verdross estudia y los separa en cuatro grupos, que apenas ahora enumeramos dadas las extensiones de esta lección:

1. Deberes de abstención que consisten en la prohibición absoluta de apoyar de cualquier manera a ninguno de los contendientes que estén guerreando.
2. Deberes de impedimentos. La neutralidad dentro del ámbito de su soberanía debe impedir toda acción de guerra directa o indirecta.
3. El deber de imparcialidad que consiste en dar un trato completamente igual a todos los beligerantes.
4. Deberes de tolerancia que se han de observar en favor de los contendientes por actos o intromisiones que sólo son producidos durante y a causa de las guerras.

Todos estos principios, así sintetizados son los que pueden considerarse como la *Doctrina Clásica de la Neutralidad.*

Eludiendo dogmatismos debemos reducirnos a la evolución que desde sus orígenes ha tenido la neutralidad hasta ahora que pretendemos compararla e incluirla en la conceptualidad actual. Ya aludimos a Vitoria, genio o Padre del Derecho In-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ternacional Público y sobre sus ideas se desenvuelven y evolucionan las instituciones que comprende esa ciencia. La principal obra de Vitoria "De Indis" se dice que primero quiso titularla "Derecho Natural y de Gentes" y escribió: "Las relaciones entre los Estados deben fundarse en los principios esenciales y la más completa independencia de los Estados y una igualdad formal entre ellos cualquiera que sea su extensión y población".

"El Derecho Natural es como un derecho universal uniforme, aplicable a todos los hombres, que se haya arraigado en la cualidad racional de los seres humanos; sus normas no se derivan de la voluntad de Dios o de la Revelación, sino de la razón humana y es cognoscible porque responde a las exigencias de la convivencia humana". En materia política atribuye el origen del Estado a un pacto o contrato, que concibe no como pura hipótesis sino como realmente acaecido.

Los autores al comentar los conceptos nombran neutralidad voluntaria y la perpetua, la primera es cuando en un caso concreto, el surgimiento de una guerra, un país declara su neutralidad que se sostiene mientras dura el conflicto y la segunda, la perpetua, se originó en el siglo XIX en los Tratados de Neutralidad de Bélgica de 1893, en que ésta manifestó su soberana voluntad de observar y mantener la neutralidad a perpetuidad teniendo como antecedente el ya clásico caso de Suiza desde el Congreso de Viena de 1815. Algunos observan que en Westfalia se había reconocido la Federación Suiza. El dato relevante es el de que Suiza se armó desde el principio y su neutralidad hasta hoy no ha sido violada sino más bien estrictamente respetada. El concepto de perpetuidad vuelve en este siglo al recobrar Austria su absoluta independencia después de haber sido invadida en la Segunda Guerra Mundial y al presentar solicitud de ingreso a las Naciones Unidas expresa su voluntad de mantener una neutralidad perpetua. La gran importancia es la de que fue opinión de autores y tratadistas que el artículo 49 de la Carta es incompatible con la abstención de tomar parte en actos de guerra si son ordenados por Naciones Unidas.

Fue admitido el nuevo Estado miembro Austria con la acotación de que se trata de un Estado independiente que declaraba su neutralidad perpetua. No se hace, pues, objeción e implícitamente se abre la puerta para que el Estado que así lo desee pueda tener una neutralidad perpetua. Esta misma objeción se levantó en mi país y en algunas otras naciones del Continente Americano sugiriendo esas dudas, cuando se proclamó la neutralidad perpetua, ya que, además de pertenecer a las Naciones Unidas como Estado fundador también la era de la Organización de Estados Americanos que proviene de los destellos del genio bolivariano cuando propuso la unión de los pueblos americanos libertados de la corona española. Esta comunidad americana suscribió el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, conocido como el TIAR que en su artículo medular dispone:

"ARTICULO 3.—Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar frente al ataque, en ejercicio inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas". Estos dos ligamentos internacionales con las Naciones Unidas y con la OEA, no dañan la aptitud para que un Estado en la plenitud de la soberanía declare su neutralidad perpetua sino más bien garantiza, así lo creyó Costa Rica, que estas disposiciones sustituyen la necesidad de estar armados para defenderse de la agresión ilegítima que queda a cargo de las Naciones Unidas y de la OEA y que tienen propias atribuciones y recursos bélicos para rechazar la agresión. Al entrar a analizar nuestros propios hechos sociales, históricos y jurídicos creo preciso acentuar cuáles fueron las razones de por qué Costa Rica prescindió del ejército, que para todas las naciones tiene varias atribuciones: mantener el orden constituido, las instituciones del Estado y defender su soberanía contra cualquier agresión externa justa o injusta, lícita o ilícita. Costa Rica es un país de muy reducida área territorial, poco más de cincuenta mil kilómetros cuadrados y carente de riquezas naturales. Todo su esfuerzo se ha tenido que dirigir a educar sus gentes con empeño y al cultivo de la tierra. No tiene los superávit presupuestarios para emplearlos en un ejército que además de ser muy costoso resulta fácil, al inclinarse hacia el disfrute del poder, convertirse en vernáculas dictaduras que mucho daño han hecho en nuestros pueblos. No existiendo en Costa Rica tradición castrense era factible convencer a los súbditos que eran preferibles las escuelas a los cuarteles y uniéndose en ese pensamiento no tuvo dificultades, la población en aceptar la proscripción total del ejército y poder dedicar nuestros presupuestos a otros menesteres primarios como la educación,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la cultura, la salud y varios más. Vino la segunda parte, de preguntarse ¿qué sucedería si fuésemos atacados o, nos ponía el destino frente a una guerra, aunque no fuera por nosotros buscada? Se contestó sin reticencias y con fe: nos defenderán el Derecho Internacional y los tratados vigentes. En ese año de la supresión del ejército 1949, ya estaban firmados la Carta de las Naciones Unidas y el TIAR. ¿Qué más podríamos pretender? En ambas instituciones, como miembros al igual que nosotros, están los grandes y verdaderos ejércitos hegemónicos que sí tienen –para desgracia del porvenir de la humanidad– poderosas armas atómicas para destruirse a sí mismos y para arrasar el planeta y volver, como lo predijo Einstein, a las cavernas.

Se ha reafirmado ahora: nos defiende el Derecho Internacional y los Tratados. Es todo.

Expuestas razones y motivos entramos al punto concreto de Costa Rica que la incitaron a su declaración de neutralidad permanente, activa y no armada, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional, reiterando que mi objetivo es difundir lo que se ha hecho en Costa Rica y dejar al valioso juicio de los hombres de leyes y de paz si se trata de un concepto jurídico, que de serlo, sería obligante para la comunidad internacional al reconocerle su juridicidad. La decisión es de ustedes jóvenes internacionalistas de América, presentes en esta aula, cuyos criterios serán estudiados y dispersados en sus países conforme al sentir que se defina en sus modos de análisis y de pensamiento.

Costa Rica es un Estado cuyo territorio es reducido y sus recursos económicos muy escasos. Fue parte, desde que se ha podido identificar su identidad histórica desde la precolonia, del istmo que une la masa continental del Norte, hoy América del Norte y la masa del Sur, o sea la América del Sur. Al iniciarse la Conquista por el descubridor español, se consideró la región como una unidad, que no alcanzó el virreinato sino a una Capitanía General que se estableció en Guatemala y comprendía las cinco provincias de Norte a Sur, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica; por ese rumbo del Sur colindaba con Colombia.

Como he relatado antes, se pretendió, al proclamarse la independencia, formar un solo país: Centro América, lo cual no se logró y fue Costa Rica, lo repito, por lo importante que es este detalle, la que se opuso, separándose de la unión arguyendo que las diferencias entre liberales y conservadores de los países hermanos eran tan hondas que por aquellos momentos no serían impulso para el progreso, sino más bien retardaciones que se acrecentarían, Nicaragua linda en toda su extensión del Sur con Costa Rica y la frontera la forman ríos, caminos, montañas, o sea que la fuerza de comunicación por deficiente que fuera en sus principios, siempre tuvo gran intensidad y mucha relación entre los pobladores que residen en las cercanías de la frontera.

En Nicaragua estalló una guerra civil que obligó a Costa Rica a resguardar su larga colindancia con las consiguientes dificultades de carecer de un numeroso ejército para tenderlo de mar a mar, entre ríos y selvas, en todo lo largo de su lindero. Reforzó sus guarniciones rurales en los puestos fronterizos trasladando la Guardia Civil de las provincias que hacen servicio de policía, lo que no resultaba suficiente, porque de acuerdo con la geografía es la frontera con Nicaragua el lugar más fácil de entrar o salir de esa nación, pues está muy poblado por gentes nicaragüenses que conocen todas las veredas y "picadas" de los bosques, los ocultos desembarcaderos de los numerosos afluentes que caen al río que es el límite, el San Juan y en las riberas están las fincas ganaderas, muchas de ellas con partes en ambos países con peonadas ticas y nicas. Hay una constante interrelación humana y comercial y viene a convertirse en un hecho inevitable el que al producirse los combates, con mayor agravamiento, en el estilo de guerrillas, en el que los peleadores se atacan y se retiran, dispersándose después de las batallas, quedando los lugares de acción cubiertos de muertos y heridos, otros fugitivos o extraviados que en su lógico afán de salvación se dirigen hacia la frontera, que al poder pasarla, encuentran seguridad. Además, familias enteras cuyas aldeas o han sido atacadas o temen serlas, por unos u otros combatientes, según sus tácticas, huyen en grupos hacia Costa Rica en pos de protección. Se forman grandes e interminables filas y acompañados de mujeres con niños en brazos, desnutridos y enfermos, ancianos arrastrando sus años y lo que pueden cargando, los animales domésticos y muebles. Todo el dolor y el horror de la guerra. Estos campesinos o llegan a los puestos fronterizos y solicitan refugio de parte de las autoridades o las pasan subrepticiamente, con suma habilidad y conocimiento, por secretos embarcaderos, en el río o veredas invisibles, de noche o de día de las tropicales selvas que transitan normalmente con su percepción de buenos baquianos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Por razones de humanidad a los heridos, sin inquirir a cuál fracción pertenecen, se les lleva al hospital y si están muy graves se les traslada a la capital del país, para ser atendidos por los mejores médicos de Costa Rica.

Las Naciones Unidas colaboran eficazmente construyendo y dirigiendo campos de refugiados que aumentan día a día. Los combatientes son aislados para impedirles volver a la batalla. Mientras tanto el gobierno de Nicaragua protesta hasta la amenaza de guerra, por suponer que los ataques de los guerrilleros en esta zona se organizan en Costa Rica y para vigorizar sus recriminaciones hacen constantes tiroteos sobre las vecindades de los pueblos costarricenses de la frontera, que producen incomodidades y protestas del pueblo que no acepta esas agresiones de gran peligro para desatar la violencia.

Países de la América han formado un grupo que se llama Contadora que trata de buscar arreglos en la región y han hecho esfuerzos para formar comisiones mixtas que se ocupan de resolver tantas quejas que empañan los deseos de paz.

Fronteras tan extensas en países pobres son muy difíciles, por no decir imposibles de garantizar el escape por los vericuetos de las colindancias. Nicaragua tiene un ejército muy numeroso y bien armado y todos esos miles de hombres no resguardan su frontera con Costa Rica de modo eficaz y absoluto, menos lo puede hacer Costa Rica, sin ejército y sin dinero para tan grande empresa. Es por otro lado humano, como postreras razones, el que Costa Rica admita a los heridos, los fugitivos, los niños que cruzan la raya en la esperanza de restañar heridas, de encontrar pan, cobijo y calor de hogar. Existe el Derecho Humanitario que tanta influencia tiene en los conflictos armados.

Muy someramente así descrita es la posición territorial de Costa Rica. Su geografía la ha puesto en el ojo del huracán. En lo político, ya hemos dicho que Costa Rica, desde sus orígenes no quiere participar en los problemas bélicos de Centro América; no tiene pretensiones de conquista territorial con ninguno de sus pueblos hermanos y desea con todo su espíritu pacifista vivir en paz con sus vecinos, sobre todo si son sus hermanos. En nuestra patria residen cientos de miles de nicaragüenses vinculados en todos los sectores sociales, sin que reciban otro trato que el fraternal.

La tensión que ocasiona un conflicto armado es inevitable, al presentarse reacciones sobre ideas distintas produciéndose la violencia que llega hasta términos de odio, de muerte y de guerra.

Finalizo esta exposición, que reitero no toma partido; se reduce a divulgar la actitud costarricense, tanto de los motivos como de la Proclamación de la Neutralidad Perpetua, para que los internacionalistas y las gentes todas preocupadas por estas tragedias, en base del estudio de razones y antecedentes en el Derecho Internacional, consideren si la Declaratoria es jurídica y cabe dentro de los mandatos de la juridicidad que en caso de reafirmarse ese carácter, quedarían todos los pueblos que constituyen la comunidad internacional obligados a cumplir las obligaciones que esa prescripción impone. Las naciones a las que afecta directamente la Neutralidad, en razón de ser actores en las contiendas, acatando sus obligaciones, los que están fuera del ámbito donde se desarrollan los hechos felices, deben respetarla y reconocerla como un hecho jurídico internacional.

Son, pues, ustedes quienes acrecentarán con su estudio y pensamiento el Derecho Internacional actual, evolucionado, que produzca los frutos para los que fue creado.

El Presidente de Costa Rica don Luis Alberto Monge, tomó la decisión, cuya explicación, que es la motivación teórica o doctrinaria, de la neutralidad en los términos siguientes:

PROCLAMA PRESIDENCIAL SOBRE LA NEUTRALIDAD PERPETUA, ACTIVA Y NO ARMADA DE COSTA RICA

Compatriotas:

El día que ustedes me eligieron Presidente de la República dije que, por encima de la responsabilidad de rescatar al país del colapso económico entonces inminente, mi deber superior con el pueblo era de índole espiritual: defender, preservar y enriquecer el legado histórico que son los grandes valores de nuestra patria: la justicia, la libertad, la democracia y la paz.

El espectro de la guerra

La paz de Costa Rica está en peligro porque el istmo centroamericano está en pie de guerra. Ustedes son testigos de mis desvelos, de mis esfuerzos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

constantes, de mi supremo empeño por mantenernos alejados de los conflictos bélicos que desdichadamente desangran a pueblos hermanos, cuyas heroicas luchas por la liberación social, económica y política, han sido interceptadas por fuerzas extrañas al legítimo interés de los centroamericanos. Costa Rica, afianzada en la poderosa idea de la democracia, ha tomado iniciativas y participa activamente en acciones tendientes a reconciliar a los pueblos centroamericanos, tras un lustro de insensatos conflictos armados que han dejado un saldo de cien mil muertos y un millón de desplazados. En contra del deseo del pueblo costarricense, los preparativos para la guerra siguen adelante en territorios vecinos. Las inversiones millonarias en armamentos continúan. Los ejércitos crecen con la conscripción de millares y millares de jóvenes. La tensión aumenta día con día, mientras vivimos una escalada de temor. La paz se escapa de las manos de los centroamericanos. El espectro de la guerra es cada día más real.

Una política de paz

Costa Rica está contra la guerra. Los costarricenses estamos contra la violencia como medio de superar las discrepancias políticas. Los antiguos creían que la guerra era la racionalidad última de la política, pero los costarricenses creemos que la guerra es la última irracionalidad, el fracaso de toda política. La experiencia contemporánea de Centroamérica nos reafirma en esta convicción. Una política de paz es el imperativo ineludible de la hora actual. Toda política exterior y toda política de seguridad tienen que estar al servicio de esta idea. Una política de paz es la verdadera y única política de nuestra época.

Una potencia espiritual

Costa Rica lucha por la paz y combate la guerra, porque vive cotidianamente los ideales de la civilización occidental. Somos una comunidad política que se sustenta en fuerzas espirituales y en aquella fuerza moral que surge de la voluntad y de la esperanza de los seres humanos. Vivimos en paz porque tenemos confianza en las mejores condiciones del hombre para la construcción paciente y perenne de una sociedad que garantice a todos una existencia libre, que nos acerque a la felicidad; Costa Rica no es potencia económica, ni puede serlo; Costa Rica no es potencia política, ni puede serlo. Costa Rica no es potencia militar, ni quiere serlo. Costa Rica es potencia espiritual, porque el pueblo practica una fe viva en la fuerza del sentido común, en la fuerza de la voluntad y en la fuerza de la moral.

No puede una nación escalar nuevas etapas en su ascenso civilizador, sin el genio de quienes nos precedieron en la construcción de la patria. Nuestra paz no es producto del azar sino fruto del trabajo de un pueblo prudente, conducido por sabios gobernantes en la ruta de un proyecto nacional de vocación pacífica. Como la libertad, la paz no es un estado original ni permanente: tenemos que hacerla y volver a hacerla cada día.

Orígenes de nuestra neutralidad

El maestro rural que jefeó el Estado en los albores de nuestra independencia, Juan Mora Fernández, decía al Congreso en 1829:

"...en circunstancias de que todo el cuerpo de la República Centroamericana aparece dividido, consumido y cubierto de sangre, de cenizas, de llanto y desesperación por los funestos estragos, ruinas y desolación que ha causado el fuego voraz de las pasiones, de la discordia y de la guerra civil en los demás Estados, observaréis con placer que el de Costa Rica presenta un cuadro, aunque pequeño y sencillo, ileso y agradable e iluminado en todo su círculo por el iris de la paz: porque su horizonte político, mediante el celo del Gobierno, apoyado en las virtudes, moralidad y buen juicio de los costarricenses, se ha mantenido libre y despejado de los terribles nublados, tormentas y borrascas en que naufragan desgraciadamente aquellos, sin dejar de aplicar a su salvación y socorro toda la solicitud, conatos y esfuerzos que el recíproco y fraternal interés podía demandar justamente de nuestra posición y pequeñez en tan doloroso conflicto".

La vocación de neutralidad

Tres décadas después otro maestro elegido a la Presidencia de la República, Jesús Jiménez, informaba al Congreso: "Por desgracia, otras naciones de Centroamérica se ven empeñadas en una lucha que el Gobierno de Costa Rica no ha podido evitar procurando un arreglo pacífico... Costa Rica conservará su neutralidad, pero siempre dispuesta a emplear su influjo en favor de la paz centroamericana". Un año más tarde, en 1864, expresaba: "El carácter de neutralidad que este Gobierno adoptó en tal contienda, no le hacía indiferente por el éxito que ella tuviera, y en cuanto le era dable procuraba mitigar la suerte de los que por efecto de la guerra eligieron a Costa Rica por asilo".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El carácter de nuestro pueblo

Hace un siglo, un joven abogado que desempeñó la Presidencia de la República en circunstancias aciagas, Bernardo Soto, dijo: "El Gobierno que he presidido, para quien las lecciones de la historia no son letra muerta, ha juzgado que el mayor peligro para la paz y la concordia de los pueblos, está en la tendencia, por desgracia no raras veces manifiesta en América, de inmiscuirse los unos en los asuntos de los otros; y consecuente con esa creencia, se ha abstenido siempre de mezclarse en lo que no atañe a sus propios intereses, salvo el caso de concurrir como mediador para restablecer la armonía, cuando no ha considerado que serían perdidos sus esfuerzos para ello. No procede esta conducta de inspiraciones egoístas, porque no merece tal nombre el respeto a los Gobiernos y a las instituciones de los otros países. Procede del carácter del pueblo costarricense, enemigo de complicaciones y poco dado a aventuras; procede del espíritu que he querido imprimir al Gobierno, preocupándome en gran manera por realizar el bien dentro de la esfera señalada a mi acción y poco, muy poco, por alcanzar influencias y preponderancias afuera; y procede, por último, del convencimiento que he adquirido de quien se mezcla en los negocios de sus vecinos abre para su país una fuente inagotable de dificultades y de desastres".

La disolución del ejército

Un agricultor que organizó al pueblo para restaurar la institucionalidad democrática, José Figueres, escribió hace casi cuatro décadas una página gloriosa en el avance incesante del hombre por el augusto sendero de la civilización. En un acto sin parangón en la historia, el general victorioso desbandaba su ejército, elevando esta hermosa plegaria: "Somos sostenedores definidos del ideal de un mundo en América. A esa patria de Washington, Lincoln, Bolívar y Martí, queremos hoy decirle: ¡Oh América! Otros pueblos, hijos tuyos también, te ofrendan sus grandezas. La pequeña Costa Rica desea ofrecerte siempre como ahora, junto con su corazón, su amor a la civilidad, a la democracia, a la vida institucional". Poco después, la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, de la que tuve el inmenso honor de formar parte por la voluntad popular, incorporó a la Carta Magna la disolución del ejército como institución permanente.

¡Somos la única nación que se ha desarmado voluntaria y unilateralmente!

El proyecto nacional que nos une

Estas cuatro estaciones representativas en el tránsito de Costa Rica hacia una convivencia pacífica, justa, libre y democrática, constituyen un aporte concreto y significativo a la forja del destino de la humanidad, surgido de un pequeño pueblo enclavado en el trópico que ha hecho de la tolerancia su norma de vida, que no admite la indiferencia moral, que practica la libertad de pensamiento. Cada uno con su matiz personal y en las circunstancias que delimitaban su acción, Juan Mora Fernández, Jesús Jiménez, Bernardo Soto y José Figueres, adelantaban nuevos tramos del proyecto nacional que nos une a todos los costarricenses a través del tiempo, por encima de las fronteras partidistas, en el fundamento de nuestra muy peculiar forma de ser.

El orgullo de vivir en paz

Costa Rica sabe que los seres humanos se acercan cada vez más a la disyuntiva de unirse pacíficamente en torno a un verdadero derecho de los pueblos, o destruir toda la civilización construida en milenios, destruyéndose ellos mismos en la hecatombe. El anhelo político del pueblo costarricense es contribuir prácticamente en la conquista de la paz para el hombre. En su lucha por la paz, este pueblo encuentra el orgullo de vivir. La insania guerrerista, el armamentismo desaforado y la violencia generalizada no nos desalientan: en la búsqueda del ideal sabemos sacar esperanza de la desesperanza, porque la fuerza del sentido común, de la voluntad y de la moral, desata la energía espiritual del hombre. Marchamos con fe en el porvenir y con sobrio realismo.

La paz es desarrollo integral

La vocación de paz tan arraigada en el alma nacional, se ensanchó inconmesurablemente con la práctica del desarme. Ya en 1922, uno de los arquitectos de nuestra nacionalidad, Ricardo Jiménez dijo: "La escuela matará al militarismo, o el militarismo matará a la república". La escuela ha triunfado, el militarismo ha muerto y la república se ha robustecido. Los costarricenses hemos gustado los beneficios de encauzar los presupuestos militares hacia la educación, la cultura, la salud y el bienestar social; hacia la paz como desarrollo integral del hombre. Otros pueblos corren el riesgo de tener ejército; nosotros preferimos correr el riesgo de no tener ejército. Interpreto cálidamente al pueblo cuando afirmo: ¡No tenemos ejército y no tendremos ejército!

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El desarrollo de la neutralidad

Me corresponde ahora la grave responsabilidad histórica de cumplir con la voluntad del pueblo al transformar a Costa Rica en Estado perpetuamente neutral. Cuando buscaba el voto de los ciudadanos para ascender a la Presidencia de la República, di a conocer mi propósito de declararnos neutrales a perpetuidad ante todos los conflictos bélicos. El primero de mayo de 1983 anuncié a la Asamblea Legislativa que, como culminación de un edificante itinerario que afirma y confirma nuestra vocación de paz, me había impuesto la obligación de redactar los principios morales y jurídicos que fundamentan nuestra neutralidad perpetua, activa y no armada. Al celebrar los 162 años de independencia de la nación, declaré que Costa Rica observará neutralidad en todos los conflictos bélicos que afecten a terceros Estados. Hoy comunico al pueblo y a todas las naciones, los derechos y los deberes que observaremos como Estado neutral a perpetuidad.

Los deberes de la neutralidad

Fiel a su secular vocación de paz, Costa Rica asume soberanamente ante la comunidad de naciones los deberes inherentes a su nueva condición de Estado perpetuamente neutral. Nos comprometemos a no iniciar ninguna guerra; a no hacer uso de la fuerza, incluyendo cualquier amenaza o represalia militar; a no participar en una guerra entre terceros Estados; a defender efectivamente nuestra neutralidad e independencia con todos los recursos materiales, jurídicos, políticos y morales posibles; y a practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarnos real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Mas aún, nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados.

Fortalecer la confianza en la neutralidad

Nos comprometemos, igualmente, a todos los esfuerzos posibles para impedir que el territorio nacional, incluyendo el espacio aéreo y las aguas jurisdiccionales, sea utilizado como base de operaciones por las partes comprometidas en una guerra; a abstenernos de toda hostilidad y de todo apoyo a las partes en conflicto; a no dejar pasar el transporte de tropas, municiones o columnas de abastecimiento por nuestro territorio; a no tolerar el mantenimiento o establecimiento de instalaciones inalámbricas no públicas destinadas a la comunicación con los beligerantes; a impedir la formación de cuerpos combatientes y la apertura de oficinas de leva y reclutamiento en beneficio de los beligerantes; a desarmar y a internar lejos del teatro de la guerra, a los combatientes que se pasen al territorio nacional; a seguir una política de absoluta equidad a fin de fortalecer la confianza de los beligerantes en el mantenimiento de nuestra neutralidad.

Los derechos de la neutralidad

Leal a su histórica vocación de responsabilidad y de solidaridad, Costa Rica asume independientemente ante la comunidad internacional los derechos correspondientes a su nueva condición de Estado neutral a perpetuidad. Nos comprometemos a ejercer el derecho fundamental del Estado a elegir nuestro sistema político, económico, social y cultural; a rechazar cualquier intento de violentar ese derecho fundamental de nuestro pueblo; a defender con voluntad inquebrantable nuestra paz, nuestra libertad y nuestra democracia; a desarrollar una política de relaciones pluralistas en el campo internacional; a participar y cumplir con los compromisos contraídos en la Organización de las Naciones Unidas, en la Organización de los Estados Americanos y en aquellos organismos internacionales cuyos objetivos de paz, amistad y cooperación sean compatibles con nuestra neutralidad perpetua, a respetar la libertad de prensa y a suministrar a los ciudadanos una información adecuada sobre la situación internacional y sus implicaciones para nuestra nación.

No restableceremos el ejército

Convencidos de las ventajas de no tener fuerzas armadas desde hace 35 años y de las bondades de la norma constitucional de 1949 que proscribe el ejército como institución permanente, nos comprometemos a luchar en todos los foros contra la carrera armamentista y contra la solución militar de los conflictos políticos; a mantener la decisión de no restablecer el ejército y de mejorar los cuerpos de policía civil; a continuar fincando nuestra defensa externa en la voluntad de nuestro pueblo y en los mecanismos de derecho internacional que hacen realidad el principio de la seguridad colectiva.

Mediación, conciliación y humanitarismo

Devotos de la justicia, la libertad, la democracia y la paz, nos comprometemos a luchar permanentemente en el ámbito de las ideas y de la políti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ca por la prevalencia del sistema democrático de Occidente; por el respeto a la dignidad de la persona y de los derechos humanos, especialmente la plena vigencia de la libertad de culto, la libertad de expresión y la libertad política; por el desarrollo de instituciones democráticas fundadas en la libertad de sufragio; por lograr un régimen económico y social justo en las relaciones entre los Estados.

Firmes sostenedores de la solidaridad y la amistad entre los pueblos, nos comprometemos a servir con honestidad –cuando así nos sea solicitado– la causa de la mediación y la conciliación, y a realizar toda gestión y obra humanitaria que nos sea posible, en los casos de conflicto, inclusive los de carácter bélico.

Estos son los deberes y derechos que asumimos serena y solemnemente ante la comunidad de las naciones.

La neutralidad perpetua, activa y no armada

Compatriotas:

Porque amamos la libertad, somos neutrales a perpetuidad en todo conflicto bélico.

Porque amamos la justicia, no participamos armados en ninguna guerra.

Porque creemos en la solidaridad con todos los pueblos de la tierra en su lucha por la libertad y la justicia, cuando se presente el flagelo de la guerra entre las naciones o en el interior de ellas mismas, ofrecemos nuestras acciones mediadoras, pacificadoras y humanitarias.

Porque amamos la paz, proclamo hoy la Neutralidad perpetua, activa y no armada de Costa Rica, en los términos siguientes:

Considerando:

1. Que tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, tienen como objetivos fundamentales afianzar la paz y la seguridad internacionales, prevenir las posibles causas de conflictos entre las naciones y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados;

2. Que la Carta de las Naciones Unidas establece la obligación para los Estados Miembros de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial, la soberanía o la independencia política de cualquier Estado;

3. Que la Carta de la Organización de los Estados Americanos reafirma esas obligaciones, así como el deber que tienen los Estados de no intervenir en los asuntos internos o externos de otro Estado;

4. Que la Carta de las Naciones Unidas prevé la existencia de convenciones y organismos regionales destinados a cooperar al mantenimiento de la paz y seguridad internacional, y reconoce el derecho a la legítima defensa, individual o colectiva, contra la agresión de un Estado o grupo de Estados en perjuicio de la integridad del territorio, o de la soberanía o de la independencia política de un Estado;

5. Que en desarrollo de estas normas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos conformó el principio de la solidaridad continental contra la agresión, cuyos alcances y aplicación norma el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca;

6. Que las medidas que tome el órgano competente del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca contra un Estado agresor, son obligatorias para todos los Estados partes, con la sola excepción de que ningún Estado está obligado a emplear la fuerza armada para rechazar la agresión a un tercer Estado;

7. Que Costa Rica elevó a rango constitucional la supresión del ejército como institución permanente desde el año de 1949, y procedió desde entonces a desarmarse unilateralmente;

8. Que desde que suprimió sus Fuerzas Armadas, Costa Rica ha confiado su seguridad externa a las normas y mecanismos del Derecho Internacional, especialmente a las estipuladas en la Carta de las Naciones Unidas, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, todas las cuales son compatibles con su desmilitarización y desarme unilaterales.

Por tanto:

(A) PROCLAMO, como representante de la nación, la NEUTRALIDAD DE COSTA RICA frente a los conflictos bélicos que puedan afectar a otros Estados, conforme a las siguientes características:

I. La Neutralidad de Costa Rica será PERPETUA y no transitoria. Se practicará frente a todos los conflictos bélicos que afecten a otros Estados;

II. La Neutralidad de Costa Rica será ACTIVA. No significa imparcialidad en el campo ideológico o político. En consecuencia, Costa Rica reafirma su fe en la concepción política y social que ha

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

compartido y comparte con las democracias occidentales. Esta neutralidad activa es plenamente compatible con los derechos de Costa Rica como miembro de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos y del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en todo lo que se refiere a la preservación de la paz y la seguridad internacionales, así como en relación con las actividades que tiendan a la solución pacífica de las controversias, a lograr un orden económico y social más justo, y a la promoción y respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

III. La Neutralidad de Costa Rica será NO ARMADA. Su seguridad externa continuará fundada en la libre voluntad de su pueblo, en las normas del Derecho Internacional y en los sistemas de seguridad colectiva de que es parte, ninguno de los cuales exige el mantenimiento de ejército como institución permanente, ni el empleo de la fuerza armada por parte de Costa Rica en la solución de los conflictos bélicos que enfrenten otros Estados.

(B) DECLARO que el Gobierno de la República de Costa Rica está dispuesto a cumplir y a hacer cumplir los deberes que implica esta Proclama de la Neutralidad Permanente, Activa y No Armada, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional; y

(C) DISPONGO, con fundamento en el artículo 139, inciso 2) de la Constitución Política de Costa Rica, que esta Proclama sea comunicada a todos los Estados con los cuales la República mantiene relaciones diplomáticas.

Dada en San José, República de Costa Rica, a los diecisiete días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACION FUNDADAS EN LA RELIGION O LAS CONVICCIONES.(*) MEDIDAS QUE PODRIAN ADOPTARSE PARA SU EFICAZ APLICACION.

LICDA. ELIZABETH ODIO B.

CONTENIDO

Pág.

PRIMERA PARTE
Preámbulo
I. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 34
A. Normas de Derecho Internacional 34
B. Breves consideraciones sobre la situación actual 34

II. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones 35
A. Algunos antecedentes y consideraciones previas 35
B. Alcances de la Declaración 36

SEGUNDA PARTE
Medidas que podrían adoptarse para eliminar y para prevenir y combatir la intolerancia y la discriminación fundadas en la religión o las convicciones 37
I. Nota introductoria 37

II. Medidas formales-estructurales 38
A. Derecho Internacional 38
1. La elaboración de un proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones 38
2. Acciones de los órganos de Naciones Unidas para proteger los derechos y libertades contenidos en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones 39
— La Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías 42
— La Comisión de Derechos Humanos 42
— La presentación de informes 43
B. Los ordenamientos jurídicos nacionales 44

III. Medidas sustanciales-materiales 45
A. Acciones en el ámbito internacional 45
1. Actividades de los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas 45
2. Actividades de las Organizaciones No Gubernamentales 46
B. Acciones en el ámbito nacional 46

BIBLIOGRAFIA 48

(*) Resolución 36/55, 25 de noviembre, 1981.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PREAMBULO

I. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGION

A. Normas de Derecho Internacional

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que:

> "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión".

y agrega que

> "Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

A su vez, el artículo 18 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos detalla estos principios en la forma siguiente:

- Toda persona tendrá derecho a la libertad de Pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluirá la libertad para tener o adoptar una religión o creencia de su elección, o libertad, ya sea individual o colectivamente, y en público o en privado, para manifestar su religión o creencia, el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.
- Nadie quedará sujeto a coerción que impidiera su libertad a tener o adoptar una religión o creencia de su elección.
- La libertad para manifestar la religión o creencias propias puede estar sujeta sólo a aquellas limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moralidad pública, o los derechos y libertades fundamentales de otros.
- Los Estados Partes del presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y cuando sea aplicable, de los tutores legales, para asegurar la educación religiosa y moral de sus niños, de acuerdo con sus propias convicciones.

El reconocimiento de la comunidad internacional a la libertad del ser humano para escoger o no una religión y vivir conforme a los dictados de su fe y de su conciencia, alcanza un momento de particular importancia al adoptar la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. (Resolución 36/55 de Asamblea General de 25 de noviembre de 1981).

La Declaración representa de igual modo, el reconocimiento explícito de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas acerca de la dignidad e igualdad propias de todos los seres humanos, y al propio tiempo, significa un compromiso de lucha contra todas las formas de intolerancia y discriminación que tengan su origen en este esencial derecho del hombre.

B. Breves consideraciones sobre la situación actual.

El derecho del ser humano a la libertad de elegir y practicar una religión ha sufrido un lento desarrollo histórico, desarrollo que, por lo demás, ofrece características disímiles en las diferentes culturas y épocas en las que suele dividirse la historia del hombre.

En lo que a la historia de occidente concierne, un rápido y superficial análisis nos recuerda que en la antigüedad clásica —Grecia y Roma—, no se distinguió entre religión y vida política. "En la polis griega, por ejemplo, la religión era parte de la vida del Estado y los griegos tenían la religión que les correspondía como ciudadanos de su respectiva ciudad-estado. . .".[1] Credo religioso y condición política se confunden.

En la Roma de las primeras épocas aparecen también íntimamente vinculados el orden político y el orden religioso. Empero, a partir del deterioro de las instituciones jurídico-políticas durante el Imperio, se produce un cambio muy importante. "La aparición del cristianismo contribuyó decisivamente a la formación de una distinta actitud de los individuos frente al problema religioso. El cristianismo fomentó la idea de la igualdad de los hombres frente a Dios y marcó el principio de un distanciamiento de la fidelidad total y absoluta al Estado. Una acción proselitista, hasta entonces desconocida, irrumpió en la historia. Surgieron las

1. Cfr. PACHECO, Francisco Antonio. *"Derecho a la libertad de conciencia y de fe religiosa"*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1979, pág. 128.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

posibilidades de conflicto entre la vida religiosa y la vida política y de allí, la necesidad de que el Estado reconociera al individuo libertad religiosa".[2]

Posteriormente se confundirá de nuevo el poder temporal con el poder religioso. Al convertirse el cristianismo en religión oficial, la libertad religiosa sufrió en los siglos siguientes toda suerte de atropellos e intransigencias.

Los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII son quienes configuran los derechos del hombre como una ideología que evolucionará con sucesivos aportes hasta su actual desarrollo en el Derecho Internacional y en los derechos internos de las naciones.

Con todo, la situación actual está lejos aun de haber perfeccionado la vigencia efectiva de los principios de libertad de pensamiento, conciencia y religión.

La cotidiana información que nos suministran los medios de comunicación colectiva permite afirmar, sin temor a equivocación, que todavía en algunas partes del mundo se sigue obstaculizando la libertad de practicar y enseñar la religión que se profesa.

Los estados "teocráticos" no son comunes en la actualidad y sin embargo hechos que están ocurriendo en nuestro mundo actual nos advierten sobre problemas que impiden, en ciertas regiones, el ejercicio de la libertad en materia religiosa o de convicciones. En algunos lugares se intenta imponer al individuo una religión determinada; en otros, se le impide vivir conforme a sus propias convicciones, religiosas o no religiosas.

Esta inocultable y preocupante realidad, torna imperiosa la necesidad de que los Estados que forman la comunidad internacional organizada en las Naciones Unidas, adopten medidas concretas que permitan a los seres humanos el real y efectivo disfrute de su libertad de pensamiento y convicciones.

Sugerir algunas de esas posibles medidas que podrían adoptarse para eliminar y para prevenir y combatir la intolerancia y la discriminación fundadas en la religión o las convicciones y con ello facilitar la vigencia de los principios que informan la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones", constituye el propósito esencial de este trabajo.

Empero, de previo a abocarnos al estudio de tales posibles medidas, estimo oportuno analizar algunos aspectos de la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones", a fin de obtener elementos de juicio importantes sobre la naturaleza y alcance de tales medidas.

II. LA DECLARACION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACION FUNDADAS EN LA RELIGION O LAS CONVICCIONES

A. Algunos antecedentes y consideraciones previas.

En 1956 la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, inició un estudio de la discriminación en el caso de los derechos y prácticas religiosas. Designó a uno de sus miembros, señor Arcot Krishnaswami, como relator especial para llevar a cabo el estudio.

El brillante informe del señor Krishnaswami, concluido en 1959, describe el camino seguido por el desarrollo del concepto del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, analiza los principios de tolerancia inherentes a casi todas las disciplinas religiosas del mundo y señala la gradual evolución del concepto en la legislación nacional y su reconocimiento final por la comunidad internacional. El estudio define la naturaleza del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, describe sus elementos esenciales y discute la condición de las religiones en relación con el Estado.[3]

El estudio incluyó un resumen de las tendencias observadas y conclusiones a que llegó el

2. Ibídem, pág. 130.

3. KRISHNASWAMI, Arcot, *"Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de práctica religiosa"*, Naciones Unidas, 1960. (E/CN. 4/ Sub. 2/200/Rev. 1).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Relator Especial, lo mismo que una serie de recomendaciones para la acción en esta materia.[4]

Tomando como base el informe, la Subcomisión preparó un proyecto de principios relativos a la discriminación en materia de pensamiento, conciencia y religión que fueron transmitidos a la Comisión de Derechos Humanos.

En 1962 cuando la Comisión estaba considerando los principios que le había remitido la Subcomisión, la Asamblea General pidió a la Comisión que formulara un proyecto de declaración y otro de convención sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa y que le presentara esos proyectos para su consideración y aprobación.

Casi veinte años de debates intensos y exhaustivos sobre todos los aspectos del problema tuvieron lugar para que finalmente la Asamblea General adoptara en 1981 la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones".[5]

Resulta innegable que haber adoptado la Declaración representa un avance de enorme importancia en el camino difícil de abolir prácticas discriminatorias y actitudes de intolerancia frente al derecho humano de la libertad religiosa en todos sus aspectos.

Con esta Declaración, la Asamblea General les ha recordado a las naciones del mundo que está entre los intereses superiores de la humanidad el poner fin inmediatamente a las persecuciones y manifestaciones de los prejuicios religiosos.

Sin embargo, lo dilatado del proceso de su adopción refleja lo delicado de la materia. La discusión y el análisis del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sólo puede darse dentro del ámbito de la libertad y la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. Admitir que el ejercicio de la libertad en materia de religión o convicciones encuentra su espacio más adecuado en una separación claramente definida entre poder político y religión, son cuestiones todas que rozan muy de cerca instituciones y estructuras del poder político de los Estados Modernos, igual que ocurría durante todo el proceso histórico de la formación de los Estados. De ahí, en nuestra opinión, que la comunidad internacional haya optado, en primera instancia, por promulgar una Declaración como un primer paso hacia la adopción en el futuro de otras medidas.

B. Alcances de la declaración.

En el preámbulo de la Declaración, los Estados miembros de las Naciones Unidas reafirman la consideración de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales, con respecto a la dignidad e igualdad de todos los seres humanos como los principios rectores de la Declaración.

Derivado de tales principios, se proclama que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada. Se declara que la libertad de religión y de convicciones debe contribuir también a la realización de los objetivos de paz mundial, justicia social y amistad entre los pueblos y a la eliminación de las ideologías o prácticas del colonialismo y de la discriminación racial. Y se manifiesta, la comunidad internacional, "decidida a adoptar todas las medidas necesarias para la rápida eliminación de dicha intolerancia en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones".[6]

En su parte sustantiva, la Declaración enumera los principios básicos de la libertad en materia de religión o convicciones, derivados del derecho genérico a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

A estos principios básicos se les señalan límites impuestos por ley y cuyo propósito sea proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Estas categorías jurídicas no se definen.

Al adoptar la Declaración, los Estados asumieron el compromiso de prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones, por medio de medidas eficaces para tales

4. KRISHNASWAMI, op. cit.
5. Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981, (resolución 36/55).
6. Resolución cit., parágrafo 9 del Preámbulo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

propósitos. Dentro de las medidas susceptibles de ser adoptadas, la Declaración menciona la promulgación y derogatoria de leyes, a fin de prohibir toda discriminación de este tipo.

Un aporte particularmente importante de la Declaración al ordenamiento jurídico internacional lo constituye, sin lugar a dudas, la enumeración que hace en su artículo 6 de las libertades que especifican la libertad genérica de pensamiento, de conciencia y de religión.

Tales libertades específicas son:

- la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- la de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- la de confeccionar, adquirir o utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o creencia;
- la de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- la de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- la de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- la de capacitar, nombrar, eligir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- la de observar días de descanso y de celebrar las festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o creencia;
- la de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión y convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Al carecer la Declaración, por su propia naturaleza, de todo mecanismo que permita examinar los progresos realizados en la aplicación de los principios y medidas adoptados, representa, fundamentalmente, un programa de acción sin controles coactivos de ningún género.

La Declaración implica un marco de referencia para las medidas que a nivel internacional, regional y nacional, deben adoptarse para prevenir, combatir y eliminar, el dogmatismo y la intolerancia en materia de religión o convicciones.

Dentro de ese concreto marco de referencia se inscriben las medidas que aquí se proponen.

MEDIDAS QUE PODRIAN ADOPTARSE PARA ELIMINAR Y PARA PREVENIR Y COMBATIR LA INTOLERANCIA Y LA DISCRIMINACION FUNDADAS EN LA RELIGION O LAS CONVICCIONES

I. Nota introductoria

Los Estados miembros de las Naciones Unidas asumieron un compromiso de particular importancia al adoptar la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación en materia de religión o convicciones.

Ese compromiso figura en el artículo 4 de la Declaración que textualmente expresa:

> "1. Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural.
>
> "2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios para promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de este tipo y por tomar todas las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión u otras convicciones en la materia".

El texto del artículo define, claramente, la obligación de los Estados de implantar y aplicar una política adecuada para garantizar la tolerancia religiosa, proteger la libertad de conciencia, y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicción.

Esta política debe traducirse en "medidas eficaces" que se adoptarán "en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural".

En otras palabras, el compromiso asumido por los Estados comprende un programa de acción que debe incluir "medidas eficaces" que podríamos llamar de carácter sustancial-material y otras de carácter formal-estructural. Entre las del primer género (sustancial-material) se incluirían, básicamente, medidas educativas. De la segunda natu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

raleza (formal-estructural) serían las disposiciones normativas que los Estados adopten, tanto en el orden interno como en el ámbito internacional.

En ambos casos, las medidas han de ser "eficaces". Por tales hemos de entender, en mi opinión, medidas de las cuales cabe esperar un resultado positivo al cabo de un tiempo y no necesariamente inmediato.

Las medidas que aquí se proponen se refieren a los indicados campos de acción y pretenden ajustarse al expuesto concepto de eficacia.

Conviene ocuparnos, en primer término, de las medidas que los Estados pueden adoptar en la esfera de competencia del Derecho Internacional, así como en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, sea, de aquellas medidas que hemos denominado "formales-estructurales".

II. Medidas formales-estructurales

A. Derecho Internacional

1. La elaboración de un proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

La elaboración de un proyecto de convención internacional en esta materia ha merecido la atención de los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de los derechos humanos, desde hace más de veinte años.

En 1967 La Comisión de Derechos Humanos presentó a la Asamblea General el preámbulo y 12 artículos de un proyecto de convención internacional sobre el tema. Empero, en 1972 la Asamblea decidió que debería asignarse prioridad al proyecto de declaración. Desde esa fecha y hasta la aprobación por la Asamblea de su texto en 1981, la comunidad internacional concentró sus esfuerzos en la elaboración de la Declaración.

Estimamos que la adopción de la Declaración, si bien fundamental, no debe representar la meta final de la aspiración de las naciones del mundo en la compleja tarea de poner fin a las persecuciones y manifestaciones de los prejuicios religiosos.

En el preámbulo de este trabajo apuntábamos que, desafortunadamente, los fenómenos de intolerancia y discriminación por razones religiosas y de convicciones, no pertenecen al pasado y que en la actualidad, grupos muy importantes de seres humanos sufren violaciones graves a su derecho a la libertad de conciencia y de religión, en diversas regiones del mundo.

Esta penosa realidad determina la necesidad urgente de adoptar nuevos instrumentos jurídicos internacionales que contribuyan a desterrar el dogmatismo y la intolerancia, entre los hombres y entre los pueblos. El procedimiento de adoptar primero una Declaración y luego una Convención, es usual en las Naciones Unidas. El ejemplo más reciente lo ofrece la lucha por eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, cuya Convención fue aprobada en 1979, luego de la Declaración que había sido aprobada en 1967. Una convención internacional representa, sin lugar a dudas, un instrumento jurídico de mayor eficacia que una declaración.

No olvidamos que conforme al artículo 64 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social puede hacer arreglos con los Estados miembros y con los organismos especializados, para obtener informes sobre las medidas tomadas para aplicar sus propias recomendaciones y las que se refieren a asuntos que queden dentro de su competencia, hechas por la Asamblea General. Además, el Consejo puede comunicar sus observaciones sobre estos informes a la Asamblea.

Empero, pensamos que la eficacia de tales procedimientos internacionales de presentación de informes aumenta considerablemente si se aprueba una convención que requiera de los Estados Partes que comuniquen a un órgano especial como un Comité, o bien, al Secretario General, información relacionada con las leyes y reglamentos que hayan aprobado a fin de garantizar la aplicación de las disposiciones de la Convención. Y de igual modo, que presenten informes sobre la aplicación de la convención.

La Declaración establece normas y principios moralmente obligatorios para todos los Estados sin excepción. Pero si se elaborara una convención, la obligación moral se transforma en obligación jurídica para los Estados que la acepten.

Dentro del expuesto orden de ideas y con fundamento en el texto de convención discutido en el seno de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, creemos que una convención internacional en la materia de nuestro interés, debería contener disposiciones concretas sobre, por lo menos, los siguientes aspectos:

— *Un preámbulo* que contenga los principios universalmente válidos de dignidad e igualdad de todos los seres humanos y su derecho inalienable a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

- *Definiciones:* para su correcta interpretación y aplicación, en la convención deberían figurar definiciones de conceptos como los siguientes:
  a) intolerancia y discriminación por motivos de religión o convicciones;
  b) religión, creencia y convicción.
- *Obligación de los Estados de adoptar y aplicar una política adecuada para garantizar la tolerancia religiosa y de convicciones.*
- *Libertades que comprende el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:* además de la declaración general de principios fundamentales, la convención debería, por su carácter jurídico, ser concreta. Ello aclararía el texto, facilitaría su interpretación y permitiría a los individuos conocer los derechos de que pueden disfrutar. Además, establecería una base para comprobar en lo sucesivo la buena fe con que los Estados Partes en la convención aplican sus disposiciones. Estas libertades serían:
  i) la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
  ii) la de fundar y mantener instituciones de beneficencia, humanitarias y de enseñanza adecuadas;
  iii) la de enseñar, propagar y aprender su religión o convicciones, así como sus idiomas o tradiciones rituales en lugares aptos para esos fines;
  iv) la de cumplir, individual o colectivamente, los preceptos de su religión o creencia, observar sus prácticas rituales, dietéticas o de otra índole, producir los objetos, alimentos y demás artículos y materiales que suelan usarse en su observancia y práctica. Cuando los medios de producción y distribución dependan del Estado, éste facilitará dichos artículos y alimentos o los medios de adquirirlos o producirlos;
  v) la de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
  vi) la de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
  vii) la de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
  viii) la de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o creencia;
  ix) la de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión y convicciones en el ámbito nacional y en el internacional;
  x) la de ir en peregrinación y de efectuar otros varios viajes relacionados con su religión o creencia, dentro o fuera de su país, y el libre acceso a todos los lugares sagrados o venerados;
  xi) el derecho a que la ley proteja sus lugares de culto, sus ritos, ceremonias y actividades, así como los lugares de inhumación reconocidos por su religión o creencia;
  xii) la exención de toda obligación de prestar cualquier juramento de carácter religioso que sea contrario a sus convicciones.
- *El derecho de los padres o los tutores legales a elegir la religión o las convicciones de sus hijos o pupilos, y el correlativo derecho del niño* a gozar del acceso a educación en materia de religión o convicciones, conforme a los deseos de sus padres o tutores legales y a no obligarlo a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de aquellos, sirviendo en todo caso de principio rector el interés superior del niño.
- *Obligación de los Estados de fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos religiosos. Medidas para hacerlo:* en el texto de la convención deberían figurar medidas para obtener los propósitos aquí enunciados, con especial referencia a las esferas de acción concreta de los Estados que serían la enseñanza, la educación y la información. Los Estados Partes se comprometerían a adoptar medidas eficaces en las indicadas esferas, para combatir los prejuicios que conduzcan a la intolerancia religiosa y a la discriminación entre las personas, los grupos de personas o las instituciones, por motivos de religión o creencia o convicción, y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos religiosos, así como propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- *Obligación de los Estados de adoptar medidas eficaces para impedir y eliminar toda discriminación basada en motivos de religión o de con-*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

vicción: la convención propondría que los Estados Partes contrajeran, esencialmente, tres obligaciones: a) implantar y aplicar una política encaminada a lograr la tolerancia religiosa, b) proteger la libertad de conciencia, y c) eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicción. Por ello, además de condenar la discriminación entre seres humanos por motivos de religión, creencia o convicción, como una ofensa a la dignidad humana, una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones, los Estados Partes se comprometerían a:

i) adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar la discriminación, por motivos de religión, creencia o convicción, en cuanto al reconocimiento, ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, política, económica, social y cultural, incluso promulgar leyes o derogarlas, según proceda, a fin de prohibir dicha discriminación, y adoptar todas las medidas adecuadas para combatir los prejuicios que originan la intolerancia religiosa; ii) adoptar medidas eficaces para impedir la discriminación, por motivos de religión, creencia o convicción, en materia de derechos civiles, ciudadanía y disfrute de derechos políticos, tales como el de tomar parte en las elecciones, ocupar cargos públicos o participar en cualquier otra forma en el gobierno del país, así como en materia de trabajo y empleo.

- *Igualdad ante la ley y protección de la ley, sin distinción alguna:* con este principio se perseguiría en la convención la misma finalidad que tienen idénticos textos de las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y se garantizaría que todas las personas recibieran un trato igual ante la ley en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como la protección de la ley, sin distinción alguna, contra toda discriminación por motivos de religión, creencia o convicción.
- *Protección contra todo estímulo o incitación a la intolerancia religiosa o a la discriminación por motivos de religión, creencia o convicción:* los Estados Partes se comprometerían a garantizar la protección de la ley, sin distinción alguna, contra todo estímulo o incitación a la discriminación por motivos de religión o convicción. La convención debería tipificar como delito penal toda incitación al odio o todo acto de violencia contra cualquier religión, creencia o convicción, o contra sus adeptos, y se condenará toda propaganda dirigida a fomentarlos.
- *Igualdad y no discriminación en materia de concesión de subvenciones o de exenciones tributarias:* La convención establecería el principio de igualdad y no discriminación entre las religiones o creencias organizadas jurídicamente como instituciones ante la legislación tributaria, fiscal y de subvenciones de los Estados Partes.
- *Procedimientos de reparación:* la convención debería contener un texto en el que se establecieran procedimientos para obtener reparación de las autoridades administrativas o judiciales de los Estados Partes, en todos los casos de violación de los derechos protegidos por la convención. La reparación podría reclamarla, en sede administrativa o judicial, la persona, grupo o institución objeto de la discriminación por motivo de su religión, creencia o convicción.
- *Interpretación:* el texto que se refiera a una interpretación de la convención, debe tener como finalidad específica prevenir los abusos de la libertad de religión, creencia o convicción. Se propondría una norma que se adaptara a las disposiciones del artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- *Limitaciones:* la convención tendría que incluir, necesariamente, un artículo relativo a limitaciones. En el propio artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, figuran las limitaciones que se imponen a la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones. Tales limitaciones, conforme a la Declaración, sólo podrán emanar de la ley y serán aquellas necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los demás. Son las mismas limitaciones que figuran en el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Resulta evidente que las limitaciones a un derecho fundamental del ser humano como el de la libertad de conciencia y religión, sólo pueden ser impuestas por ley formal, conforme al ordenamiento jurídico propio de cada Estado Parte y en todo caso deben resultar compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas y con los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los mismos límites legales que figuran en la Declaración figurarían también en la convención, sin que resulte ocioso recordar que conceptos tales como "seguridad pública", "orden público", "salud pública" o "moral pública", no son conceptos unívocos sino contingentes, cuyo contenido varía en el tiempo y en el espacio. Son conceptos que recogen las normas y principios que cada pueblo considera como fundamentales, conforme a su realidad política, social, económica y cultural, en un momento determinado de su desarrollo histórico. En todo caso, resultaría posible afirmar que las limitaciones legales a los derechos del individuo deben regirse por el principio rector de que el ejercicio de cualquier derecho o libertad debe hacerse en función del bienestar no sólo personal, sino del bienestar general de la sociedad.

— *Medidas de ejecución:* De igual modo que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convención podría tener dos tipos de mecanismos de ejecución:

i) un Comité sobre la eliminación de la intolerancia y la discriminación fundadas en la religión, creencia o convicción. El Comité estaría integrado por expertos a título personal, de gran prestigio moral y competencia en la materia de la convención y la propia convención establecería el procedimiento para elegirlos y los demás aspectos propios del funcionamiento del Comité;

ii) informes: los Estados Partes se comprometerían a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la convención y sobre los progresos realizados en ese sentido. El primer informe se presentaría en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la convención para el Estado de que se trate, y en lo sucesivo, por lo menos cada tres años, y además, cuando el Comité lo solicite. En el informe se podrían incluir los factores y las dificultades que afectaran al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la convención. El Comité, informaría anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y haría sugerencia y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes; incluiría en el informe las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes. El Secretario General transmitiría los informes del Comité a la Comisión de Derechos Humanos para su información;

iii) organismos especializados del sistema de Naciones Unidas: los organismos especializados tendrían derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la convención que correspondan a la esfera de sus actividades. El Comité invitaría a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

Tales serían, a nuestro juicio, los aspectos que debería contener una convención internacional sobre esta materia. La importancia capital del instrumento radica, como dijimos, en que la magnitud del problema de la discriminación y de la intolerancia fundadas por motivos de religión, creencia o convicción, en el mundo moderno, requiere de mecanismos de solución más eficaces que la sola Declaración adoptada en 1981. Una convención sería el complemento ideal de ésta y representaría una auténtica posibilidad de que los Estados miembros de las Naciones aceptaran como obligación jurídica diseñar y aplicar una política adecuada para garantizar la tolerancia religiosa, proteger la libertad de conciencia y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicción.

2. ***Acciones de los órganos de Naciones Unidas para proteger los derechos y libertades contenidos en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discrimi-***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nación fundadas en la religión o las convicciones.

- La Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías.
- La Comisión de Derechos Humanos.
- La presentación de informes.

La elaboración de una convención internacional sobre el tema de nuestro interés es un ideal de lucha en el que debemos perseverar hasta alcanzarlo, dada su trascendencia e importancia como instrumento jurídico eficaz de la comunidad internacional.

No obstante, mientras ello no ocurra, hemos de preocuparnos por poner en marcha mecanismos para proteger los derechos y libertades contenidos en la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones".

Dentro de los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan primordialmente de los derechos humanos se encuentra la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías.

Creada en 1947 por la Comisión de Derechos Humanos, tiene, entre sus finalidades relevantes, la de hacer recomendaciones a la Comisión.

> "en cuanto a la prevención de la discriminación, de cualquier tipo en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, y la protección a las minorías raciales, religiosas y lingüísticas".

La esfera de competencia dentro de la que desarrolla sus actividades la Subcomisión permitiría, en mi opinión, una participación activa de este importante órgano de las Naciones Unidas en la defensa y promoción de los derechos y libertades contenidos en la Declaración sobre discriminación en materia de religión o convicciones.

Las actividades de la Subcomisión podrían ser de diferente naturaleza y fundamentalmente de dos clases:

1. la preparación de estudios para hacer recomendaciones a la Comisión;
2. el manejo de las comunicaciones relativas a violaciones de derechos contenidos en la Declaración de 1981.

1. Actividades del primer género indicado ya han sido emprendidas por la Subcomisión. Por iniciativa de ésta, la Comisión de Derechos Humanos le encomendó en 1983 que realizara un estudio amplio y minucioso sobre las dimensiones actuales de los problemas de intolerancia y de la discriminación fundadas en la religión o las convicciones, utilizando como punto de referencia la Declaración. Para realizar el estudio, la Subcomisión designó ese mismo año una Relatora Especial y le pidió incluir en su estudio un informe sobre las distintas manifestaciones de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones en el mundo contemporáneo, sus causas básicas y recomendaciones sobre medidas concretas a adoptar para combatir tales manifestaciones.

2. Adicionalmente a esta labor de realizar estudios y formular recomendaciones, la Subcomisión podría emprender un análisis especializado de las comunicaciones que se le envían para su examen.

La experiencia del quehacer de los órganos de las Naciones Unidas encargados de los derechos humanos enseña que cada año se reciben miles de cartas acusando violaciones de derechos y libertades fundamentales. Gran parte de esas comunicaciones son remitidas a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión para su conocimiento y análisis mediante el procedimiento establecido por el Consejo Económico y Social en 1959.[7]

Desde 1970 la Subcomisión fue autorizada a nombrar un grupo de trabajo constituido por cinco miembros que se reúnen inmediatamente antes de cada período de sesiones de la Subcomisión, para examinar todas las comunicaciones y someter a la consideración de la Subcomisión aquellas que parezcan revelar "un cuadro persistente de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, atestiguadas en forma fidedigna". Al hacer el análisis respectivo, la Subcomisión considera también las réplicas que hubieren enviado los Gobiernos.

La Subcomisión determina si debe referir a la Comisión de Derechos Humanos situaciones en particular que parezcan revelar ese cuadro persistente de violaciones graves de los derechos humanos.

La Comisión, a su vez, examinará la situación para determinar si requiere un estudio minucioso hecho por ella y un informe y recomendaciones al

7. Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Consejo Económico y Social. Ese estudio lo hará la Comisión por los mecanismos de que dispone (relatores especiales, comités ad hoc).

Dentro de las pautas fijadas por la Comisión que en 1977 decidió que además de las violaciones a los derechos civiles y políticos se ocuparía también de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, la Subcomisión podría —siempre, claro está, dentro de los procedimientos fijados por el Consejo Económico y Social—, analizar por separado las comunicaciones que se refieren a violaciones de los derechos y libertades en materia de religión o convicciones, contenidos en la Declaración de 1981.

La Declaración de la Asamblea General de 1981 ha tenido el efecto muy importante de especificar y enumerar las libertades que configuran el contenido del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 18.

Existe ahora un instrumento internacional —la Declaración—, que permitiría tipificar e identificar violaciones graves y persistentes a los derechos y libertades religiosos y de convicciones.

Un estudio específico de estas comunicaciones por parte del Grupo de Trabajo de la Subcomisión, o mejor aún, por un grupo de trabajo ad hoc de ésta, contribuiría a denunciar ante la Comisión y ante los demás órganos de Naciones Unidas, la magnitud y gravedad de tales violaciones y sus manifestaciones específicas.

En la actualidad e históricamente, la violación a los derechos y libertades religiosos y de convicciones, suelen generalmente disfrazarse y confundirse dentro de marcos políticos de acusaciones, por ejemplo, sobre subversión o separatismo, de individuos o grupos.

Una labor de la Subcomisión para distinguir e identificar violaciones específicas de los derechos y libertades religiosos y de convicciones, contribuiría en gran medida, sin duda alguna, al ejercicio pleno de estos derechos humanos fundamentales.

Del mismo modo que desde 1967 un Comité de Consejo Ejecutivo de la UNESCO se ha ocupado de las comunicaciones relacionadas con el ejercicio de los derechos humanos que figuran dentro de la esfera de competencia de la UNESCO, bien podría la Subcomisión recibir autorización para ocuparse en un grupo de trabajo ad hoc del análisis de las comunicaciones relativas a este tema.

Otro antecedente que presta también claro fundamento a esta proposición lo ofrecen los procedimientos establecidos por la OIT desde 1950 para investigar las acusaciones sobre violación de la libertad de asociación y derechos sindicales en general.

La composición de la Subcomisión, integrada por expertos que actúan a título personal, así como la experiencia de tantos años acumulada por la Subcomisión en el análisis de los más urgentes problemas de derechos humanos, la califican muy especialmente para realizar un tipo de labor como el que aquí se sugiere.

— **La presentación de informes:**

Uno de los mecanismos más eficaces de verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes de una convención internacional, es la presentación de informes. Estos informes versan, generalmente, sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que se hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la convención y sobre los progresos que se hayan realizado en la materia específica sobre la que versa la convención.

La Declaración de 1981 carece, por su misma naturaleza, de mecanismos de ejecución. Ahora bien, como lo mencionamos líneas atrás, el artículo 64 de la Carta de las Naciones Unidas, permite al Consejo Económico y Social hacer arreglos con los Estados miembros y con los organismos especializados, para obtener informes sobre las medidas tomadas para aplicar sus propias recomendaciones y las que se refieren a asuntos que queden dentro de su competencia, hechas por la Asamblea General.

Esta autoridad ha permitido al Consejo, en numerosas ocasiones, pedir a los Estados miembros que informen sobre las acciones tomadas por ellos para aplicar resoluciones y decisiones relativas a los derechos humanos y para transmitir los informes recibidos a la Asamblea General, con propuestas para cualquier acción adicional necesaria.

Esta facultad que compete al Consejo Económico y Social podría aplicarse en el caso de la Declaración sobre la eliminación de la intolerancia y la discriminación en materia de religión y convicciones.

El Consejo podría pedir informes a los Estados miembros de Naciones Unidas sobre las acciones específicas tomadas para poner en ejecución las obligaciones contenidas en la Declaración. Esos informes periódicos podrían ser recibidos y anali-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zados, en primera instancia por la Subcomisión, por delegación del Consejo, y la Subcomisión los elevaría con sus recomendaciones a la Comisión, con un trámite similar al que se emplea en materia de comunicaciones. La Comisión, a su vez, transmitiría sus recomendaciones al Consejo para que éste, conforme al artículo 64 citado, las enviara a conocimiento de la Asamblea General.

Los informes podrían ser bianuales y podrían completarse con informes procedentes de los organismos especializados y de las propias organizaciones no gubernamentales, con *status* consultivo ante el ECOSOC.

El procedimiento aquí sugerido, si bien lento, podría contribuir eficazmente a que los Estados miembros presten cuidadosa atención al cumplimiento de las obligaciones de tipo moral que surgen de la Declaración de 1981.

No cabe duda, según lo hemos repetido ya en varias ocasiones en este trabajo, de la trascendencia de la Declaración adoptada en 1981. El problema de la libertad en materia de religión y de convicciones es esencial dentro de los derechos inalienables del ser humano. En rigor, no cabe hablar de libertad de pensamiento de un individuo si dentro de ella no se incluye la libertad de religión y de convicciones. En otras palabras, que al analizar la libertad de religión y de convicciones, lo que estamos analizando es el problema íntegro de la libertad del ser humano.

De ahí lo trascendente que labores específicas como las que aquí hemos sugerido a cargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo Económico y Social, en resguardo de los derechos contenidos en la Declaración de 1981, representan para la protección del entero sistema de los derechos humanos.

B. Los ordenamientos jurídicos nacionales.

De la lectura de las monografías por países que preparó el señor Arcot Krishnaswami como complemento de su brillante estudio sobre la discriminación en materia de religión y de prácticas religiosas en 1959, se concluye en que casi todos los Estados del mundo cuentan con disposiciones en sus Constituciones Políticas, así como en su legislación ordinaria, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ello es particularmente cierto en el caso de países que promulgaron sus textos legales básicos después de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

A ello se suman en esa época una actitud de los países que se traduce en lo que el señor Krishnaswami llama "una tendencia más acentuada que en épocas recientes a conceder igualdad de trato a todas las religiones y creencias y a sus adeptos". También señala el señor Krishnaswami, "se reconocen paulatinamente los derechos de aquellos que no tienen una creencia teísta, como los agnósticos y los ateos, en aquellos países en donde la mayoría de la población pertenece a una o varias religiones".[8]

Ello no obstante, ya en 1959 el estudio que citamos advertía sobre la existencia de factores desfavorables que en ciertas regiones del mundo entorpecían la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y señalaban el temor de que las tendencias favorables volvieran a invertirse en el futuro.

En el tiempo que ha transcurrido desde que aquel estudio se concluyó, los factores desfavorables que en 1959 se advertían, se han acentuado. Diversas manifestaciones de prejuicios raciales y su intolerancia religiosa, confusión entre lo político y lo religioso, nacionalismos exacerbados que se ligan a credos religiosos, y hasta confrontaciones armadas para las que se aducen motivos religiosos, conforman el panorama del mundo al adoptarse la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

El artículo 4 de la Convención, transcrito supra, contiene en su párrafo segundo el compromiso de los Estados de hacer "todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar todas las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión y otras convicciones en la materia".

Los prejuicios que se encuentran en la raíz del dogmatismo, la intolerancia y la discriminación, no necesariamente desaparecerán con la promulgación o la derogatoria de una ley. Factores culturales que hunden sus raíces en la historia de un pueblo, estructuras socioeconómicas profundamente injus-

8. KRISHNASWAMI, Arcot, "*Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de práctica religiosa*", Naciones Unidas, 1960. (E/CN. 4 /Sub. 2/200/Rev. 1).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tas, condiciones internacionales adversas para los pueblos en desarrollo, inciden de manera decisiva en los fenómenos de intolerancia y discriminación, de los cuales el aspecto religioso es una manifestación. Nada de ello desaparecerá, automáticamente, como efecto directo de que una ley se promulgue o se derogue. Esta afirmación, a mi juicio, no requiere de verificación, pues la cotidiana experiencia se ha encargado de demostrarlo desde épocas pretéritas.

Ahora bien, sabemos que la norma jurídica es una pauta de comportamiento adoptada por la comunidad para sus miembros. Axiológicamente, el ordenamiento jurídico se nutre y fundamenta de los valores que una comunidad adopta en cada momento de su desarrollo histórico. Las leyes son, entonces, producto de los valores e intereses tutelados jurídicamente.

En la medida en que la norma jurídica permite, prohíbe o impone una conducta al individuo, en esa medida tiene también un innegable valor educativo.

Promulgar leyes que prohíban la discriminación y la intolerancia en materia de religión o convicciones, contribuirá decisivamente a producir actitudes de tolerancia y respeto para el pensamiento y el sentimiento de los demás. Emitir normas jurídicas que estimulen la comprensión, la tolerancia y el respeto entre los individuos de una misma comunidad acerca de sus creencias y convicciones, contribuirá a erradicar prejuicios y dogmatismos.

De igual modo, derogar legislación que entorpezca el libre ejercicio de la libertad religiosa, será un aporte muy valioso dentro de una política que procure asegurar la igualdad entre los seres humanos.

Dentro de este orden de ideas, el compromiso de los Estados miembros de Naciones Unidas de adecuar sus ordenamientos jurídicos nacionales a los principios y valores consagrados en la Declaración sobre la eliminación de la intolerancia y la discriminación en materia de religión y convicciones, no puede ser analizado únicamente como una simple intención o un buen propósito.

Ese compromiso debe de hacerse efectivo en el menor plazo posible, pues constituye un aporte esencial de la Declaración a la lucha de la comunidad internacional contra todas las formas de intolerancia y discriminación.

El cumplimiento de este compromiso debe examinarse con particular atención por los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de derechos humanos y para ello, el mecanismo de la presentación de informes a que nos referimos en anteriores parágrafos, resulta muy eficaz.

Hemos expuesto hasta aquí nuestras sugerencias acerca de las medidas que denominamos "estructurales-formales" y las cuales, creemos, deben darse tanto en el ámbito internacional como en el nacional, a fin de alcanzar la necesaria coherencia entre los principios que informan la actividad de los países internacionalmente organizados como Naciones Unidas, y los valores que sustentan los ordenamientos jurídicos nacionales de esos mismos países. De esta coherencia depende, en gran medida, la eficacia de los propósitos que inspiraron la Declaración de 1981.

III. Medidas sustanciales-materiales.

He denominado "sustanciales-materiales" a las medidas a las que a continuación me referiré, en atención a la fuente de la que proceden y a los objetivos que persigan. No se trata, como en el tipo de medidas a que nos referimos en el capítulo anterior, de procesos normativos emanados del Derecho Internacional o del derecho interno de los países.

Este tipo de medidas de las que aquí nos ocuparemos son más bien acciones concretas que pueden ser ejecutadas, en el ámbito internacional, por los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, y por las Organizaciones No Gubernamentales y en el ámbito nacional, por las estructuras competentes de los gobiernos de cada Estado, así como por las organizaciones de distintas clases en las que se agrupen los ciudadanos de éstos.

A. Acciones en el ámbito internacional.

1. *Actividades de los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas.*

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), así como la Organización Internacional del Trabajo, podrían incluir, cada una en su respectivo campo de acción, programas específicos para prevenir y combatir todas las manifestaciones de intolerancia y discriminación, en particular las que están fundadas en motivos de religión o convicciones.

La UNESCO, cuyo ámbito de acción es precisamente el de la educación y la cultura, podría diseñar una campaña mundial a desarrollarse du-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rante todo un año a fin de difundir los principios y alcances de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

La mejor manera de planear y ejecutar un programa de esta naturaleza estaría a cargo de la propia organización quien cuenta con personal técnico altamente especializado en las ciencias de la enseñanza y la comunicación.

A manera de simple sugerencia me permitiría señalar que una campaña de esta naturaleza debería estar dirigida, en primer término, a los niños y a los adolescentes.

Por medio de afiches, carteles, folletos, audiovisuales y material educativo apropiado, la UNESCO podría encabezar una cruzada mundial contra la intolerancia y la discriminación y en favor de los derechos humanos, la tolerancia y el respeto, entre los hombres y entre los pueblos, que tenga por beneficiarios a los niños y a los jóvenes. Ello no implica, claro está, que se deje por fuera a los demás sectores de la población, pero estimo que contribuir a una sólida formación del niño y del adolescente en esta materia, rendirá mejores frutos que cualquier campaña dirigida a los adultos.

En este mismo sentido, también un organismo como la UNICEFF podría sumarse a una campaña de esta naturaleza.

En lo que a acciones de la OIT concierne, podría sugerirse a la organización analizar las comunicaciones e informes que recibe de parte de las organizaciones de trabajadores y, patronos, para detectar las manifestaciones de discriminación en el trabajo y empleo que están basadas en motivos de religión o creencias.

En los términos que resulte adecuado según el problema de que se trate, la OIT lo transmitiría al órgano competente de las Naciones Unidas.

En el campo de la prevención del fenómeno, la OIT podría contribuir muy positivamente introduciendo el estudio de la Declaración de 1981 en los cursos, seminarios y demás actividades que realiza en materia de educación y capacitación de trabajadores y patronos.

2. *Actividades de las Organizaciones no Gubernamentales.*

En el mismo orden de ideas, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) con *status* consultivo ante el ECOSOC, podrían organizar y ejecutar campañas mundiales, regionales, nacionales, encaminadas a difundir el conocimiento y comprensión de los principios de la Declaración sobre la eliminación de la intolerancia y la discriminación por motivos de religión o convicciones.

Las ONG dedicadas específicamente a promover el respeto y la comprensión entre los distintos credos religiosos podrían programar este tipo de actividades cuyo énfasis podría estar en la divulgación y estudio de los principios espirituales universales que constituyen la base de todas las religiones importantes del mundo, así como de los principios de derechos humanos en que se fundan esas mismas religiones.

La cantidad y calidad de estas ONG permiten afirmar que una campaña a su cargo sería profundamente beneficiosa y de resultados muy positivos.

B. Acciones en el ámbito nacional.

Señalamos en párrafos precedentes que el grave problema de las manifestaciones de intolerancia y discriminación en materia de libertad religiosa y de convicciones, no es sólo un fenómeno de carácter normativo, sino, y fundamentalmente, un problema cultural, esto es, un problema social. Normas, juicios y prejuicios éticos, supersticiones, mitos, arquetipos que se transmiten culturalmente de generación en generación, y con arreglo a los cuales nos comportamos socialmente, sumados a estructuras económicas anacrónicas e injustas que dan por resultado pueblos cuyas mayorías son seres humanos sumidos en la miseria y la ignorancia, permiten que germine y se desarrolle el dogmatismo, la intolerancia, la discriminación y con ésta, la persecución y la agresión armada.

El distinguido antropólogo Claude Levi-Strauss, explica así los orígenes del comportamiento humano:

> "Los hombres no actúan en cuanto miembros de un grupo, de acuerdo con lo que cada uno de ellos siente como individuo, cada hombre siente en función de la manera en que está permitido o en que se ve obligado a actuar. Las costumbres vienen dadas como normas externas antes de originar sentimientos internos y estas normas no interiorizadas determinan tanto los sentimientos de los individuos como las circunstancias en las que deben, o pueden, ser manifestados".[9]

9. **LEVI-STRAUSS, Claude, *"Totemismo y el pensamiento salvaje"*, Madrid, Alianza Editorial.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Estas normas, juicios y prejuicios éticos que dan origen a los sentimientos internos, a la elaboración de las emociones en sentimientos, que condicionan nuestras ideas sobre la igualdad entre los seres humanos, la tolerancia y el respeto que debemos a las ideas y sentimientos de los otros son, como dijimos, un producto social.

Lo anterior significa que un cambio de actitud en el ser humano deberá producirse siempre, necesariamente, como resultado de un proceso educativo. Y ese proceso, para ser verdaderamente eficaz, debe de comprender todas las instancias de su vida, esto es, el cambio sólo se dará a través de un proceso coherente de educación que incluya a la familia y a la sociedad.

En consecuencia, la vigencia efectiva de los principios de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación e intolerancia por motivos de religión o convicciones, requerirá, en primera instancia, de acciones que se tomen en cada país en el ámbito de la educación.

La obligación señalada a los Estados en el artículo 4 de la Declaración de implantar y aplicar una política adecuada para garantizar la tolerancia religiosa, proteger la libertad de conciencia y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicción, tendría que consistir, fundamentalmente, en el diseño y aplicación de una política en materia de educación.

En esta política se incluirían, claro está, las instituciones de educación formal, desde los jardines infantiles preescolares, hasta los centros de educación superior. Pero además, tendría que extenderse también a las organizaciones y asociaciones de toda índole, cívicas, políticas y laborales, (sindicatos, cooperativas, partidos políticos, asociaciones culturales, etc.), de los ciudadanos.

Los programas con arreglo a los cuales se organizan las distintas etapas de la educación formal de los niños, de los adolescentes y de los jóvenes en general, tendrían que incluir, —tanto en las instituciones de educación privada como pública—, los elementos necesarios para modificar los patrones socioculturales de conducta de los individuos, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier credo religioso, convicción o creencia.

La modificación o eliminación de todo concepto estereotipado o de todo prejuicio en el ámbito de la libertad de pensamiento, conciencia y religión debe señalarse como objetivo básico y prioritario de todos los niveles y de todas las formas de enseñanza. Para ello debería estimularse el estudio de los principios espirituales que constituyen la base de todas las religiones importantes del mundo; de los principios de derechos humanos en que se fundan todas las religiones importantes del mundo; de los distintos modos en que esos principios universales se manifiestan en las diferentes religiones o culturas; de las diferentes enseñanzas sociales de las distintas religiones; de las causas básicas de la intolerancia y la discriminación fundadas en la religión o las convicciones, así como de sus manifestaciones actuales; de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; de la libertad de convicciones ateas.[10]

El estudio de estos temas podría requerir la modificación de libros y de textos en general de enseñanza, así como la adopción de nuevos métodos de enseñanza. En este aspecto, la asesoría y colaboración que podría prestar la UNESCO, sería inapreciable.

Los programas de educación familiar, así como las actividades educativas y de capacitación que se programen en organizaciones tales como cooperativas, sindicatos, partidos políticos, asociaciones de desarrollo de la comunidad, etc., deberían incluir una comprensión adecuada de los principios aquí expuestos.

El cambio a través de la educación es, lo sabemos, lento. Las cosas cambian mucho más lentamente de lo que la gente supone. La reforma social y aún la revolución no implican, necesariamente, un cambio de actitud, y la lucha en defensa de la libertad humana es incesante. Pero ese cambio y esa lucha a través de la educación nos depararán siempre victorias auténticas de la paz.

10. **Estos temas de estudio fueron señalados por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías en su resolución 1983/31.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

DERECHOS HUMANOS, Recopilación de instrumentos internacionales, Naciones Unidas, Nueva York, 1983.

LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, Naciones Unidas, Nueva York, 1979.

LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, (Comentarios y Texto). Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1979.

KRISHNASWAMI, Arcot. *"Estudio sobre la discriminación en materia de religión y de práctica religiosa",* Naciones Unidas, 1960.

LEVI-STRAUSS, Claude. *"Totemismo y el pensamiento salvaje".* Madrid, Alianza Editorial.

PACHECO, Francisco Antonio. *"Derecho a la libertad de conciencia y de fe religiosa",* Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1979.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y LOS PAISES EN VIAS DE DESARROLLO. SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACION NACIONAL Y SU APLICACION PRACTICA

DR. BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRIA

SUMARIO

Pág.

I. Introducción 50

II. Determinación de conceptos: 50
A) Normas internacionales del trabajo 50
B) Países en vías de desarrollo 50

III. Planteamiento del tema: 51
¿Deben producirse normas internacionales del trabajo especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo? 51

IV. Análisis de los argumentos: 51
A) ¿Los países en vías de desarrollo ratifican menor número de convenios y recomendaciones? 51
B) ¿La ratificación resulta ser una mera formalidad o por el contrario los estados cumplen sus obligaciones? 52

V. Producción de normas especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo 53
A) Producción de normas por organismos regionales ajenos a la OIT 53
1. Argumentos a favor de la regionalización
2. Análisis crítico
B) Producción de normas internacionales dirigidas a los países en vías de desarrollo por la OIT. . 54
1. ¿Se justifica esta producción?
a) Disposiciones constitucionales 54
b) Los mecanismos de elaboración de las normas internacionales 55
c) El Tripartismo 56
d) La importancia numérica de los países en vías de desarrollo. 56

VI. Consideraciones finales 56

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. INTRODUCCION

El desarrollo adecuado del tema propuesto implica, sin duda, una amplia investigación tanto bibliográfica como probablemente de campo, la que dado el escaso tiempo concedido para la presentación del trabajo, no es posible realizar adecuadamente. Sin embargo, siendo la razón de esta monografía servir de base para ulteriores discusiones en el transcurso del curso, la limitación apuntada tal vez no tenga tanta trascendencia toda vez que las dudas que puedan plantearse y que no encuentren respuesta ante la carencia de mejores elementos de juicio, al menos servirán para introducir más elementos de reflexión a las discusiones que vendrán y que auguro serán muy provechosas y ricas.

El enfoque que se le puede dar al tema propuesto plantea ya al inicio la primera duda. ¿Deben estudiarse los logros alcanzados gracias a las normas internacionales del trabajo?, o sea estudiar el tema desde un punto de vista positivo. O, por el contrario, ¿debemos realizar un análisis crítico cuestionando el papel que las normas internacionales han desempeñado respecto de los países en vías de desarrollo? O, ¿estudiar ambos aspectos? Dada la finalidad del evento y la condición de universitarios de los participantes estimo más importante el enfoque crítico como medio de que al término del encuentro puedan quedar ojalá algunas conclusiones o ideas que puedan significar algún aporte sobre el tema.

II. DETERMINACION DE CONCEPTOS

Para los efectos de la presente monografía se debe precisar el alcance de dos conceptos básicos: normas internacionales del trabajo y países en vías de desarrollo.

A) Normas internacionales del trabajo.

Por normas internacionales del trabajo vamos a entender, fundamentalmente, y siguiendo a VALTICOS, las disposiciones contenidas en los convenios y recomendaciones aprobados por la Organización Internacional del Trabajo.[1] Sin embargo; no es éste el único criterio de distinción que se puede usar toda vez que otros autores, no obstante reconocer que las referidas son las más importantes[2] utilizan el término en un sentido más amplio que vendría a confundirse con lo que para VALTICOS[3] resulta ser el Derecho Internacional del Trabajo.

B) Países en vías de desarrollo.

Es este un concepto muy utilizado del que existen diversas acepciones y por ello se da por un hecho que todos conocen su alcance.[4] Sin embargo a la hora de querer citarlo se encuentran bastan-

1. VALTICOS, Nicolás, *"Derecho Internacional del Trabajo"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, p. 147. En sentido similar VON POTOBSKY, Geraldo, *"Normas Internacionales del Trabajo. Libertad Sindical y Derecho Colectivo de Trabajo"*, En DEVEALI, Mario, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, Ed. La Ley, Buenos Aires, Segunda Edición T.V., p. 833.

2. PHILIP, Christian. *"Normes Internacioneles du Travail:universalismo ou régionalisme"?* Collection Organisation Internationeles et relations internationeles, Bruxelles, 1978, p. 29.

3. VALTICOS, op. cit., ps. 142—180. Según el autor el Derecho Internacional del Trabajo comprende: a) el elaborado dentro del marco de la OIT; Normas de fondo de la constitución de la OIT; Los Convenios y las recomendaciones; otras normas de la OIT; la jurisprudencia relativa a las normas internacionales del Trabajo; b) las normas elaboradas por conferencias gubernamentales especiales bajo los auspicios de la OIT y de otras organizaciones internacionales; c) Las normas adoptadas en el marco de las Naciones Unidas; e) Las normas adoptadas en el marco del Consejo de Europa; f) Las normas adoptadas por las Comunidades Europeas; g) Las normas adoptadas en el marco de otras organizaciones regionales; h) Los Tratados Bilaterales.

4. Así nos dicen SUNKEL, Osvaldo y PAZ, Pedro (*"El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, Siglo Veintiuno Editores S.A.; México, decimotercera edición, 1979, p. 15"). El lenguaje corriente utiliza diversos términos como sinónimos para caracterizar un cierto tipo de naciones: países poco desarrollados, o en vías de desarrollo, países pobres, países no industrializados, de producción primaria, países atrasados y dependientes etc. Términos imprecisos y vagos, si se quiere, desde un punto de vista estrictamente académico, ya que tienen connotaciones diferentes; pero transparentes en realidad, para el buen entendedor, sobre el tipo de país aludido.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tes dificultades pues aparentemente no hay un concepto preciso. Hasta donde pude determinar la OIT no tiene una definición propia y una situación similar parece existir a nivel de otros organismos internacionales.

Así pues, que en ausencia de criterios más definidos seguiremos a SUNKEL y PAZ en su concepción de que "El problema fundamental consiste en que el fenómeno que se procura describir empleando estos conceptos es extremadamente complejo, tiene innumerables facetas importantes y se puede examinar también desde ángulos muy diversos. En este trabajo se acepta por eso la hipótesis de que la problemática del subdesarrollo económico consiste precisamente en ese conjunto complejo e interrelacionado de fenómenos que se traducen y expresan en desigualdades flagrantes de riqueza y pobreza, en estancamiento, en retraso respecto de otros países, en potencialidades productivas desaprovechadas en dependencia económica, cultural, política y tecnológica".[5]

III. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Centraremos nuestro análisis en el estudio del argumento que ha sido planteado en diferentes ámbitos[6] sobre la necesidad de que existan normas internacionales especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo habida cuenta de que usualmente los convenios y recomendaciones contienen disposiciones respecto de las cuales esos países, dado el grado de crecimiento y recursos de que disponen no están en condiciones de asegurar una introducción efectiva en su derecho interno, y, en consecuencia, si las ratifican, la ratificación será puramente formal o, por el contrario, no las ratifican y, por lo tanto, los trabajadores no podrán esperar ningún progreso.[7] Estas normas, consideran quienes propugnan por ellas, podrían tener un alcance regional pues los países ubicados en una misma región supuestamente tienen problemas homogéneos, por lo que normas, menos ambiciosas que las producidas en el ámbito de la OIT, más concisas y realistas, permitirían a estos países algún avance, pues en estos supuestos sí podrían cumplir sus compromisos que por las razones dichas, no logran hacer respecto de las normas internacionales.

Desde el punto de vista crítico, por el que nos hemos inclinado, puede, por lo tanto, plantearse el tema analizando la siguiente cuestión: ¿Deben producirse normas internacionales de trabajo especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo?

IV. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS

En primer lugar estimamos que debemos examinar: a) si efectivamente los países en vías de desarrollo ratifican menos número de convenciones y recomendaciones o, b) si respecto de las ratificadas no cumplen con las obligaciones que de ellas derivan.

A) ¿Los países en vías de desarrollo ratifican menor número de convenios y recomendaciones?

Según refiere una publicación de la OIT,[8] a la fecha en que ella se hizo, el número de ratificaciones más alto hecho por un Estado era de 97 pero el

5. Ob. cit., p. 15.
6. Por ejemplo, para VALTICOS, (op. cit., p. 548) constituye uno de los problemas o retos a los que debe enfrentar en la actualidad el Derecho Internacional del Trabajo.
7. PHILIP, ob. cit., p. 133.
8. *"The Impact of International Labour Conventions and Recommendations"*, International Labour Office, Geneva, 1976 p. 28.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

promedio general resultaba ser de 32 y regiones, así: Europa 50, América 35, Africa 25, Asia 17 y Oceanía 35. La primera impresión que causan las cifras dadas es que el nivel de ratificaciones, en general, es bajo y mucho más resulta ser el de los países en vías de desarrollo.[9] Sin embargo, un análisis más detallado de la cuestión hace ver que, en realidad, el asunto no es así. En efecto, la misma fuente de la OIT nos da los siguientes elementos de juicio:

1) Hay un número importante de convenios, alrededor de 60, que conciernen sólo a un determinado número de Estados dada la materia de que tratan: empleo marítimo, pescadores, plantaciones, poblaciones indígenas y tribales,[10] circunstancia esta que pone en evidencia la atención que ha puesto la OIT en el tratamiento de materias respecto de las cuales pueden tener interés sectores de sus integrantes y no necesariamente todos.

2) Un gran número de países en vías de desarrollo tienen apenas unos pocos años de pertenecer a la Organización, y por lo tanto, no han tenido el tiempo suficiente para examinar el complejo conjunto de normas y seleccionar las que pueden ratificar.[11]

3) Respecto de los países con una estructura federal se plantean muchos problemas que impiden la ratificación dado que las autoridades federales carecen de competencia, en algunas materias que corresponden a la jurisdicción de los Estados.[12] En años recientes, por ejemplo 1975, el número de ratificaciones por parte de países en vías de desarrollo fue proporcionalmente, parecida a la de países en desarrollo.[13]

4) Desde el momento en que un país entra a formar parte de la Organización Internacional del Trabajo adquiere una serie de compromisos y manifiesta su conformidad y apoyo en la consecución de una serie de metas, muchas de ellas que plantean alcanzar elevados ideales; por lo tanto de difícil realización pero cuyo logro constituye un reto y un medio de superación y que tiene una manifestación práctica que de seguido veremos. Existe un campo, un cierto espacio, que yo llamaría de los convenios "inflexibles" o "no negociables" que son aquellos que se refieren a derechos humanos fundamentales (libertad sindical, trabajo forzoso, discriminación en el empleo y la profesión)[14] que por la índole de la materia a la que se refieren deben ser observados por todos los Estados, independientemente del grado de desarrollo y respecto de las cuales no tiene trascendencia el que el país, miembro de la Organización, no haya ratificado el Convenio, pues por ejemplo, en materia de Libertad Sindical, los órganos de control de la OIT pueden aún aplicar los procedimientos respecto de ellos por el hecho de formar parte de la organización y consecuentemente haberse comprometido con los fines de éste.[15]

Por lo tanto, el número de ratificaciones no parece ser un elemento decisivo en favor de la existencia de normas internacionales para los países en vías de desarrollo.

B) ¿La ratificación resulta ser una mera formalidad o, por el contrario, los Estados cumplen sus obligaciones?

El segundo aspecto que examinaremos es si la ratificación en muchos casos resulta ser solamente una formalidad o si por el contrario los Estados cumplen sus obligaciones. Con fundamento en la información disponible debemos concluir que el grado de cumplimiento es alto y que, por lo tanto, los Estados están en posibilidad de afrontar los compromisos contraídos. En efecto, según relata VON POTOBSKY,[16] con base en varios estudios realizados, se observaron discrepancias entre la legislación nacional y las normas internacionales en un 25 por ciento de los casos examinados; sin embargo, a través de los mecanismos de control de la Organización, en sus diferentes etapas, se lograron eliminar en forma total o parcial las discrepancias en un 61 por ciento de los casos.

---

9. No obstante lo apuntado el nivel de ratificaciones en el ámbito de la OIT es el más elevado dentro de las organizaciones internacionales, vid. The impact. . . p. 31; VALTICOS, ob. cit. p. 481 nos señala que a marzo de 1977 el número de ratificaciones había superado los 4.300. Entiendo que a la fecha ya se superaron las 5.000.
10. *"The impact. . ."*, p. 31.
11. Ibíd. p. 31.
12. Ibíd. p. 32.
13. Ibíd. p. 34.
14. VALTICOS, ob. cit., p. 239.
15. VALTICOS, ob. cit., p. 239.
16. VON POTOBSKY, ob. cit., p. 867—9; en igual sentido, VALTICOS, ob. cit., p. 516.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Pero aparte de todos los aspectos que hemos venido comentando resulta también de interés, a fin de centrar el problema en su verdadera dimensión, examinar si los argumentos de quienes son partidarios de normas internacionales para los países en vías de desarrollo son válidas respecto de todos los convenios. Y para estos efectos resulta interesante conocer cómo se clasifican éstos según su contenido. Existen varias clasificaciones como la de VALTICOS[17] y la de PLA[18] pero lo que cabe retener es que, cualquiera que sea la que se utilice resulta ser que hay convenios de ejecución inmediata y otros que lo que establecen es un compromiso de implementar políticas. La crítica que estudiamos sin duda se refiere especialmente a aquellos convenios de ejecución inmediata por lo que la dimensión del asunto se reduce en forma importante aunque no me es posible por el momento hacer una cuantificación.

V. PRODUCCION DE NORMAS ESPECIALMENTE DIRIGIDAS A LOS PAISES EN VIAS DE DESARROLLO

No obstante que del análisis que hemos venido haciendo parece deducirse que no existen razones poderosas que justifiquen una producción normativa especialmente dirigida a los países en vías de desarrollo, cabe examinar si habrá ventajas con una producción normativa de estas características. En consecuencia vamos a referirnos a ese tema analizándolo desde dos puntos de vista:

a) Producción de normas por organismos regionales ajenos a la OIT;

b) Producción de normas dirigidas a los países en vías de desarrollo dentro de la OIT.

a) Producción de normas por organismos regionales ajenos a la OIT.

El asunto planteado no es una elaboración puramente teórica toda vez que ya existe experiencia sobre producción de normas laborales por organismos regionales lo que nos permitirá apreciar su comportamiento práctico.

Diferentes argumentos son los que dan fundamento a la posición de quienes propugnan la regionalización de las normas laborales en el ámbito internacional. Siguiendo la enunciación que se hace con el estudio de PHILIP[19] señalamos las siguientes:

1) las normas regionales no son para sustituir las producidas en el ámbito de la OIT sino para complementarlas;

2) el hecho de que las normas estén dirigidas a países ubicados en la misma área geográfica supone una homogeneidad en el campo de aplicación dado que tales naciones tendrán características y problemas similares;

3) se ha exagerado el interés de que los convenios sean universales;

4) el control de cumplimiento es más fácil de realizar a nivel regional.

Sin embargo, PHILIP[20] luego de hacer un exhaustivo análisis comparativo entre los convenios y recomendaciones producidas por la OIT y las normas originadas en organismos regionales llegó a conclusiones muy reveladoras:

1. No existen diferencias entre las normas de la

17. VALTICOS, op. cit., p. 233-4. Distingue entre según la naturaleza de "los derechos objeto de las normas internacionales en derechos de aplicación inmediata" y "derecho-programas". Los primeros son los que pueden ser inmediatamente aplicables en los diferentes países como las normas que prescriben la fijación de una edad mínima determinada para la admisión al trabajo. Los segundos consisten en una descripción general de los objetivos perseguidos y, por lo tanto, constituyen más bien programas de acción, a veces a largo plazo, para los gobiernos.

18. PLA, Américo. *"Los Convenios Internacionales del Trabajo"*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1965; p. 233-4. Según el distinguido profesor uruguayo, los convenios pueden clasificarse así: 1) convenios de uniformidad: son los que tienen por fin establecer una norma uniforme que deba aplicarse sobre todo al territorio de los Estados que la ratifiquen. . . 2) convenios de principio: son aquellos que se limitan a establecer los principios directrices que deben inspirar las diversas legislaciones. . . 3) Los convenios de igualdad de derechos: tienen por fin asegurar la igualdad de los derechos de los trabajadores nacionales y los extranjeros en el territorio de cada Estado firmante sobre una materia. . . 4) convenios de procedimientos: los que versan únicamente sobre otros convenios".

19. PHILIP, ob. cit., p. 132-4.

20. PHILIP, ob. cit., p. 127-131.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

OIT y las regionales dado que éstas no presentan originalidad en las cuestiones tratadas excepción hecha en alguna medida de la comunidad europea, países industrializados y por lo tanto que no caen dentro del objeto del presente estudio.

2. Las normas regionales no son más precisas que las de OIT. Por el contrario, son más generales, más fáciles de cumplir y no comportan por lo tanto, ninguna mejora respecto de la legislación nacional; no definen los medios de acción para alcanzar los fines que persiguen. También en el presente caso debe hacerse la excepción de los países europeos.

3. Los procedimientos y mecanismos de control son menos elaborados en las regionales y por lo tanto menos eficaces. El prestigio y la fuerza moral que tiene la OIT no existen respecto de los organismos regionales.

4. Las metas que persiguen ambos tipos de normas son las mismas. Pero, observa PHILIP que usualmente cuando un país ratifica un convenio regional ya ha ratificado uno de la OIT sobre la misma materia o tema y que, por lo tanto, no se produce ningún progreso en la legislación.

5. Las normas regionales son muy parecidas a las de la OIT, y generalmente tienen un menor valor. Esta realidad la explica PHILIP[21] indicando que la originalidad se contrapone al número de ratificaciones y que por lo tanto, si se pretende obtener un número suficiente se cae en la generalidad. Además, nos dice, los organismos regionales en el ámbito de los cuales se producen las normas no son especializados en los problemas del trabajo y su organización administrativa es débil, excepción hecha de la europea, no existiendo oficinas corresponsales en cada país.

Aparte de las consideraciones de PHILIP cabe, con muy buen fundamento, cuestionarse hasta donde, en la práctica, existe la homogeneidad entre países que justifique una producción normativa especialmente concebida y dirigida a ellos. Basta examinar la situación de las diversas regiones de América Latina y veremos que no obstante tratarse de una de las partes del mundo que a primera vista podría ofrecer mayor homogeneidad resulta que son múltiples las diferencias: idioma, costumbres, grupos étnicos, desarrollo, sistemas políticos etc.

Vemos pues, que la alternativa examinada no ofrece ninguna ventaja sobre el sistema actual, al menos en las circunstancias actuales. Pasemos a analizar la siguiente posibilidad.

b) Producción de normas internacionales dirigidas a los países en vías de desarrollo por la OIT.

La primera cuestión que hay que plantearse es si en la actualidad los mecanismos de producción normativa en el ámbito de la OIT hacen necesario o justifican esa producción habida cuenta de que no se toma en consideración los problemas propios de los países subdesarrollados o que éstos no tengan medios adecuados de exponer sus puntos de vista. Debemos, pues, examinar en otras palabras, si el sistema normativo de la OIT ofrece suficiente flexibilidad para contemplar las especiales circunstancias que el incompleto desarrollo impone a muchas naciones. Estimamos que existe un conjunto de expresiones de la flexibilidad que se da dentro del ámbito de la OIT, en el campo que nos ocupa, a los que pasamos a referirnos.

a) Disposiciones constitucionales.

Por mandato del párrafo 3 del artículo 19 de su Constitución, la OIT tiene la obligación, al elaborar una norma internacional, de tomar en cuenta la especial situación en que se puedan encontrar los países miembros por razones de clima, desarrollo incompleto de su organización industrial u otras circunstancias particulares que hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo y proponer las modificaciones adecuadas. Por su parte la Declaración de Filadelfia, en su párrafo V, también tomó en consideración que en la aplicación de sus enunciados había que tener en cuenta el grado de desarrollo económico y social de cada pueblo. En la aplicación de estas disposiciones, nos refiere VALTICOS,[22] que la flexibilidad indicada puede intervenir en dos aspectos "el primero es el del nivel de las normas de fondo, en razón de la diferencia entre las condiciones económicas y sociales de los diferentes países, el segundo es el de los métodos de su aplicación, debido principalmente a la variedad de procedimientos y tradiciones jurídicas existentes en el mundo". Así, nos reseña varias de las fórmulas que en la práctica se utilizan para hacer efectivo el citado mandato constitucional: a) casos en que se deja cierto margen a los gobiernos en cuanto al campo de aplicación del

21. PHILIP, ob. cit., p. 131.

22. VALTICOS, ob. cit., p. 228.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

convenio; b) convenios con alternativas; c) convenios que autorizan a determinados países que no han alcanzado un desarrollo suficiente a hacer uso de ciertas derogaciones temporales;[23] d) utilización de términos bastante generales en un convenio que define una política quedando las precisiones en una recomendación complementaria.[24]

Los ejemplos de la flexibilidad señalada de las normas internacionales son abundantes y constantes, para mejor ilustración referiremos unos pocos. Ya en el convenio número uno, adoptado en Washington en la Primera Reunión, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, en los artículos 9, 10, 11 y 12 se incluyeron disposiciones especiales respecto de algunos países (Japón, India, Británica y Grecia) y se indicó que no se aplicaría por el momento a China, Persia y Siam. El Convenio 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, en su artículo tercero, estableció disposiciones respecto de los países cuya economía y recursos médicos estaban insuficientemente desarrollados.[25] El Convenio 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, contempla en su artículo 2, párrafo 4, que los países miembros cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrán previa consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años. El Convenio 128, relativo a las prestaciones de inválidez, vejez y sobrevivientes, utiliza la fórmula de ofrecer alternativas según lo que establece el artículo 2;[26] en tanto que el convenio 129, relativo a la inspección de trabajo en la agricultura, deja margen a los gobiernos sobre el campo de aplicación al prever el artículo quinto[27] la posibilidad de extender la inspección de trabajo en la agricultura a otras categorías de personas que trabajan en empresas agrícolas.

b) El mecanismo de elaboración de las normas internacionales.

No obstante que obviamente los procedimientos de elaboración normativa en el seno de la OIT, en cuanto a su flexibilidad, son una manifestación de los preceptos constitucionales referidos en el punto anterior, estimamos del mayor interés recordarlos porque a través de ellos se ofrece a todos los países, y en el caso que nos ocupa, a los países en vías de desarrollo, grandes oportunidades de plantear sus puntos de vista sobre lo adecuado o no de aprobar una determinada regulación así como también los mismos expertos de la Organización tienen la oportunidad, a través de sus estudios, de señalar la situación que existe sobre un determinado tema o materia y prever las posibles dificultades de aplicación por las limitaciones de los países a quienes se aplicarán. En efecto, aunque no pretendamos detallar el procedimiento de elaboración de convenios y recomendaciones[28] señalaremos al menos diversos momentos del procedimiento en el que los países interesados tienen oportunidad de hacer ver sus puntos de vista. Así: a) un Estado miembro puede oponerse a la inscripción de una cuestión en el orden del día de la Conferencia, que constituye la primera etapa para la adopción de un convenio o de una recomendación; b) también puede dar a conocer su opinión al contestar el cuestionario que la Oficina Internacional del Trabajo debe remitirle junto con el informe que ésta ha preparado sobre la cuestión; el Gobierno dispone de un plazo aceptable toda vez que se le conceden cuatro meses para evacuar el cuestionario; c) el segundo informe que redacta la Oficina también se le comunica a los Gobiernos que lo conocerán y podrán utilizarlo para la primera discusión; d) los miembros de la organización pueden hacer, dentro de los tres meses siguientes a su recibo sugerencias de reformas a los textos que como proyecto de

---

23. Ob. cit., p. 229.

24. Ob. cit., p. 230.

25. "1.—Todo miembro cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados podrá acogerse, mediante una declaración anexa a su ratificación, —si las autoridades competentes lo desean, y durante todo el tiempo que lo consideren necesario—, a las excepciones temporales que figuran en los artículos siguientes. . .".

26. "Artículo 2. 1.—Todo miembro para el cual esté en vigor este Convenio deberá aplicar: a) la parte I: b) por lo menos una de las partes II, III, y IV; c) las disposiciones correspondientes de las partes V y VI; d) la parte VII". Una fórmula igual utiliza el artículo 2 del convenio 102.

27. "Artículo 5. . . 2.—Todo miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá comunicar ulteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, una declaración por la que se compromete a extender la inspección a una o más categorías de personas mencionadas en el párrafo precedente, no comprendidas ya en virtud de una declaración anterior".

28. Para un amplio detalle del tema puede consultarse a VALTICOS, ob. cit., p. 220 y siguientes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

convenio o recomendación elabora la Oficina luego de la primera discusión.

c) El Tripartismo.

Estimamos que esta característica, diferenciadora de la OIT respecto de otros organismos internacionales, también tiene trascendencia en el plano de la flexibilidad de las normas internacionales respecto de los países en vías de desarrollo. En efecto, si tomamos en consideración que entre los argumentos más utilizados para justificar la no aplicación de las disposiciones laborales está la imposibilidad de la economía de hacer frente a las cargas financieras que de la normativa derivan y que quienes usualmente exponen este punto de vista son los empleadores, al participar ellos en las diferentes etapas e instancias de la elaboración estará en posibilidad de exponer sus argumentos y razones para oponerse a una norma que consideren está por encima de las posibilidades reales de un determinado país.

d) La importancia numérica de los países en vías de desarrollo dentro de la OIT.

Los países en vías de desarrollo son ampliamente mayoritarios en la OIT. En consecuencia resulta difícil de admitir que dichos Estados vayan constantemente a dictar normas de imposible o difícil aceptación o aplicación para ellos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Si creemos haber demostrado que el gran número de argumentos y cuestiones que se han planteado sobre los alegados problemas de aplicar las normas internacionales del trabajo a los países en vías de desarrollo no parecen tener fundamento, entonces ¿cuál es la razón real de las críticas? Es difícil probarlo pero probablemente en buena parte sean de índole política pues es un hecho cierto que siempre que se pretende innovar o mejorar en materia laboral es usual escuchar apocalípticas previsiones sobre las graves repercusiones que tendrá una determinada legislación. Cabe preguntarse ¿hasta dónde hay fundamento para esos temores? Mi experiencia me hace ser bastante escéptico. En efecto, hace poco tiempo participé en una comisión encargada de preparar una reforma total o integral a la legislación laboral de mi país. No obstante que la comisión no deseaba divulgar sus trabajos hasta que el proyecto del nuevo Código estuviera totalmente concluido, para evitar presiones, sobre una determinada materia, hubo una infidencia y comenzaron las manifestaciones públicas por la prensa de diversos sectores interesados presagiando todo tipo de desgracias para el país de adoptarse la reforma propuesta. Tuve la curiosidad de buscar en la prensa de hace cuarenta años las críticas que se hicieron en esa oportunidad al proyecto que se convirtió en el actual Código de Trabajo y para mi sorpresa los argumentos y razones eran prácticamente los mismos y por supuesto nada de lo presagiado había ocurrido.

Y una última reflexión que inspira el tema es la siguiente: si tomamos en consideración que los países en vías de desarrollo conforman cerca del 85 por ciento de los miembros de la OIT y que en los países desarrollados, hay toda una amplia gama de materias que son objeto de negociación colectiva en la que se superan ampliamente los contenidos de las normas internacionales, ¿no será la OIT una fuente de creación de normas especialmente dirigidas a los países en vías de desarrollo, pues los desarrollados es poco lo que pueden mejorar con ellas?

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

HACIA UNA EPIGENESIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LICDA. NURY VARGAS AGUILAR

MARCO CONCEPTUAL SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

Primera sistematización.

En el sentido más amplio, la Seguridad Social comprende la organización y la actividad del Estado.

Otro concepto más restringido, pero sin embargo de gran amplitud y de grandes proyecciones sociales, se refiere a la atención de aquellas personas víctimas de la estructura política-económica de la sociedad formada por los que carecen de trabajo, los niños y ancianos que están en situaciones de desamparo, así como los enfermos e inválidos física y mentalmente. Se equiparaba así, la Seguridad Social como la asistencia social y la beneficencia.

La falta de justicia social hizo que apareciera una lucha ideológica y que las organizaciones obreras comenzaran a hacer presión con paros, huelgas, etc. Surgió así la idea de crear leyes protectoras, entre ellas, la previsión social, la de los seguros sociales, enteramente diferentes de las de beneficencia, pues llegaron a ser obligatorias constituyendo un *derecho* para el trabajador. Quedaba siempre una población que no recibía por *derecho* esos beneficios: los que no trabajan. La diferencia que existe entre Seguros Sociales y Seguridad Social, es que, el primero protege sólo a una parte de la población ya sea al trabajador o al económicamente débil. La segunda ampara a toda la población de un país. Mientras que una tiene carácter parcial, porque cubre únicamente ciertos riesgos, la Seguridad Social encierra una garantía de conjunto para todas las contingencias sociales. El primero se sustenta en aportaciones (cuotas) usualmente tripartitas; la segunda se sustenta mediante cotizaciones globales que asume forma de impuestos.[1]

El Dr. Carlos José Gutiérrez en su libro Lecciones de Filosofía del Derecho, expone con relación al anhelo de seguridad, en el ser humano:

> "Obtener seguridad es un propósito esencial de la naturaleza humana. Colocado frente al universo, consciente de su pequeñez de su ignorancia, enfrentándose a fuerzas que se le antojan aterradoras, el hombre desde las etapas primitivas, ha buscado siempre formarse un mundo conocido donde pueda ***vivir tranquilo,*** confiar en lo que le rodea y estar seguro de que ***contará con alimento, abrigo, protección, salud y bienestar, tanto para sí como para su familia".*** (El subrayado es nuestro).

El propósito es que el lector haga una pausa para el análisis. ¡Cuánta gente no tiene seguridad de poder dar alimento, estudios, o pagar la vivienda a su familia!

Para efectos del trabajo presente, y de la homologación del lenguaje entre los funcionarios que laboraren en instituciones del Sector Trabajo y Seguridad Social, vamos a analizar el concepto: Seguridad Social.

Definición de lo que es la Seguridad Social en su concepto restrictivo.

Para Jarach: "La Seguridad Social es el conjunto de medidas que tienden a asegurar un mínimo de ingreso a todo hombre cuando la interrupción o pérdida de la capacidad de trabajo le impidan conseguirlo por sus propios medios".

---

1. VARGAS AGUILAR, Nury, *Necesidades de un planeamiento para el bienestar social,* Caracas, Venezuela, VI Congreso Panamericano para la Seguridad Social, junio, 1969.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dijo Jarach: *(Problemas Económicos Financieros de la Seguridad Social,* Buenos Aires, 1944, pág. 6) "Se está ante una de las nociones más rígidas, ya que se ciñe a los trabajadores y al salario en dinero".

Para Greco, se entiende por Seguridad Social: ". . .Una realidad política, jurídica, técnica y práctica, cuyo objeto es la cobertura de determinadas contingencias, valoradas como socialmente protegidas, mediante organismos estatales o paraestatales como recursos propios". (Rubén Greco, colaboración en *Revista de Seguridad Social,* publicación del Ministerio de Bienestar Social, Buenos Aires, 1968, n. 6, pág. 518).

Definiciones amplias sobre lo que es la Seguridad Social.

Ante la situación real, de desigualdad entre los individuos que viven en un país, en una sociedad en un momento determinado, la Seguridad Social constituye todos los esfuerzos que un Estado realiza para mejorar el nivel de vida de los situados en inferioridad en sus condiciones económicas, por combatir la miseria, la indigencia y la penuria. Es una proyección más vigorosa de la Seguridad Social, que trasciende de la clase trabajadora. En opinión de Bramuglia: "La Seguridad Social es de una significación más amplia: comprende la organización política, económica y social del Estado consubstancial a la existencia del ser humano. Y en tal sentido, la Previsión Social, integrada por la asistencia y los seguros sociales, será solamente una parte de la Seguridad Social". (J.A. Bramuglia, *Régimen Jubilatorio Argentino,* en Boletín Informativo de Leyes de Trabajo, Buenos Aires, 1944, año III, n. X).

Para García Oviedo: ". . .la Seguridad Social se presenta como la política de bienestar, generadora de la paz social, basada —frente al angosto concepto de la solidaridad laboral o industrial— en el más amplio sentido de la solidaridad humana". (Carlos García Oviedo, colaboración en *Revista Española de Seguridad Social,* Madrid, 1950, pág. 1.551.).

Para tener una panorámica más clara sobre las tendencias actuales sobre esta materia, se considera de mucho interés hacer una transcripción de la Declaración Iberoamericana de la Seguridad Social, la cual contiene una serie de variantes importantes sobre el sentido moderno que se da a las prestaciones.

DECLARACION IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL DE BUENOS AIRES

El V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en la ciudad de Buenos Aires, entre los días 24 y 29 de abril de 1972.

CONSIDERANDO

1. Que la evolución del contenido de la Seguridad Social ha marcado una permanente expansión dinámica que, en la actualidad, reclama cobertura integral en profundidad y diversidad de las múltiples contingencias vitales y la promoción del hombre al máximo nivel del desarrollo de su personalidad y permanente integración al núcleo social;
2. Que ese desarrollo se ha caracterizado por la prescindencia cada vez más acentuada de la relación hombre-trabajo, en la base de las soluciones, para desembocar en sus etapas más recientes, en la relación hombre-ser humano, destinatario de sus provisiones;
3. Que consecuentemente, en su concepción teleológica ha experimentado la transformación propia del cambio, erigiendo al ser humano por la sola circunstancia de tal, con su prescindencia de cualquier calificación condicionante, en el titular de un derecho de *Seguridad So-*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cial, [2] en todas las etapas de su vida y en todas las manifestaciones de su existencia;

4. Que este concepto, pese a su admisión teórica, no se ha consagrado normativamente, atento a que generalmente las declaraciones al respecto aluden a las ventajas que los programas de Seguridad Social ofrecen para el progreso social, del que son instrumento, o para aspectos tales como la *protección de la salud, la garantía de los medios de subsistencia en casos de infortunio, la disponibilidad de viviendas decorosas, la suplementación de ingresos,* la nivelación *de ingresos económicos de la célula familiar,* o para el desarrollo económico en puntos tales como *la redistribución de las rentas,* el fomento del ahorro popular, la inversión nacional y la regulación del consumo;
5. Que ha llegado el momento de reconocer que el citado proceso solutivo *exige su consagración normativa,* conforme a su nueva concepción jurídica y que por consiguiente, procede *reclamar en toda su amplitud la vigencia de un DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL,* que pertenece al hombre, para sobrellevar las contingencias de su existencia, y para disponer, por obra de los servicios sociales, de los mecanismos adecuados que permiten reafirmar su personalidad y, en su caso, reintegración al conglomerado social, como elemento actual, dinámico participativo de la obra común aún cumplido su ciclo laboral;
6. Que en este sentido coincidente ha llegado igualmente la oportunidad de reconocer, como elemento de cambio, que la Seguridad Social constituye uno de los factores de la organización, *que cuando el hombre llega a solucionar sus problemas vitales por la cobertura cabal de los riesgos que lo degradan, se siente integrado a la comunidad,* y se constituye en agente del desarrollo social, que a su vez motoriza el desarrollo económico. En tal forma, se invierte el esquema tradicional que supeditaba el desarrollo social al económico;
7. Que toda comunidad se encuentra comprometida en la consecución de esos logros básicos de rehabilitación a la plena utilidad social de que son portadores todos los seres humanos, y de su aplicación al proceso común;

   Por lo que sustentados en tales fundamentos, el derecho de Seguridad Social debe funcionar como un servicio público especializado, cuya responsabilidad corresponde al Estado en la misma medida que los restantes fines a su cargo, y por lo tanto, independientemente de las condiciones económicas del medio, y de un financiamiento particularizado. *La sociedad debe estar obligada no sólo por imperativos morales de solidaridad sino también por imposición legal, a contribuir en la medida de sus posibilidades al sostenimiento del bienestar común, que se retrovierte a la comunidad;*
8. *Que la Seguridad Social debe enmarcarse en la planificación nacional de la acción gubernamental* de cada país para mantener la identidad de orientación y soluciones generales, siendo recomendable la uniformidad de directivas y, en el aspecto operativo, la creciente profesionalización de los agentes gestores, tanto por la especialidad del cometido como del sector humano al que se dedica su atención;
9. Que el ámbito internacional, respetando las respectivas soberanías nacionales, es adecuado proceder a la consagración de soluciones similares por la vía de los acuerdos multilaterales.

Por ello, el V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social formula lo siguiente:

DECLARACION

1. *El hombre, por el solo hecho de su condición, tiene el derecho de SEGURIDAD SOCIAL,* concebido como la *cobertura integral* de sus contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad y su integración permanente en la comunidad.
2. *Deben compatibilizarse los fines y los medios de las políticas económicas y sociales,* mediante una planificación conjunta e integrada, dirigida fundamentalmente a promover el Bienestar.

   Las exigencias de la Seguridad Social deben

2. Los subrayados son nuestros.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

atenderse no sólo con el incremento producido por el desarrollo económico, sino con *una más justa distribución de la renta nacional.* Las prioridades del desarrollo económico no deben postergar programas de Seguridad Social destinados a cubrir necesidades cuya satisfacción es esencial para la dignidad humana.

3. La responsabilidad del *derecho de Seguridad Social incumbe al Estado, por cuanto se ha convertido en fin esencial del mismo* en la época presente.
4. El derecho de Seguridad Social, por su sentido de universalidad está vinculado, sin discriminación de matices, por actividad laboral y por función social, *a todos cuantos constituyen la comunidad nacional.*
5. La formulación del derecho de Seguridad Social responde a la idea de *integridad en cuanto requiere no sólo la protección de las contingencias tradicionales en cuanto a salud y medios económicos de subsistencia, sino la instrumentación de los servicios de acción formativa, empleo, vivienda, ahorro, crédito, recreación y demás servicios sociales necesarios para la promoción y desarrollo del hombre.*
6. El derecho de Seguridad Social *responde al principio de solidaridad nacional* y debe en consecuencia, cimentar su sostenimiento en la contribución de todos los miembros de la comunidad social que disponen de ingresos, y no sólo de los sectores productivos.
7. A la efectividad del derecho de Seguridad Social *están llamados cuantos organismos y entidades públicas, semipúblicas y privadas cumplan funciones sociales.*
   Su actuación debe corresponder a la característica de servicio público y como tal, *estar integradas en la planificación nacional a cargo del Estado.*
8. El desarrollo social y particularmente el derecho de Seguridad Social constituyen objetivos prioritarios y fundamentales para Iberoamérica y, por lo tanto, resulta indispensable acelerar todos los esfuerzos para alcanzarlos en el más corto tiempo posible. (Buenos Aires, Argentina, 23 de abril de 1972).

A partir del Congreso de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en Ginebra, en 1952, se consideró al término *Seguridad Social como globalizante de todas las políticas generadas por un Sistema Político,* orientadas a buscar la eficiencia económica, el aprovechamiento de los recursos humanos y materiales, como la estabilidad y convergencia de los distintos intereses de los grupos sociales que conforman la sociedad. *Por lo tanto la Seguridad Social* que no es otra cosa que normas legitimadas socialmente. Incluye no sólo: la asistencia médica (Seguro Social). La protección de la fuerza laboral a través de una serie de seguros llamados *Riesgos Profesionales,* que para nuestros efectos le asignamos la categoría de *ASEGURAMIENTO SOCIAL o SEGUROS SOCIALES, sino también: la dotación de los servicios básicos (vivienda, agua, carreteras, alimento, educación, energía eléctrica, etc.) a la población.*

La amplitud del concepto de Seguridad Social, no sólo engloba, sino que empeña lo que tradicionalmente se ha conocido como "Bienestar Social". Vamos a suministrar otros conceptos, que equivalen a las subáreas de trabajo del Sector Trabajo y Seguridad Social. Estos son:

AREA	SUBAREAS
SEGURIDAD SOCIAL	Seguros Sociales
	Promoción Social
	Asistencia Social
	Rehabilitación Social

Seguros Sociales:

Programáticamente está referida al campo de las condiciones de trabajo y tiene por objeto garantizarle al trabajador las condiciones mínimas y necesarias para la mantención de su vida y de su familia.

Los Seguros Sociales se entienden como un conjunto de mecanismos[3] que le son proporcionados a la población para protegerla sobre ciertos riesgos de trabajo. De allí que se base en un régimen contributivo de carácter obligatorio y tiende hacia una cotización global que puede asumir la forma de impuestos.

3. **Riesgos físicos, enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. El accidente o la enfermedad profesional, que ataquen directamente la capacidad de trabajo del individuo. Riesgos agrícolas, como nevadas, inundaciones, epidemias. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. Consideraciones de la Seguridad Social, México, D.F., pág. 14.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Promoción Social:

Está referida a aquellos programas que posibiliten un ambiente de libertad para que el individuo pueda actuar y realizarse libremente en la sociedad; es decir a la creación de oportunidades para organizarse, capacitarse y recrearse.

Asistencia Social:

En esta subárea podrían clasificarse aquellos programas que están orientados a brindar servicios a grupos de población marginados con el propósito de que desarrollen sus capacidades personales y se constituyan en individuos activos. Aquí se incluyen programas como: subsidios o suministros, vivienda, salud pública o comunitaria, guarderías infantiles y hogares de ancianos.

Rehabilitación Social:

Se incluyen en esta subárea los programas de tratamiento de grupos indigentes, entendiéndose por éstos: los niños abandonados, desnutridos, minusválidos, la población penal, los enfermos alcohólicos, los drogadictos y las prostitutas. Por lo que la rehabilitación puede estar orientada al aspecto físico, mental o social.

Existe consenso a nivel mundial, que en la planificación de la Seguridad Social, es el político quien debe fijar LOS FINES. . . y que corresponde al técnico, la función de ofrecer a aquél, los medios para la consecución.

Para García Oviedo, la Seguridad Social es la política del bienestar, generadora de la paz social.

Para el jurista español, Manuel Fraga Iribarre, expresa que: ". . .el fin básico de la Seguridad Social será el crear en realidad, una verdadera Seguridad Social conseguida en buena parte por una profunda distribución de la renta nacional, concebida ésta, como un capital general asegurador de la seguridad de todos los miembros de una comunidad".

¿Qué contingencias debe cubrir la Seguridad Social, dependerá de las decisiones políticas, y de la disponibilidad de fondos para cubrirlas?

Por CONTINGENCIA SOCIAL, se entiende, la protección del hombre contra cierto número de eventualidades susceptibles de producir una reducción o suspensión de su actividad o de imponer cargas económicas suplementarias. Nunca la enumeración de contingencias debe ser taxativa.

Visto así, se convierte la Seguridad Social en un termómetro de la realidad. Como valoración social que se da a las necesidades del hombre en una sociedad determinada en un momento histórico determinado.

Para Jean Jacquez Duperyroux, distingue entre las siguientes dos expresiones:

1. Política de Seguridad Social y
2. Sistemas de Seguridad Social

y expresa: ". . .en el lenguaje habitual de los especialistas, estas dos expresiones no son sinónimos. La primera se refiere a los fines, cualquiera que sea el momento empleado para cumplirlos, y la segunda no solamente ciertos fines, sino también una cierta ordenación de las estructuras jurídicas".

De ahí que es a partir del estudio de los Sistemas de Seguridad Social, que se podrá definir, aproximadamente el concepto de Derecho de Seguridad Social.

Por eso la importancia de conocer en Costa Rica, cuáles instituciones laboran en el campo de la Seguridad Social, y cuál es el ámbito de competencia. Es necesario aclarar, que en abril de 1981, los profesionales que integraban el Comité Técnico del Sector Trabajo y Seguridad Social, durante varias sesiones de trabajo llegaron a concluir en ponerse de acuerdo con una determinada terminología, y con una primera clasificación que hizo la Secretaría del Sector Trabajo y Seguridad Social, de todas las acciones que se realizaban en sus instituciones sociales. El resultado fue el siguiente:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ESQUEMA DE COORDINACION PARA LA PLANIFICACION Y EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES DEL SECTOR TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (1983)

A: AREAS	B: SUBAREAS	C: LINEAS DE ACCION
1. TRABAJO	1.1. EMPLEO	1.1.1. Servicio de colocaciones
		1.1.2. Organización para la producción
		1.1.3. Formación profesional
		1.1.4. Generación – Empleo
	1.2. CONDICIONES DE TRABAJO	1.2.1. Salarios
		1.2.2. Condiciones mínimas
		1.2.3. Salud ocupacional
	1.3. RELACIONES DE TRABAJO	1.3.1. Relaciones individuales
		1.3.2. Relaciones colectivas
		1.3.3. Organizaciones gremiales
		1.3.4. Formas asociativas de trabajo y producción
2. SEGURIDAD SOCIAL	2.1. SEGUROS SOCIALES	2.1.1. Régimen de Enf. y Maternidad
		2.1.2. Régimen de Inv., Vejez y Muerte
		2.1.3. Otros regímenes contr. pensión
		2.1.4. Seguro Riesgos Profesionales
		2.1.5. Ahorro y Form. Patrimonio Fam.
	2.2. PROMOCION SOCIAL	2.2.1. Organización y capacitación
		2.2.2. Deporte y recreación
		2.2.3. Educación no formal, Inf., Divulg.
		2.2.4. Créditos individuales y colect.
	2.3. ASISTENCIA SOCIAL	2.3.1. Subsidios y suministros
		2.3.2. Vivienda
		2.3.3. Salud comunitaria
		2.3.4. Guarderías infantiles
		2.3.5. Hogares de ancianos
		2.3.6. Infortunios y emergencias
	2.4. REHABILITACION SOCIAL	2.4.1. Protección de menores aband.
		2.4.2. Rehab. de minusválidos
		2.4.3. Rehab. de internos centros penales
		2.4.4. Rehab. de enfermos alcohólicos
		2.4.5. Rehab. de drogadictos
		2.4.6. Rehab. de prostitutas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La siguiente tipificación del Sector Trabajo y Seguridad Social, en áreas, subáreas, y líneas de acción, es el resultado de la recopilación y clasificación de los diferentes programas desarrollados en la actualidad por las instituciones que integran el sector. El objeto de dicho ordenamiento es de lograr una visión esquemática sobre el quehacer del sector, mediante el que se permita la constante referencia a los ámbitos de acción más generales en el campo de trabajo y de Seguridad Social.

El propósito es aportar elementos orientadores que faciliten el conocimiento y tratamiento programático:

AREA	SUBAREA
TRABAJO	EMPLEO
	CONDICIONES DE TRABAJO
	RELACIONES DE TRABAJO

Empleo:

Se refiere a todos aquellos programas y diseños de políticas que tengan como finalidad observar el aumento de la fuerza de trabajo; reducir el desempleo y el subempleo, o generar oportunidades de empleo en determinadas actividades y regiones.

Con el objeto de darle un tratamiento integral al problema del empleo es necesario incluir en este acápite todos los programas tendientes a lograr la mayor eficiencia en la utilización de la mano de obra.

Asimismo deben incorporarse todas aquellas actividades tendientes a facilitar el contacto entre la oferta y la demanda de mano de obra.

Esta subárea incluye también todas aquellas líneas de acción referidas a la formación profesional, las cuales se encuentran estrechamente ligadas al empleo, ya que complementan la oferta insuficiente de recursos humanos capacitados, y aquellas que tienden a superar los desajustes que ocasiona la falta de capacitación de los recursos humanos en relación con los puestos de trabajo disponibles.

Condiciones de trabajo:

Esta subárea incluye los programas y diseños de políticas relativas a salarios; ya se trate de salarios mínimos, contractuales, privados o públicos.

También se refiere a aquellos programas que tengan como finalidad la vigilancia del cumplimiento de las normas mínimas de trabajo y el mejoramiento de estas últimas, así como el perfeccionamiento de las condiciones de trabajo contractuales.

Además se incorporan acá todas aquellas actividades tendientes a mejorar la salud ocupacional, prevenir los riesgos y enfermedades profesionales y vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene del trabajo.

Relaciones de trabajo:

Incluye el diseño de políticas y programas que tengan por finalidad procurar y mantener la armonía en las relaciones obrero-patronales tanto las individuales como las colectivas.

También se refiere a aquellos programas de otorgamiento de la personería jurídica a los sindicatos y cooperativas, de fomento y asesoría sindical y de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones legales de las organizaciones gremiales.

Se incluye además dentro de la categoría genérica de "Relaciones de trabajo" a las otras formas asociativas de trabajo y producción.

Con esto se alude principalmente a las empresas comunitarias, cualquiera que sea su tipo de organización y fines.

INSTITUCIONES QUE INTEGRAN EL SECTOR TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Según el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 141844 del 1 de febrero de 1983 integran el sector:

a. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,
b. El Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica,
c. El Instituto Nacional de Seguros,
d. El Instituto Mixto de Ayuda Social,
e. Caja Costarricense de Seguro Social,
f. El Instituto de Fomento Cooperativo,
g. Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad,
i. El Banco Popular y de Desarrollo Comunal,
k. La Dirección de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

l. El Patronato Nacional de la Infancia,
ll. El Instituto Nacional de Aprendizaje, y
m. Cualesquiera otras instituciones que determina el Presidente de la República, atendiendo propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Es oportuno hacer un comentario, que hay alrededor de 280 organizaciones privadas que se dedican a labores de asistencia social, rehabilitación, atención de menores, etc. . . y que aún no se ha podido tener ni siquiera un registro, menos una supervisión de ellas. Es importante aclararlo, porque las políticas sociales deben ir al Sector Público y al Privado, siempre que el fin que persigan, sea un interés público: proteger ancianos, menores, etc.

Hay que recordar que "las acciones, los servicios y las entidades creadas con propósitos de Seguridad Social están sujetas a la planificación.

Como acción conjunta del Estado, es al que le corresponde estimular y orientar mejor la participación en el sector, de forma que sus recursos y acciones produzcan los máximos efectos y eviten duplicación en los esfuerzos y en los costos. De esta manera, el Estado contribuye a organizar la misma comunidad y la comunidad organizada es la que da fuerza potencial y riqueza a la Seguridad Social". (Considerando No. 7 del Decreto No. 14312).

La Constitución Política en su artículo 50, dicta la siguiente norma programática:

> "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".

Es a través no sólo de la producción, de salarios justos, de contener la inflación, que se trata de dar "mayor bienestar". Es también a través de toda una red de servicios, que se dan en las instituciones del Sector Trabajo y Seguridad Social que se busca redistribuir riqueza y proteger a los sectores más pobres de la población, con vivienda, capacitación laboral, alimentos, medicinas, servicios jurídicos gratuitos, protección a la infancia, a la madre sola, protección para los ancianos que no tienen otros medios de subsistencia más que los que el Estado les brinda a través de sus hogares de ancianos, de las pensiones del régimen no contributivo, y otros.

La importancia de evaluar el beneficio directo que esta población recibe, es urgente, pues han ido creciendo en gastos de operación, en pago de salarios a servicios personales, lo que reduce la capacidad institucional para beneficiar la población neta. (Este será tema de un próximo trabajo sobre Realidad vs. Norma Jurídica, que se está revisando para publicarlo).

Ya para concluir, es necesario revisar la relación directa que existe entre PAZ, JUSTICIA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL. Pues una no existe sin la otra. Las tres están entrelazadas. Como expone el Dr. Carlos José Gutiérrez en su libro Lecciones de Filosofía del Derecho:

> "Así como el hombre busca seguridad, así se encuentra a veces dispuesto a sacrificar el mundo conocido y seguro a los azares de la aventura y de la revolución, acudiendo al llamado de un jefe, un visionario o un hábil político, para lanzarse al derrocamiento del sistema establecido, al descubrimiento de un nuevo mundo, o a la lucha por el triunfo de una idea religiosa, política o social".

Lo que un país invierta en la Seguridad Social, lo ahorra en armas y lo abona a la paz.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ACTITUDES DEL DELINCUENTE EN COSTA RICA

DR. DANIEL GADEA NIETO

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION 66

I. Clientela de la justicia penal. 66
A. Indiciados primarios. 66
B. Indiciados habituales 67

II. Reacción ante los órganos judiciales 67
A. Fase de la instrucción. 68
B. Fase de debate 68

III. Situación laboral 69

IV. Posición ante los familiares 69

V. Situación en la fase de condena 69
A. Situación penitenciaria. 69
B. Valoración de la pena. 70

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

Resulta interesante determinar toda una serie de facetas y actuaciones del delincuente costarricense. En efecto hay una serie de diferencias de las personas que pasan al acto, según estos sean delincuentes primarios o delincuentes habituales. Definitivamente no todos ellos reaccionan de la misma forma ante la presentación o enfrentamiento ante el aparato de la justicia penal. Conviene interrogarse a través de este ensayo si dichas actitudes variadas siguen algún patrón o denominador en común o si por el contrario no se pueden señalar generalidades en el reaccionar ante el aparato represivo.

Dichas interrogantes deben llevarnos a considerar en primera instancia el tipo de clientela a la cual hace frente la justicia penal costarricense generalmente (I).

En un segundo momento será preciso interrogarse sobre las reacciones de los imputados de un hecho delictuoso ante el órgano de la reacción social correspondiente, es decir, ante los diferentes juzgados represivos (II). Luego se analizará la situación laboral (III).

En un tercer momento debemos tratar de señalar cuál es la posición que se toma generalmente de parte de los imputados frente al núcleo familiar, núcleo que por estar muy ligado al imputado tiene una trascendencia especial (IV).

En cuarto lugar trataremos de analizar de qué manera se presenta la realidad penitenciaria para el sujeto condenado a pena de prisión, tratando con ello de buscar respuestas a lo que representa la vida en un establecimiento carcelario (V).

Todas estas reflexiones forman parte de la experiencia personal del suscrito en mi contacto diario con diversos tipos de imputados y la comparación de lo que es la realidad cotidiana de dichos sujetos con mis estudios en la rama de la criminología.

I. CLIENTELA DE LA JUSTICIA PENAL

Entendemos aquí por clientela de la justicia penal todas aquellas personas que por diversos motivos han sido objeto de reenvío ante un órgano judicial, o más precisamente todos aquellos sujetos que son denunciados por la presunta comisión de un hecho delictuoso.

Las razones por las cuales se produce en Costa Rica el reenvío a un órgano judicial son muy diversas, pero es importante señalar que generalmente hay una determinada voz de alerta en la población de que la delincuencia en el país ha adquirido límites preocupantes. Por ello es muy común que en los Tribunales de justicia penal haya una gran cantidad de denuncias por delitos cometidos contra la propiedad.

La opinión pública en Costa Rica es sensible al hecho de que a ciertas horas y en ciertos lugares no se puede caminar en forma solitaria, aunque la delincuencia se ha vuelto tan audaz, que pasearse por la Avenida Central es también toda una odisea, por los miles de delitos que allí se producen a plena luz del día.

Si bien es cierto que se producen denuncias ante los Tribunales de Justicia, también hay que meditar que no todo pasaje al acto es descubierto, es decir, no todo hecho que configura una infracción penal es denunciado, ya sea porque el reenvío no se produce, ya sea porque el delincuente nunca es descubierto. Esto entonces provoca que haya un porcentaje importante de delitos que nunca salen a la luz pública y forman la llamada cifra negra de la criminalidad.

También cabe preguntarse si la clientela penal cotidiana es representativa de los sujetos que pasan al acto o si por el contrario ello representa una muestra nada más como parte de la delincuencia convencional. Esto nos hace meditar que además del delincuente común existe otro tipo de delincuencia no convencional que muy pocas veces es descubierta, pues se trata de personajes que pasan al acto, pero por su poder e influencias sociales nunca son objeto de reenvío a un órgano judicial.

Aclarado lo anterior, hemos de señalar que aquí entraremos entonces a analizar a esa clientela convencional.

A. Indiciados primarios.

Los indiciados primarios son aquellos sujetos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que por primera vez se encuentran en contacto con el aparato de la justicia penal, teniendo que hacerle frente a su vez a un proceso penal.

Generalmente el indiciado primario manifiesta una preocupación natural hacia su familia, la cual ocupa un lugar preponderante entre sus demás inquietudes. Aquí tenemos los casos de los imputados que hacen todo lo posible por determinar algún tipo de comunicación con su familia, sobre todo para que ésta lo pueda visitar en la Unidad de admisión o el centro penitenciario en el cual se encuentra recluido. Es indudable que todo primer contacto con un ente represivo es doloroso y es todo un choque psicológico para el imputado. Por tal motivo la comunicación y la presencia de su familia le vienen a dar un soporte moral ante esa crítica que experimenta la mente del indiciado primario. El asunto se vuelve dramático cuando estamos en presencia de imputados (hombres o mujeres) de escasos recursos económicos. Generalmente en Costa Rica, la cabeza del hogar y el sostén de una familia están sustentados en el trabajo del hombre de la casa y si éste se encuentra en prisión, lógicamente el trastorno que se produce en el medio familiar es enorme. En el caso de la mujer indiciada se presenta también el problema de que muchas veces ella es madre soltera y tal vez cuando fue detenida, sus hijos menores de edad quedaron con una vecina, que lógicamente no los va a cuidar igual que su madre o simplemente los abandona a su suerte en un momento determinado.

Todo este problema del indiciado primario con respecto a su familia, se viene a complementar con aspectos que podríamos llamar de dificultades de espacio.

Las dificultades de espacio se produce porque el imputado primario rechaza inmediatamente el lugar de su reclusión. Definitivamente para él no es lo mismo tener que convivir en celdas comunes con delincuentes que estar en su casa de habitación. Ayer tal vez todavía estaba con sus familiares y amigos y de pronto se encuentra en prisión con seres extraños, seres que le causan repulsión, temor y angustia.

Lógicamente no todo indiciado reacciona de la misma manera, pues las actitudes de los delincuentes habituales es diversa y ello lo examinaremos a continuación.

B. Indiciados habituales.

Los indiciados habituales representan en realidad aquel conjunto de personas que ya han sido pasados en múltiples ocasiones ante los órganos represivos. Pertenecen por decirlo a los delincuentes que han hecho del delito un modo habitual de su vida.

Las reacciones del indiciado habitual son completamente diferentes a las indicadas para el indiciado primario.

En una primera instancia se trata de actitudes más frías y más indiferentes. Ya no estamos en presencia de aquel sujeto que se asusta ante su contacto con la justicia penal, pues los Tribunales son viejos conocidos suyos y ya la mayor parte de los empleados lo conocen. Se trata pues de personas con generalmente un respetable *record* delictivo.

Con respecto a su actitud ante el núcleo familiar ella es muy variable, pero también encontramos que en este tipo de delincuente la familia no representa una preocupación importante, pues incluso ya la familia está preparada o ha sido preparada, para todos aquellos momentos largos que el imputado ha pasado detrás de las rejas. Incluso muchos de los delincuentes habituales muestran poco interés por ligarse a su familia, tal vez para evitar algún reproche de tipo moral a la hora del pasaje al acto.

Indudablemente en el delincuente habitual no se produce ese choque psicológico cuando ingresa a la Unidad de admisión, pues ya conoce de ella la mayor parte de sus secretos y de sus olores. Por tal motivo no se presenta en el indiciado habitual dificultades de espacio, pues generalmente ya se ha acostumbrado a ese tipo de incomodidades. Aquí cabe preguntarse si su actitud hacia la delincuencia y la desviación no lo hacen en determinado sentido añorar ese mundo oscuro de la prisión o por lo menos eso es lo que dan a entender con su desviación.

II. REACCION ANTE LOS ORGANOS JUDICIALES

La reacción del imputado ante los órganos judiciales lógicamente también van a variar de acuerdo a la categoría del indiciado. Para determinar mejor dichas actitudes veamos las consecuencias

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que se producen durante la fase de instrucción y durante la fase de debate.

A. Fase de la instrucción.

Durante esta etapa, el indiciado primario muestra una preocupación natural por determinar la gravedad del hecho acusado y de las posibles consecuencias. Generalmente, este tipo de sujeto, por inexperto, pregunta a su abogado cualquier palabra o término, pues no comprende el lenguaje procesal. Este es también el imputado, que sobre todo si es inocente, se confía en forma amplia y total a su defensor, para que sea éste desde el punto de vista técnico, quien asuma la defensa jurídica. Sobre todo, este tipo de imputado es cauto y temeroso, pero muestra un cierto grado de tranquilidad en su conciencia.

Con respecto al indiciado habitual éste va a mostrar una actitud calculadora y fría. En estos casos, estamos en presencia de sujetos que conocen la mayor parte de los términos usados en el proceso penal. Con respecto a la imputabilidad, este tipo de personas, jamás admitirá su responsabilidad en el hecho acusado, sino que señala con vehemencia estar detenido injustamente, por lo que ellos en su lenguaje llaman "por puro color"; es decir, este es el indiciado manipulador que dice que su detención se debe más que todo al hecho de estar fichado en los archivos policiales y en tal sentido habría una especie de persecución en su contra.

Muchos de los indiciados habituales se cambian el nombre para obtener algún tipo de beneficio, como por ejemplo aparecer en el Registro Judicial de Delincuentes sin antecedentes. Por ello, normalmente muchos de ellos aparecen en los archivos policiales con varios nombres ("conocido como. . .").

El indiciado habitual empieza ya en la fase de instrucción a preparar su "coartada" y con ese "léxico jurídico" que ha ido adquiriendo por experiencia personal le dice a su abogado muchas veces la forma o estrategia que se debe plantear procesalmente hablando. Este es entonces el imputado que aunque muchas veces no ha sido visto por el ofendido, piden desde la indagatoria que se practique un reconocimiento, esto porque creen que con ello puede quedar demostrada rápidamente su "inocencia". También en estos casos, el indiciado habitual saca copias de lo actuado en autos para ir preparando su defensa en el establecimiento de reclusión provisoria. Es curioso además que esta experiencia "delictivo-procesal" ha formado en esta clase de sujetos, una especie de "conocedor" del Derecho Penal, pues estos sujetos manejan tanto el Código Penal como el Procesal y lo interpretan a su modo y conveniencia.

Con este tipo de conocimiento el imputado habitual normalmente va a apelar todo lo recurrible y con ello lógicamente entorpece la labor de su defensor.

B. Fase de debate.

La fase del juicio oral y público es percibida por el indiciado primario como un momento culminante del proceso, dentro del cual se va a venir a establecer en forma definitiva su inocencia (en aquellos casos que no sea verdaderamente responsable). Este momento es esperado con una mezcla de sentimientos de tranquilidad y angustia: tranquilidad desde el momento en que el sujeto se siente inocente y angustia desde el instante en que se teme que algo pueda salir mal y se pueda salir condenado. Generalmente este tipo de imputado declara en el debate con sinceridad y amplitud lo sucedido, pues no le teme a la verdad.

El indiciado habitual, ya en la fase de debate, es una persona que presenta sentimientos de agresividad muchas veces. Para él el día del juicio oral y público también ha sido esperado con ansia, pues su misma mente se ha ido preparando distorsionadamente hacia una eventual sentencia absolutoria. Es decir, se trata de individuos que aunque se saben culpables, nunca van a aceptar su responsabilidad en los hechos. Esto va formando poco a poco, durante el tiempo que permanecen en detención preventiva, una especie de cortina de humo dentro de su mente que al final los lleva a creerse realmente inocentes e incluso a creer que la sentencia les debe ser favorable. Durante su relato en el debate, este tipo de imputado, cuenta su "coartada" de la forma más inverosímil, señalando generalmente que a ellos se les detuvo el día de los hechos porque andaban por el lugar y se les confundió o algún relato similar.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

III. SITUACION LABORAL

La situación laboral del imputado en un hecho delictuoso es muy interesante por su implicación o relación con la vida delictiva del sujeto desviado.

Generalmente el indiciado primario señala su profesión sea cual sea ésta, sin importar si se trata de un peón o un jornalero.

Con respecto al indiciado habitual la profesión u oficio preferido por ellos a la hora de declarar es la de "comerciante". Esta palabra merece un análisis en diversos de lo que para ellos significa dicho término.

Comerciante puede ser para el imputado habitual o vender frutas o "jalar" sacos en el mercado o vender objetos diversos en la vía pública. Vemos como este tipo de comercio es muy apropiado para la actividad delictiva, porque primero no es algo que los amarra a un horario estricto y segundo, porque les permite estar observando la gente que pasa a ciertas horas y si pasan solas o acompañadas; es decir, esto es una especie de observatorio de las víctimas en potencia. Lo anterior es aplicable para el sujeto que paralelamente a la desviación, ejecuta algún tipo de comercio. Pero también tenemos al sujeto que no trabaja y que se dedica por entero al delito y que también se dice comerciante, tal vez en el sentido de que este término le permite encubrir el nombre de delincuente.

Por ello es muy normal determinar que en un alto porcentaje de los procesos penales, muchos de los imputados dicen ser comerciantes.

IV. POSICION ANTE LOS FAMILIARES

El indiciado primario es una persona muy ligada a su familia, pues cree en ella y convive con ella, ya que su vida generalmente de trabajo no se ha interrumpido nunca, por motivos penales, en su relación familiar. En ese sentido, el indiciado primario relata sinceramente a su familia, sea su responsabilidad en el hecho como producto de un error a enmendar, sea su inocencia, que a toda costa y con la ayuda de Dios se tiene que probar en el proceso penal.

El indiciado habitual generalmente niega a sus familiares toda participación en los hechos que se le imputan. Lógicamente ellos cuentan a su familia cualquier tipo de versión, para mantener en ella una especie de confianza o de respeto por su persona. En ese sentido la familia va a constituir en tales casos, un órgano de presión constante, tanto para los funcionarios judiciales como para el defensor, para que se libere a toda costa al miembro de su familia que se cree inocente. Se dan los casos también en que la familia, por haber ya experimentado repetidas veces el procesamiento de su pariente, se convierten en cómplices y tratan tanto en encubrir las pruebas como en producir coartadas que demuestren la ausencia de culpabilidad.

V. SITUACION EN LA FASE DE CONDENA

Una vez que el sujeto ha sido condenado viene a producirse, dentro del establecimiento penitenciario que le sirve como lugar de cumplimiento de la pena, un fenómeno con diversos matices que vale la pena mencionar.

A. Situación penitenciara.

Una vez que el desviado ha sido condenado empieza para el que entra por primera vez a prisión una situación que trae muy diversas reacciones. Podría producirse una actitud de resignación y de búsqueda de alguna ayuda espiritual y se dan entonces los casos del condenado que anda todo el día con la biblia en la mano, como queriendo mostrar al mundo su arrepentimiento y su deseo de enmienda. Lógicamente lo más frecuente es que por el contacto con otros prisioneros, se produce el fenómeno de la contaminación y la prisión se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

convierte así en una verdadera casa de enseñanza del crimen. Los condenados más contaminados lógicamente relatarán al primario todas sus fechorías y les enseñarán la forma de perfeccionar la desviación. Es así como de la misma prisión surgen las expectativas de una "prometedora" carrera criminal, lo cual nos pone a pensar mucho sobre la conveniencia de la detención en común.

B. Valoración de la pena.

Cuando el condenado hace un análisis de la pena que lo llevó o lo ha llevado varias veces a prisión, él considera que esto ha sido producto de una especie de conspiración en su contra. Es decir, ante sus ojos, todo el aparato de justicia represiva es una obra de teatro montada, en la cual ya el libreto estaba escrito, o sea, que ya la sentencia había sido fijada con anticipación al debate. Este juicio oral y público es concebido a sus ojos entonces como una farsa institucionalizada, en donde él es el "chivo expiatorio". Lo más grave de lo anterior es que el condenado llega incluso a considerar que la defensa pública que es un departamento que pertenece al Poder Judicial, también es parte de esa trama montada, o sea, que dicho organismo también colaboró para su condena.

La pena es entonces percibida por el condenado como el último acto de un proceso que a su juicio ha sido realizado con un único fin: justificar a toda costa una condena.

CONCLUSION

Hemos visto como se presenta al indiciado ante los organismos represivos del país, según su condición social, económica y jurídica. Creemos que esta es una investigación que merece un estudio más profundo en el cual puede llegarse a determinar cuál es el origen de las reacciones de las personas que se enfrentan a un organismo represivo. Ese es un trabajo arduo que definitivamente no puede realizarse teóricamente, sino que debe ser el producto, como lo pretendió esta investigación o ensayo, de ser un análisis de la vida cotidiana de un criminólogo en contacto con los aspectos del proceso penal y con la persona del imputado.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

TERMINACION DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. EFECTOS INDEMNIZATORIOS NO RECONOCIDOS POR NUESTROS TRIBUNALES LABORALES

DR. LUIS G. HERRERA CASTRO

EXPLICACION

Por todos es bien conocido, que en nuestra legislación laboral, fundamentalmente el Código de Trabajo se regula todo lo relativo a los efectos jurídicos derivados de las contrataciones laborales en sus diversas modalidades. Sin duda alguna, tales regulaciones en la actualidad se hacen obsoletas después de una vigencia de más de cuarenta años del Código de Trabajo. La necesidad de una reforma al Código es indispensable, pero más importante es aún el cambio de mentalidad de nuestros jueces laborales que durante muchos años han obstruido el avance vivo y alternativo del Derecho del Trabajo. Este, por sus propias características, entre ellas flexibilidad, evolutividad, debe irse ajustando a los rápidos cambios sociales y económicos que se producen en la sociedad moderna.

Entre los elementos que más han influido en el retraso de la jurisprudencia laboral en perjuicio de la clase trabajadora, está la ideología imperante, es decir, la aplicabilidad del derecho bajo la vigencia de determinados valores, donde en primer lugar están los intereses de los pequeños grupos patronales. Se ha inculcado en la mentalidad del costarricense, y de ello no escapan nuestros jueces laborales que el sindicalismo es sinónimo de activismo e incluso de comunismo. Usualmente en el campo del Derecho Colectivo, la obstrucción para su evolución ha sido palpable.

Sin embargo, en el campo del Derecho Individual, el retraso ha sido igualmente importante, en tres aspectos fundamentales: reconocimiento del daño moral como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo, reinstalación del trabajador y salarios caídos e invalidez del despido en la Administración Pública.

Mi ponencia, se referirá a estos tres aspectos, y trataré de demostrar que sí existe suficiente base constitucional y legal, para que dichos efectos sean reconocidos. Por separado, haré el análisis de cada uno.

I. INVALIDEZ DEL DESPIDO

Lógicamente, el reconocimiento de éste quedará delimitado al ámbito de la Administración Pública, en cuanto que, el sector privado se rige por las normas de la libertad de comercio, de libre empresa; en fin, de la vigencia de las leyes de oferta y demanda, cuya incidencia en el contrato de trabajo, son, la de quedar el trabajador sujeto a la voluntad absoluta del patrono.

En la Administración Pública, el régimen es diferente. En nuestro país no podemos decir que exista un régimen exclusivamente estatutario, como lo han dicho algunas sentencias, sino un régimen mixto donde coexisten el régimen administrativo y el Derecho Laboral propiamente dicho (*).

Es más, podría afirmar que en la coexistencia de ambas legislaciones ha habido una preponderancia del Derecho del Trabajo, y sus principios han sido aplicados sobre normas de Derecho Público, como por ejemplo el principio in dubio pro operario.

La Administración Pública (el Estado y sus instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas) se rigen por el principio de legalidad

** Este criterio ha sido expuesto en un fallo de la Corte Plena, de las 16:00 hrs. del 14 de junio de 1984 en arbitraje del Banco Nacional y de sus trabajadores.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(arts. 11 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública), o sea, que todos los actos de los funcionarios públicos quedan sujetos a la ley, que es la que determina el fin, el contenido y la causa de sus actos. Incluso, los actos discrecionales quedan sometidos al control de legalidad (arts. 11 y 15 de la Ley General de la Administración Pública).

De acuerdo con lo anterior resulta, que el acto de contratación del funcionario público se hace sujeto a las leyes y reglamentos vigentes de la institución, y desde luego a las necesidades de la institución y al presupuesto de la misma. La contratación no debe ser arbitraria como puede serlo en la empresa privada, sino una contratación sometida a la ley, en donde el trabajador se adhiere a las condiciones laborales preestablecidas, y se somete a todas las regulaciones propias de la Administración Pública. Igualmente, la terminación del contrato, no puede ser arbitraria, sino que únicamente puede producirse cuando proceda conforme a nuestro Código de Trabajo (art. 81) o bien por causales especiales establecidas en leyes administrativas especiales. Significa, que el despido solamente puede darse cuando exista una causa legalmente preestablecida. Lo contrario, significa que el Estado, la institución o el funcionario serán responsables de indemnizar al trabajador cuando el despido resulte ilegal. En nuestro medio es usual que se den despidos arbitrarios, cuyas motivaciones son extrajurídicas, en su mayoría por razones de orden político-ideológico.

Debemos aceptar que en la Administración Pública el acto del contrato de trabajo es un acto que queda sometido al Derecho Administrativo, pero con la coexistencia material de normas laborales. Se trata pues de un acto de naturaleza jurídica mixta.

Cuando se produce la terminación ilegal de un contrato de trabajo, el trabajador puede acudir a los tribunales laborales, salvo los del régimen del Servicio Civil, que acuden directamente ante el Tribunal del Servicio Civil. Tradicionalmente la pretensión ha consistido en obtener del tribunal una condena en contra de la institución, para que se paguen las indemnizaciones reguladas en el Código de Trabajo o bien en leyes especiales o en convenios colectivos; básicamente cesantía (art. 28 del Código de Trabajo) preaviso (art. 29 del Código de Trabajo), vacaciones y aguinaldo, salarios caídos, etc. y en algunos casos la reinstalación cuando la ley o los convenios colectivos expresamente lo establecen. El tribunal se ha limitado en caso de ser procedente, la acción, a declarar con lugar la demanda y a condenar a la institución al pago de las indemnizaciones reclamadas.

Nunca el tribunal laboral ha aceptado declarar la invalidez del acto del despido y a posteriori declarar con lugar los otros extremos (o efectos) derivados de la invalidez: básicamente dos, la reinstalación y el pago de los salarios caídos, a los cuales haré referencia posteriormente. En este punto discrepo, y estimo que tal afirmación resulta fuera de nuestro régimen jurídico y además, entorpece la evolución que requiere el Derecho Laboral moderno. Demostraré, que existe una base jurídica sólida, que sí autoriza a los tribunales laborales, para hacer tales declaraciones.

La jurisdicción concebida como una de las tres grandes funciones (poderes) del Estado, forma parte del poder único y general de aquel. Debemos admitir la unidad del Poder y del Estado, y la separación en tres poderes, únicamente para efectos de un equilibrio, adecuada distribución de funciones, como base fundamental de una democracia occidental. En Costa Rica, la función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial (artículos 153 y siguientes de la Constitución Política). La misma Constitución hace referencia a tres competencias específicas: la contencioso-administrativa (art. 49), la penal (arts. 35, 36, 37 y 39) y la laboral (art. 70). Por ley se establecen otras como la civil, la de familia, etc.

Lo importante es que la jurisdicción y la competencia laboral tienen rango constitucional, y por ende el poder-deber de conocer y pronunciarse sobre todas aquellas pretensiones que directa o indirectamente se deriven de las relaciones individuales de trabajo, que le sean sometidas. La delimitación por la materia es bastante clara y no admite confusión con la contencioso-administrativa, y ambas son excluyentes (art. 4, inciso a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que lo que determina la competencia en uno u otro caso son las pretensiones (véase por ejemplo sesión No. 92 de las 15:20 hrs. del 20 de agosto de 1975, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 113 de las 15:00 hrs. del 19 de octubre de 1982). También ha sido clara nuestra jurisprudencia en reconocer la autonomía de la competencia laboral (véase sentencia No. 3870 de las 8:10 hrs. del 3 de octubre de 1975; Casación número 67 de 1963; y, Sala Segunda número 133 de las 15:10 hrs. del 24 de noviembre de 1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por otro lado el artículo 395 del Código de Trabajo reconoce que los tribunales de trabajo tienen la competencia para conocer de "todas las diferencias o conflictos individuales, de carácter jurídico que surjan entre patronos y trabajadores. . .". En el caso de tratarse de patronos públicos, se debe agotar previamente la vía administrativa.

La potestad definitoria de la competencia es amplia y no establece límites; en otras palabras, todos los efectos jurídicos derivados de estos conflictos individuales de trabajo en la Administración Pública, entran dentro del ámbito de la competencia laboral, y por ello, la posibilidad real de que dichos tribunales puedan conocer de la pretensión anulatoria del despido con sus efectos consiguientes. En la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1), se reconoce la posibilidad de impugnar los actos de la Administración Pública, pero únicamente cuando dichos actos queden sujetos al Derecho Administrativo; o sean, estrictamente actos administrativos. Pero, como hemos dicho, el contrato de trabajo no es eminentemente administrativo, sino de una composición mixta, con la particularidad de que, en lo que se refiere al Derecho del Trabajo, tienen aplicación convenios internacionales de la OIT cuya autoridad es superior a las leyes ordinarias (art. 7 de la Constitución Política), sea superior a normas como la Ley General de la Administración Pública y otras del mismo rango. Ello es margen suficiente para pensar que los tribunales laborales sí tienen jurisdicción y competencia para conocer de una pretensión invalidatoria con el reconocimiento de la situación jurídica anterior, tal y como lo dispone el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El punto medular estriba en la ubicación de la competencia y no de la jurisdicción, por cuanto la jurisdicción es unitaria, y la tienen todos los tribunales. Sin embargo, en cuanto a la competencia, la misma resulta del citado artículo constitucional (art. 70). La recomendación 119 "sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador", que en su artículo 5-1) reconoce una potestad amplia a los tribunales en la misma forma que lo hace el artículo 395 del Código de Trabajo, para resolver todas las diferencias que nazcan de las relaciones de trabajo.

Reconocida la competencia del juez laboral para conocer y resolver dicha cuestión, éste puede aplicar tanto normas de Derecho Administrativo como Derecho Laboral, razón por la cual nada le impide revisar el problema de la legalidad del despido y ordenar restituir al funcionario a su situación anterior.

II. REINSTALACION Y SALARIOS CAIDOS

Admitida la posibilidad de que los jueces laborales se pronuncien sobre la validez y eficacia del despido, que de hecho lo hacen implícitamente al declarar con lugar una demanda por despido ilegal, debemos examinar sobre todo el restablecimiento de la situación en que se encontraba el funcionario al momento de ejecutarse el despido, y a la vez, la obtención de las indemnizaciones respectivas, limitándonos en este examen únicamente a los salarios caídos a que se refiere el artículo 82, párrafo 2 del Código de Trabajo.

En cuanto al primer aspecto, debo decir, que la reinstalación existe como institución laboral en nuestro ordenamiento. Existe en el Estatuto de Servicio Civil, en el régimen de la Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional, en el Sistema Bancario Nacional. El surgimiento de ésta se da en virtud de ley expresa o bien por convenios colectivos, sin que se impida la posibilidad de que en materia laboral se aplique la norma concreta del artículo 23 de la Ley Reguladora. Recordemos que en el juicio ordinario civil son admisibles todas aquellas pretensiones a las cuales no se les haya asignado un procedimiento específico, estén o no reguladas específicamente en la ley material. Mediante el juicio ordinario laboral es posible deducir cualquier pretensión que se derive del rompimiento de una relación jurídico-laboral (principio de la unidad jurisdiccional).

Lógicamente la reinstalación supone que el funcionario debe ser ubicado en el mismo puesto que tenía al momento del despido o bien en uno similar, sin que sufran alteración los elementos esenciales de la relación laboral: salario y función (o prestación).

En cuanto al segundo aspecto, o sea los salarios caídos, el artículo 82 del Código de Trabajo dispone en forma expresa que cuando se comprobare en juicio que el despido es ilegal, se debe indemnizar al trabajador a título de daños, con el pago de los "salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono". Nuestra jurisprudencia ha señalado que la indemnización

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que procede es de un mes de salarios caídos, por ser la que se ajusta a la duración formal del proceso. Sin embargo, dicha norma amén de ser obsoleta, es contraria a lo dispuesto por el artículo 41 del texto constitucional, por cuanto, la justicia no es cumplida en los términos de la ley. Por ello, si la duración se prolonga más allá del plazo fijado para la terminación del proceso, por causa del patrono o a causa de los mismos tribunales, la indemnización debe darse por todo el período. Esta es la única forma de garantizar la verdadera justicia laboral y lograr el pretendido equilibrio entre trabajador y patrono. Además, en última instancia es el Estado el responsable, visto éste como unidad, por el despido ilegal y en consecuencia responsable del daño ocasionado al funcionario al colocarlo en situación de despido, perdiendo éste sus derechos constitucionales al trabajo y al salario. Desde luego si el funcionario pasa a trabajar a otra institución, solamente debería indemnizársele el período real en que ha estado sin trabajo, o bien las diferencias de salario que resulten a su favor calculadas sobre su otro salario, cuando éste fuere menor al percibido en la entidad que lo destituyó.

III. DAÑO MORAL

De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Política, el Estado debe indemnizar a toda persona (o funcionario) a quien se le ocasione un daño de orden material o moral. Podríamos decir que en el campo laboral, los daños materiales quedan reducidos a las indemnizaciones como los salarios caídos, cesantía, preaviso y otros.

Pero ocurre, muchas veces, que se producen despidos en donde el daño moral es mayor al daño material, y muchas veces difícil de reparar socialmente. Se admite en doctrina la procedencia del daño moral, y esto no requiere un mayor análisis, especialmente en la doctrina civil sobre la responsabilidad civil contractual. Lo mismo ocurre en el orden del Derecho Penal. Existe además una normativa expresa en este sentido. En el plano laboral los tribunales no admiten esta pretensión por no estar expresamente prevista en la ley laboral. Sin embargo esto no es necesario, pues el artículo 41 es una norma que debe aplicarse directamente, amén de que en la Administración Pública existe una normativa expresa, como son los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública; normativa que perfectamente puede ser aplicada por un juez laboral, en cuanto, como hemos dicho coexiste una normativa doble (administrativa y laboral), y, es obligación de los jueces aplicar el derecho al caso concreto de su competencia, independientemente de la materia de que trate la norma. Lo único que limita al juez para aplicar una ley, es que ésta se encuentre derogada o abrogada, modificada por normas posteriores, o bien, que la misma se refiera a pretensiones cuya naturaleza específica corresponde a órganos judiciales de la misma materia a que se refiere la norma.

Pero en el caso de relaciones jurídico-laborales, objeto de conocimiento del proceso laboral, los jueces pueden conocer de todas aquellas circunstancias o "efectos jurídicos" que se deriven de la misma, como por ejemplo del rompimiento (despido). La pretensión declarativa principal es la ilegalidad del despido, pretensión indiscutible a deducirse en el juicio laboral, y de ésta, se derivarán otros efectos (pretensivos) tales como la reinstalación, el daño moral, los salarios caídos, etc. Claro está, que cuando el trabajador despedido es un obrero de la empresa privada, la pretensión principal es la indemnización que el mismo Código de Trabajo establece: cesantía y preaviso y otros secundarios como reajuste de salarios, vacaciones, etc. y no se hace necesario el conocimiento y la resolución sobre la ilegalidad del acto de rompimiento. Pero tratándose de empleados públicos, en donde la Administración Pública queda sujeta al principio de legalidad en todas las esferas, incluso las mixtas (coexistencia de leyes administrativas y laborales), el juez, como aplicador del Derecho, debe conocer de la legalidad del mismo, como presupuesto necesario e inevitable, del pronunciamiento del resto de las pretensiones derivadas de dicha ilegalidad. Si esto no se admitiera, caeríamos en el error, de tener que admitir como competencia del juez laboral, las pretensiones estrictamente laborales (como en la empresa privada) aún cuando la relación jurídica que vincula al obrero-patrono público, se fundamente en leyes mixtas (administrativas y laborales) y consecuencia lógica es la producción de efectos mixtos (públicos y laborales). En consecuencia, reitero, cuando la pretensión es para conocer de un acto exclusivamente administrativo, la competencia es la contencioso-administrativa; si es mixta, la laboral.

CONCLUSIONES

De lo dicho, llego a las siguientes conclusiones, no sin antes expresar, que en el desarrollo de la po-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nencia, las mismas han ido quedando plasmadas. Se trata pues de una síntesis sistemática conclusiva.

A) Siendo el acto del despido en la Administración Pública un acto que se rige por una doble legislación (pública y laboral), sus efectos son de la misma naturaleza: unos regulados en la legislación Administrativa; otros en las leyes laborales.

B) El conocimiento del despido de un funcionario administrativo y de sus efectos pretensivos (daño moral, reinstalación, salarios caídos) son competencia de los jueces laborales.

C) El juicio ordinario laboral, al igual que el proceso civil, son el procedimiento genérico en virtud del cual se pueden deducir todas aquellas pretensiones especiales a las cuales la ley no les haya asignado un proceso especial, como por ejemplo el procedimiento para los riesgos de trabajo.

CH) Si bien es cierto, la ley en forma expresa y literal no hace referencia a la deducción de tales pretensiones por la vía laboral, las normas y los principios citados, son base jurídica suficiente para admitir tal posibilidad, en especial, la naturaleza del Derecho del Trabajo y del proceso laboral, aplicable tanto a patronos privados como públicos (art. 14 del Código de Trabajo).

D) Si nuestra jurisprudencia no admite tal posibilidad, se debe a que los jueces laborales han estancado la evolución del Derecho del Trabajo, aplicando conceptos rígidos, válidos en otras materias como el Derecho Civil.

E) Que en el evento de no llegarse a aceptar lo anterior, para satisfacer los pensamientos dogmáticos, se deberá proceder a hacer la reforma legal respectiva, y la iniciativa debe salir de este Congreso. En consecuencia, los artículos 82 y 395, inciso a), deberán reformarse de la siguiente manera:

ARTICULO 82. "El patrono que despida a un trabajador por alguna de las causas enumeradas en el artículo anterior, no incurrirá en responsabilidad. Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el importe del preaviso y el auxilio de cesantía que le pudiere corresponder, y a título de daños y perjuicios se podrán otorgar los siguientes extremos que se prueben debidamente en el juicio:

a) Daño moral, cuya fijación hará prudencialmente el Juez considerando el tipo de trabajo, el *status* social del trabajador, la repercusión social, y todas aquellas circunstancias como por ejemplo las que afecten la codicia franca, dignidad y la reputación del trabajador y la vida familiar.

b) Los intereses al tipo comercial vigente de acuerdo con la fijación hecha por el Banco Central al momento de decretarse el despido. Los mismos se pagarán desde el acto del despido hasta el momento en que efectivamente se cancelen las indemnizaciones y calculados sobre la suma total.

c) Los salarios que el trabajador habría percibido desde la tramitación del contrato hasta que quede firme la sentencia, no pudiendo exceder de un máximo de doce meses.

En el caso de funcionarios públicos, los salarios caídos deberán pagarse desde el momento del despido hasta la fecha en que efectivamente sea reinstalado. Si el empleado o funcionario hubiere laborado para el Estado o alguna de sus instituciones o empresas después del despido, únicamente se pagarán las diferencias de salarios cuando los devengados en esta última situación fueren menores.

Igualmente el juez de trabajo podrá pronunciarse sobre la invalidez o ineficacia del acto de despido cuando se trate del Estado o de sus instituciones, declarando la respectiva nulidad; en este caso, el funcionario tendrá el derecho a la reinstalación al mismo puesto que ocupaba al momento del despido, o en otro similar, debiéndose mantener en este caso el mismo salario con los aumentos decretados con posterioridad y la prestación, la cual deberá ser compatible con la especialidad del actor y a un mismo nivel jerárquico y social.

No obstante el funcionario público podrá optar en ejecución de sentencia renunciar a la reinstalación, en cuyo caso recibirá los salarios caídos y los extremos de cesantía y de preaviso, y cualquier otro que se hubiere concedido en sentencia.

Siempre que el trabajador entable juicio para obtener los extremos de cesantía y de preaviso, y cualquier otro que se hubiere concedido en sentencia. . .". (Este párrafo queda igual al anterior).

ARTICULO 395. (Inciso a). "De todas las diferencias y pretensiones que surjan de las relaciones jurídicas obrero-patronales y colectivas, solo entre aquéllos o solo entre éstos, derivados de la aplicación del presente Código, o de otras leyes aunque de diversa naturaleza, afecten o incidan en la relación jurídico-laboral o en el contrato de trabajo, siempre que de acuerdo con la cuantía, no sean de conocimiento de tribunales de menor jerarquía.

En caso de duda sobre cuál es la competencia que debe conocer de las pretensiones conforme al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

párrafo anterior, el trabajador-actor podrá optar por la competencia laboral.

Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa. Esta se entenderá agotada cuando hayan transcurrido quince días hábiles desde la fecha de la presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme".

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO

LICDA. PATRICIA HIDALGO SOMARRIBAS
LIC. GERARDO LOAIZA GAMBOA

INDICE

Pág.

Introducción 78

CAPITULO I

Antecedentes y evolución de la seguridad y previsión social 78
Origen etimológico del término infracción 80
Tipología de las infracciones laborales 80
El objeto de sancionar la infracción laboral 83
Los sujetos de la infracción laboral 83
Clases de sanciones que se pueden imponer 84
Las causas de la infracción laboral 84
Poder disciplinario del empleador 85
Principios institucionales 86

CAPITULO II

Régimen disciplinario 86
Análisis de los principios constitucionales 87
Análisis del Código de Trabajo y leyes conexas 87
Análisis de los reglamentos sobre seguridad y previsión social más usuales 87
Análisis del proyecto de Ley al Código de Trabajo 89
Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo 91

CAPITULO III

El procedimiento administrativo 92
El procedimiento judicial 93
Prescripción en materia de faltas a la legislación laboral 95
La jurisprudencia 96
Conclusiones 97
Bibliografía 119

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

El presente tema a desarrollar, tiene por objeto dar una somera visión sobre el análisis de las infracciones a las leyes de trabajo en Costa Rica.

El estudio de la ley en materia de faltas es bastante exhaustivo, ante ello haremos una relación y compilación de las leyes más usuales o las que más cotidianamente se infringen.

Examinaremos el tipo de sanción prevista en la ley con el fin de determinar si se ajusta a la realidad y si cumple con el carácter preventivo y represivo para evitar de esa manera la transgresión a la ley laboral.

Una vez realizado este breve estudio, haremos críticas pertinentes a nuestro sistema legal y daremos posibles soluciones al respecto. La metodología a seguir en este estudio es buscar bibliografía atinente a las reglas doctrinales de la figura en análisis denominada "infracción a la ley laboral", además analizaremos alguna jurisprudencia que se seleccionará para determinar las causas que coadyuvan a cometer tales contravenciones y el análisis del porqué falla nuestro sistema legal.

Se tendrá como fuente primordial la legislación de trabajo vigente, además de los reglamentos y convenios con sus recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo atinentes a este tema en específico. Se le dará suma importancia al proceso de faltas tanto en el trámite judicial como administrativo, cuando así lo permita la ley, además se desarrollarán las funciones de los órganos contralores al acatamiento y cumplimiento de la ley, nos referimos a la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a la Inspección General de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Al concluir el presente trabajo, indicaremos con mayor propiedad en qué inciden las causas de las infracciones a las leyes laborales con tal frecuencia y qué medidas se pueden adoptar para disminuir el índice de reincidencias y despertar una mayor conciencia en el ciudadano.

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCION DE LA SEGURIDAD Y PREVISION SOCIAL

Es la seguridad y previsión social un fin protector a cargo del Estado costarricense que se origina en el artículo 66 de nuestra Carta Magna.[1]

Desde la antigüedad surgen las primeras manifestaciones de la seguridad social, que consistía en la ayuda mutua de ciertos sectores de la población por las corporaciones de artesanos romanos, esa ayuda era impulsada por un sentimiento carismático, donde se pagaba cierta suma de dinero al fallecer uno de sus asociados.

Corresponde al jurisconsulto Ulpiano formular la mutualidad a inicios del siglo II, donde el pueblo romano pone de relieve las instituciones previsionales. Lo que indujo a los romanos a tal subsidio mutuo e institucionalizado hasta el siglo XVI, época moderna, era un sentimiento de mutualidad, beneficencia, caridad y fraternidad cristiana hasta que aparecieron rasgos mercantiles, como seguros sobre riesgos de trabajo, fomentados por compañías aseguradoras durante la época de la Revolución Industrial.[2]

En 1802, en Inglaterra, las luchas sociales lograron la creación de una ley en protección a la salud de los obreros de la industria.

La inspección sobre el acatamiento a esa ley fue delegada a magistrados y clérigos, pero se obtuvieron resultados negativos. La modificación de la ley en 1833, logró que la inspección fuera de parte del gobierno, en 1844, se crearon leyes sobre los accidentes de trabajo y medidas de prevención en los riesgos de trabajo.

En un inicio del desarrollo industrial en Gran

1. **"Todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajador".**
2. **ALCALA-ZAMORA, Luis y otro, *Tratado de Política Laboral y Social*, T. III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, 1976, ps. 416 y ss.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Bretaña eran numerosos los accidentes de trabajo y sólo ocasionalmente se indemnizaba al obrero lesionado por la parte patronal que sufraga sus gastos.

A raíz de ello, se propulsaron dos doctrinas prevalecientes sobre "negligencia del prójimo sirviente" y "negligencia contribuyente", o sea, que la responsabilidad del accidente de trabajo era sólo del obrero y no del capitalista.

Debido a las pérdidas económicas que ocasionaban los accidentes laborales a los empresarios, decidieron cubrir mediante un seguro cada edificio que se construía, el seguro cubría los accidentes de trabajo que surgieran de la construcción. Se logró mediante una legislación adecuada regular y mejorar las condiciones de higiene y salubridad de los niños y mujeres que laboraban en jornadas de catorce a dieciséis horas diarias en condiciones infrahumanas de las empresas hilanderas.

La protección legal y el sistema de asociaciones de seguros mutuos contra accidentes de trabajo fue propagado en la industria de distintos países de Europa.

Con el transcurso del tiempo y en razón de la experiencia, se llegó a la conclusión que la fatiga extenuante por los horarios tan prolongados de la jornada de trabajo era la causa primordial que ocasionaba los accidentes de trabajo, además de las condiciones insalubres y falta de implementos o medidas de protección para labores que lo requieren por su grado de peligrosidad o de contaminación.

Posteriormente se legisló sobre la jornada de trabajo, reduciéndola a ocho horas diarias durante seis días a la semana en 1918 en U.R.S.S.[3]

En los siglos XVI y XVII, en el continente americano, se concedieron pensiones vitalicias por servicios prestados, tales beneficios son antecedentes de la seguridad social.

En Alemania en 1883 y siguientes, se decretaron una serie de leyes de previsión social, haciendo obligatorio el asegurar al trabajador por enfermedad, por accidentes de trabajo, por invalidez, vejez y muerte, ya que esos obreros que cesaban de laborar de manera definitiva era por circunstancias ajenas a su voluntad, debido a un estado de incapacidad para trabajar y no era justo que fueran objeto de una situación de indigencias para ellos y sus familias.

En la declaratoria de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia en el año 1789, en su normativa se impulsaba el principio de protección contra los riesgos sociales: "La asistencia pública es un deber sagrado, la sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo, sea asegurándoles medios de subsistencia a los que estén incapacitados para el trabajo", y así se hizo realidad esos ideales en la legislación de previsión social que se dictó en Francia a partir del año 1898.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se da el intervencionismo estatal, donde el Estado asume la gestión de la seguridad social, adoptando obligatoriamente sistemas de previsión y bienestar social; emanan normas constitucionales que le conceden al Estado tutelar la seguridad y previsión social de la ciudadanía, dictando leyes apropiadas, adoptando recursos idóneos para velar por el cumplimiento de tal carga pública.

Los regímenes de seguridad social se inspiran en principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez, muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social.

Debido al mero interés jurídico, propulsado por políticas sindicales en pro de una estabilidad económica y una mejor protección al trabajador ciudadano, ha culminado en la creación de un Derecho de la Seguridad Social, que se ha difundido en todos los países del globo terráqueo, o sea ha internacionalizado, donde dos o más naciones han puesto en vigencia supranacional algunas de sus normas sobre seguridad social, se han constituido convenios mediante la intervención de un organismo internacional denominado Organización Internacional del Trabajo.[4]

3. *Manual Básico de Salud Ocupacional*, editado por el Departamento de Prevención de Riesgos, Instituto Nacional de Seguros, Dic. 1977, San José, Costa Rica, p. 7.

4. ALCALA-ZAMORA, Luis y otro, op. cit., p. 418.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ORIGEN ETIMOLOGICO DEL TERMINO INFRACCION

Este término se ha derivado al español de las locuciones latinas *infractio* y *onis,* su significado puede catalogarse como sinónimo de transgresión, quebrantamiento de la ley, pacto o contrato, o de una norma moral, lógica o doctrinal (ver art. 608 del Código de Trabajo).

Con esta definición quedan comprendidas las infracciones de tipo contractual, administrativo, disciplinario, contra el honor profesional y de carácter penal, de las que posteriormente nos ocuparemos.

Toda infracción tiene por consecuencia la necesaria reparación de los intereses violados por tal acción, el efecto que produce es antijurídico y la sanción es de represión dentro de los límites del desenvolvimiento de la relación laboral en el campo del Derecho.[5]

Naturaleza jurídica

La infracción permite reclamar la ejecución forzosa y cuando no quepa lograrla, se da el resarcimiento de daños y perjuicios en lo civil o la imposición de una pena, si el hecho constituye delito o falta.

La infracción es castigada por la ley con penas leves, porque el bien jurídico lesionado no es grave. La infracción puede tratarse de una transgresión de una ley, a un reglamento, a las cláusulas de un contrato individual de trabajo o de una convención colectiva.[6]

Su naturaleza jurídica deriva del poder de policía y con el fin de hacer observar el cumplimiento de las normas de seguridad social.[7]

TIPOLOGIA DE LAS INFRACCIONES LABORALES

Se puede hablar de una clasificación de las infracciones laborales conforme al tipo de norma jurídica que infrinja y son a saber:

I. Infracciones contractuales.
II. Infracciones en el ámbito disciplinario.
III. Infracciones contra el honor profesional.
IV. Infracciones de orden administrativo.

Vamos a dar algunas pautas y conceptos de cada tipo de infracción que se ha mencionado.

I. Infracciones contractuales.

Son aquellas acciones de uno de los factores que intervienen en la relación de trabajo y por los cuales se vulneran los derechos de los demás interesados en el contrato laboral y por ello sin que se lesione ningún derecho de carácter público.

El carácter diferenciativo de estas infracciones respecto a las demás, estriba precisamente en la no existencia de sanción coactiva. Cuando se transgrede una norma contractual laboral, se aplica la sanción dispuesta en el mismo contrato laboral, en caso de no haber, se aplicará lo dispuesto en el Código de Trabajo en relación con el caso específico.

La sanción coactiva o represiva no se da en el caso del quebrantamiento de una norma contractual, lo que procede es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, así se restablecen los principios en que se inspira el contrato de trabajo.

En el caso de que quien incumpla con lo que está obligado en el contrato, o sea el empleado, entonces el patrono aplica la corrección disciplinaria correspondiente (sea una amonestación verbal o escrita, la suspensión de un día de trabajo o el despido sin responsabilidad patronal).

II. Infracciones en el ámbito disciplinario.

Hacen referencia al carácter de los reglamentos interiores de las empresas. La relación laboral no sólo encierra el interés de las partes contratantes, sino un interés social porque coadyuva a la economía nacional. El Estado es quien establece

5. FERNANDEZ BARRUTIA, Jesús, *De las Infracciones en Materia de Trabajo*, editado por Escuela Social de Madrid, 1946, p. 6.
6. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, T. II, Buenos Aires, Argentina, 1977, ps. 380 y ss.
7. FERNANDEZ BENSADON, Ana María y otro, *Revista Derecho de Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bases de regulación laboral para la elaboración de los reglamentos internos de la industria, según lo disponen los artículos 66, 67 y 68 del Código de Trabajo; artículos 29 incisos d) y e) y 31 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Decreto No. 4 del 26 de abril de 1966 denominado "Reglamento sobre las Normas Internas Reguladoras de las Relaciones y Condiciones Laborales en los Centros de Trabajo".

La finalidad del reglamento interno de trabajo es el de organizar el trabajo en la empresa, es una potestad del patrono donde se inspira un régimen de jerarquía y disciplina entre empleador y trabajador.

Esta clase de reglamentos para ser válidos deben ser elaborados conforme a la ley, aprobados por el Departamento Legal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y expuesto en un lugar visible de la empresa para la debida publicidad del mismo.

Las infracciones al reglamento interior de trabajo del lugar donde se labora, sea su patrono, la empresa privada o una institución pública, contempla sanciones disciplinarias aplicables al trabajador y ejecutadas por el patrono, si el patrono incumple se aplicará la sanción dispuesta en la ley laboral e incurrirá en responsabilidad patronal.

Las faltas al régimen disciplinario pueden ser: *falta leve, falta grave, falta muy grave,* y las sanciones que se imponen son: *amonestación verbal, apercibimiento escrito, suspensión del trabajo sin goce de salario hasta por ocho días* y *el despido sin responsabilidad patronal,* conforme a la gravedad o levedad de la falta cometida.

Este reglamento es elaborado por el patrono conforme a la ley, decretos, convenciones y contratos; el reglamento es supletorio de la ley, regula en forma más específica aquello no previsto de igual forma por la ley, pero su normativa no puede ser contraria a la ley.

III. Infracciones contra el honor profesional.

Se entiende por honor, el conjunto de cualidades radicales en una persona e indicativas de que sus actividades se deslizan dentro de las normas de moralidad, equidad y justicia que deben presidir las relaciones de cuantos integran una sociedad civilizada.

Para algunos el honor comprende el conjunto de normas que hacen al hombre moralmente bueno. La legislación alemana, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, reguló en forma específica lo relativo al honor profesional, donde el trabajador debe tener honor para cumplir con lo que se ha obligado a realizar. En el caso de agravios al honor profesional, existiría además de la protección del Estado, la especial tutela de las asociaciones profesionales.

En el caso de que un juez laboral declaraba falto de honor a un ciudadano, podía sancionarlo con la inhabilitación. En España se legisla sobre el honor profesional, en el caso de concurrencia de faltas sancionaba los actos incompatibles al honor profesional sea trabajador o empresario, porque ejecutó una acción contra los principios de lealtad, fidelidad, jerarquía y rendimiento del trabajo. Algunos autores y legisladores consideran que tal acción aislada no comprende deshonor, porque puede suponer un fallo momentáneo de moralidad, equidad o justicia, sino que nos revela su autor ser responsable de carecer de virtudes de producción fructífera en su labor asignada, por lo tanto se trata de una infracción de carácter disciplinario o contractual.

IV. Infracciones de tipo administrativo.

Son aquellas acciones u omisiones que violen normas laborales y cuyas consecuencias son una sanción de índole penal impuesta por el gobierno, por medio de una dependencia administrativa. El carácter diferenciador de esta clase de infracción respecto a las antes mencionadas, es lo relativo a la autoridad que impone la sanción, se trata de la Inspección General de Trabajo adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social[8] y la Inspección General de la Caja Costarricense de Seguro Social.[9] Las sanciones que se apliquen a este tipo de infracciones no eximen al infractor de las responsabilidades en que incurra y debatidas en otra jurisdicción por acción ilegal.

El régimen jurídico que contempla este tipo de infracciones son los reglamentos de trabajo, que tienen normas de carácter coactivo elaboradas por los órganos del Estado que regulan la relación laboral. Es la administración pública del Estado quien ejerce su potestad reglamentaria.

Estos reglamentos contemplan obligaciones

8. **Artículos 88 y ss. de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley No. 1860 del 18 de febrero de 1963).**

9. **Artículo 20 de la Ley Constitutiva de la CCSS (Ley No. 1 del 22 de octubre de 1943).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para las empresas con sanciones de carácter administrativo. La sanción es pecuniaria o sea con pena multa, señalándose un mínimo y un máximo, en nuestro medio hacemos referencia a una serie de reglamentos que contemplan este tipo de sanción y son a saber: Reglamento de Seguridad e Higiene de Trabajo en Estaciones de Servicio para Vehículos Automotores (Decreto No. 14415–TSS del 11 de marzo de 1983); Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo (Decreto No. 1 del 2 de enero de 1967); Reglamento de Seguridad en Construcciones (Decreto No. 6 del 16 de febrero de 1955); Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura (Decreto No. 6 del 6 de septiembre de 1968); Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones (Decreto No. 10541–TSS del 14 de septiembre de 1979); y Reglamento de Calderas (Decreto No. 6 del 23 de agosto de 1969).

V. Infracciones de tipo penal.

En el ámbito laboral, se dan ciertas acciones ilícitas que vulneran la norma jurídica, estas infracciones están reguladas por la legislación penal, en razón del grado de peligrosidad que entraña.

Hay notas características que diferencian este tipo de infracción con otras infracciones previstas por el Derecho Privado y son la tipicidad y la punibilidad, es decir, la acción u omisión está definida como delito y su ejecución conlleva una pena.

Se pueden definir, como aquellas infracciones que relacionadas con el trabajo, están definidas como acciones antijurídicas en el Código Penal o en leyes especiales del mismo carácter penal y que originan para sus autores responsables la imposición de una sanción de las que figuran en las escalas de penas.

A continuación enunciamos algunos conceptos básicos sobre una subclasificación de delitos de índole culposo e índole doloso.

A) Delitos por imprudencia.

Toda actividad punible puede estar caracterizada por la existencia de voluntad intencional delictiva o por la ausencia de tal intención. En el primer caso la forma de responsabilidad está integrada por el dolo y en el segundo la constituye la culpa.

La responsabilidad culposa o por imprudencia, por negligencia o inobservancia de reglamentos preventivos, existe la misma cuando una persona que obra sin intención pero sin las diligencias debidas, causa un daño en el cuerpo o en la salud a otro que pudo haberse evitado humanamente y dicho resultado se halla penado por la ley.

La culpa radica en la falta de previsibilidad y de racional cautela. En nuestro medio los accidentes de trabajo están plenamente legislados por la Ley sobre Riesgos del Trabajo (Ley No. 6727 del 9 de marzo de 1982), con su respectivo reglamento (Decreto No. 13466–TSS del 24 de marzo del mismo año), los artículos 219 y 220 de la ley en mención, propiamente nos dicen que el patrono está obligado a indemnizar pecuniariamente y facilitar toda asistencia médica que requiera el accidentado, en ello estriba la responsabilidad civil, pero también con tal omisión puede incurrir en una responsabilidad penal, plenamente regulada por los artículos 128, párrafo primero en relación con las disposiciones legales números 123, 124, 125 y 117, todas ellas del Código Penal (Ley No. 6726 del 10 de marzo de 1982); artículo 49 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, el autor o agente responsable de tal ilícito es el patrono o la persona física quien tenía bajo el mando al trabajador lesionado, siempre que se derive de una relación laboral entre el autor del ilícito y la víctima, artículos 305 y 306 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (Ley No. 6727 del 9 de marzo de 1982).

B) Delitos dolosos.

Este tipo de delitos ocasionados en un ámbito laboral, durante la relación laboral sostenida entre el agente y la víctima, nos referimos a la *huelga* y el *paro patronal,* que son acciones ilícitas sancionadas por la ley penal, debido al grado de peligrosidad, el daño que produce atenta contra los intereses públicos del Estado, porque su consecuencia es paralizar cualquier rama de la producción, lo que origina una infracción del contrato de trabajo o una rescisión de éste, o al menos una suspensión por una de las partes, sin que una causa justa haya motivado la determinación de los obreros o de los patronos para la cesación en sus aportaciones al esfuerzo común.

Por huelga debe entenderse la cesación colectiva y preconcebida de los productores en el trabajo y por paro o *lockout,* el cierre de industrias acordado por los respectivos empresarios. En nuestra legislación laboral es un derecho del trabajador ir a la huelga y es un derecho del patrono ir al paro, pero si tales acciones son declaradas judicialmente legales se ejerce un derecho pero si por el contrario son declaradas ilegales son reprimidas mediante

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pena multa, porque el ejercicio de ese derecho se desencadena en actos violentos contras las personas o las propiedades del gobierno, o sea hay límites para ejercer estos derechos dentro de la licitud.

En Costa Rica le está vedado el derecho a huelga a todo empleado público, sólo los que pertenecen a la empresa privada pueden ejercer ese derecho dentro de los límites de licitud fijados por la ley (ver artículos 364 a 384 del Código de Trabajo nuestro y los artículos 333 y 334 del Código Penal vigente). Cuando se dan estos fenómenos de la huelga y el paro patronal causan perturbación en el ordenado funcionamiento del Estado o de la economía nacional, por ende se reprime y se tipifica la acción de "abandono del cargo" por parte de los empleados públicos como delito y no como una simple contravención en nuestro ordenamiento jurídico penal, además de que suspenden los contratos de trabajo cuando se producen ambos fenómenos citados.[10]

EL OBJETO DE SANCIONAR LA INFRACCION LABORAL

Toda infracción o violación del ordenamiento jurídico laboral comprende una transgresión a la protección legal que encabeza el Estado con el fin de garantizar la seguridad social, mejores condiciones de trabajo y de bienestar social, mayores medidas de seguridad a la salud corporal y mental del obrero, con lo que se obtiene un equilibrio económico social entre productores y capitalistas. Al imponerse una sanción con pena multa a las faltas que cometa la clase patronal en detrimento a la dignidad y salud de la clase obrera tiene por objeto hacer respetar y limitar los derechos que tienen los sujetos de la relación laboral y más aún con el objeto de prevenir a los eventuales transgresores de la ley que pueden incurrir en responsabilidades civiles y penales según sea el caso, es deber del Estado inspeccionar e imponer la observancia de las normas de seguridad y previsión social en razón de un mejor bienestar de la comunidad.

El carácter de la sanción es de expresión educadora, de ser preventiva y represiva.[11]

LOS SUJETOS DE LA INFRACCION LABORAL

La imperatividad del Derecho Laboral, impone al Estado la función social de vigilar la aplicación de las normas de todas las prestaciones de trabajo, de poner en conocimiento de los empresarios las violaciones que hubiese encontrado a fin de que las corrijan y cuando la recomendación no sea acatada imponer las sanciones que autorice la ley, solamente así se garantiza la imperatividad del Derecho Laboral en beneficio de la clase trabajadora y de la justicia social.

Así tenemos que es el empresario o empleador que en caso de inobservancia de sus deberes y obligaciones impuestas por la ley, el contrato de trabajo, convención colectiva ser el sujeto imputable de esa falta y es el Estado mediante sus órganos contralores (Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y la Oficina de Inspección de la CCSS y de las municipalidades del país), quienes denuncian ante la autoridad competente, además esos sujetos contralores representan el Estado y para ciertos casos especiales pueden aplicar las sanciones previstas, como imponer la pena multa y en caso de reincidencia ejecutar el cierre de la empresa, son facultades de carácter administrativo y que no son de competencia jurisdiccional (ver los artículos 562, 559, 558, 538 y 557 del Código de Trabajo).

El trabajador que incumple con sus deberes y obligaciones prescritas en la ley y el contrato laboral no comete falta sino que hay un incumplimiento donde el empleador sanciona con su poder disciplinador o puede dar por rescindido el contrato labo-

10. **FERNANDEZ BARRUTIA, Jesús, op. cit., ps. 9 y ss.**

11. **FERNANDEZ BENSADON, Ana María y otro, op. cit., p. 14.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ral sin responsabilidad patronal, posteriormente trataremos este aspecto de una manera más adecuada.[12]

El empleador no tiene facultades legales para sancionar pecuniariamente mediante multa al trabajador que incumple con sus obligaciones.[13]

En forma excepcional los sindicatos o cooperativas que incumplan con lo previsto por la ley serán sujetos imputables de una sanción con pena multa, de conformidad con los artículos 292 y 570 del Código de Trabajo. También pueden cometer infracciones laborales los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cuyo caso serán sancionados de conformidad con el artículo 614 del Código de Trabajo, al igual que los funcionarios de la Caja Costarricense de Seguro Social, ver al respecto los artículos 9 inciso e) y 30 de la Ley Constitutiva de la CCSS.

CLASES DE SANCIONES QUE SE PUEDEN IMPONER

Nuestro Código de Trabajo y la Ley sobre Riesgos del Trabajo ya citada comprenden la mayoría de las infracciones en el ámbito laboral como contravenciones reprimidas con pena multa, la cual se fija de acuerdo con la gravedad de la infracción y al número de trabajadores perjudicados con tal acción ilícita, se toma en cuenta la reincidencia del autor en este tipo de faltas. En forma peculiar y para casos muy calificados se le puede imponer el cierre del establecimiento laboral. Por lo general la mayoría de las sanciones previstas por la ley, el contrato de trabajo o convención colectiva, se encuentra prefijada un límite mínimo y un máximo o en su defecto una suma fija.[14]

En el caso de infringir una prohibición del Código de Trabajo, se aplica una multa fija, según el artículo 612 del mismo cuerpo de leyes citado. En caso de omisión de avisos, informes, solicitudes, autorizaciones, permisos, comprobaciones o documentación que el Código de Trabajo, sus reglamentos o leyes especiales laborales requieran para las autoridades de trabajo, serán sancionadas de conformidad con el artículo 613 del Código de Trabajo. En caso de que la pena multa impuesta en sentencia no sea cancelada en la forma y términos concedidos se convertirá en pena de arresto, ver artículo 327 de la Ley sobre Riesgos Profesionales.

Las sanciones son independientes de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, el Código Penal nuestro en sus artículos 333 y 334 prevé como delito y sancionado con pena multa la instigación al abandono del cargo y a quien haga abandono de su cargo, se refiere sólo a los funcionarios o empleados públicos, ya que a esta clase trabajadora le está vedado el derecho a huelga, artículos 368 y 369 del Código de Trabajo, las sanciones no pueden ser condicionadas, ni ser abonadas en cuotas.

LAS CAUSAS DE LA INFRACCION LABORAL

Vamos a referirnos a las causas que hacen surgir la infracción en el ámbito laboral desde un aspecto objetivo y de uno subjetivo.

Desde un aspecto objetivo la violación a las leyes laborales surge por transgredir las fuentes de Derecho del Trabajo, en sus distintos intereses protectores de carácter público o de seguridad social, nos referimos al derecho al salario, a la dignidad del trabajador, a las normas de higiene y seguridad social, a la jornada laboral, a la libertad de trabajo, derecho al descanso y al aguinaldo, derecho a vacaciones, derecho a los seguros de ries-

12. DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa S.A., sexta edición, T. I, México, 1980, ps. 99 y ss.

13. Ver artículos 69, inciso f); 68, inciso e); 66; 67; 481; 63, inciso f) del Código de Trabajo y 203 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

14. Ver artículos 134; 569; 570; 609; 610; 611; 612; 258 a 261; 193 a 202; 251, incisos d) y ss. del Código de Trabajo y 309 a 329 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gos profesionales y seguros sociales, derecho a la indemnización por incapacidad para laborar, derecho a una pensión vitalicia, derecho a sindicarse, derecho a integrarse a una cooperativa, derecho a la huelga y demás derechos derivados de la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva suscrita entre patronos y trabajadores.

Desde un aspecto subjetivo, el transgresor al ordenamiento jurídico en el campo laboral, lo motiva un sentido de irresponsabilidad que menoscaba los derechos de la élite obrera, el patrono, un sindicato, una cooperativa o un funcionario público que infringe la ley, lo hace por razones muy personales, que podrían tratarse de un estado de avaricia, de negligencia, de irresponsabilidad para la clase productora, que se haya en una situación de desventaja frente a la clase capitalista, a lo cual, el Derecho Positivo pretende equiparar con una igualdad de condiciones a ambas clases.

PODER DISCIPLINARIO DEL EMPLEADOR

La existencia de un poder disciplinario del empleador ha sido invocado especialmente por los autores que aceptan la teoría institucional, quienes afirman que tal poder es el derecho propio de la institución, o sea el contrato de trabajo no justifica tal poder en todos sus aspectos.

Es admisible sólo en aquellos países en que el poder disciplinario del empleador está consagrado legislativamente y tiene aplicación en el campo práctico, debido a las características de sus empresas. Sólo en las grandes empresas se manifiesta el poder disciplinario del empleador, en el modesto taller o tienda, las relaciones entre empleador y dependientes son de carácter personal.

Por el poder disciplinario conferido al empleador, éste podrá desde amonestar hasta despedir al empleado conforme a la falta cometida, pero nunca podrá multarlo, porque no puede hacer justicia por su propia mano, lo que aplica son sanciones disciplinarias ante un incumplimiento de deberes y obligaciones estipuladas por la ley. Las sanciones disciplinarias nunca deben ser arbitrarias a la inobservancia del contrato de trabajo suscrito entre patrono y obrero, cuando se funda en injuria que haya hecho el uno a la seguridad, al honor o a los intereses del otro o de su familia y se determina que esta calificación se hará prudencialmente por el tribunal competente, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que median entre los superiores e inferiores.

En caso de injuria el patrono puede resolver el contrato y demandar en la vía penal la correspondiente responsabilidad al injuriante. El poder disciplinario del empleador se inspira en altas finalidades, como la de permitir una proporcionalidad entre las faltas y las sanciones, evitando así el peligro de que el patrón invoque una falta mínima para justificar el despido sin responsabilidad patronal y no tener derecho a una debida indemnización.

La relación de empleo está regulada, en principio por la normativa del contrato de trabajo, en la ejecución de los contratos no existe una relación de inferior a superior. En el contrato hay subordinación, pero sin caer en una supremacía de parte del patrón, la subordinación consiste en las modalidades taxativas de ejecución del contrato que son indicadas por el patrón y deben ser acatadas por el trabajador, ya que el patrón tiene al mando la ejecución de la actividad productora de su empresa, por ende debe guiar a sus subordinados.

Las sanciones disciplinarias no previstas por la ley puede preverlas el contrato de trabajo. Es el reglamento interior de trabajo y las cláusulas del contrato de trabajo que regulan el poder disciplinario del empleador, esta potestad deriva por ley (artículos 66, 67 y 68 del Código de Trabajo y artículo 31 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).[15]

15. DEVEALLI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Editorial Tea, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1953, ps. 225 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

Vamos a esbozar algunos principos constitucionales y otros institucionales por la ley laboral, en que se funda el carácter represivo de las sanciones previstas a la violación de leyes laborales.

En líneas anteriores hemos definido "la seguridad social", con uno de los objetivos que pretende cumplir el Estado mediante una adecuada legislación y limitando los derechos de la clase trabajadora y patronal, para evitar abusos de los mismos.

Nuestra Carta Magna en su numeral 66 dice: "Todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajador", en consecuencia a este principio existe el de la obligatoriedad de asegurar socialmente el patrono a sus dependientes, mediante los distintos seguros que hay, (como el seguro contra riesgos profesionales, seguro social de invalidez, vejez y muerte, seguro de maternidad. . . etc.), artículo 73 de nuestra Constitución Política y su artículo 74 prevé la irrenunciabilidad a tales derechos consagrados en principios constitucionales.

Surge además de la norma constitucional número 63, el principio de responsabilidad para todo patrono que despide injustamente a un trabajador, con tal acción viola el derecho de estabilidad de trabajo que ostenta el obrero, es parte de la justicia social que ante una falta a la ley en perjuicio del trabajador sea sancionado el patrono con una debida indemnización. Por último está el principio de obligatoriedad de observancia de la Constitución Política y demás leyes costarricenses, debido a la imperatividad de la ley es de acatamiento forzoso, a quien infrinja la ley le corresponde una determinada sanción prevista por el propio ordenamiento jurídico, porque es el Estado quien administra justicia y no los particulares u ofendidos con tal transgresión que lesiona derechos ajenos, esto se haya consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna.

CAPITULO II

REGIMEN DISCIPLINARIO

En este instituto se establece un sólo tipo de sanción ante las infracciones de naturaleza laboral, la multa, en caso de especial gravedad se puede establecer mediante resolución fundada el incremento de los montos máximos (ver artículos 610, 611, 381 y 384 del Código de Trabajo).

La graduación de dicho incremento quedará sujeto a la importancia económica del infractor, al carácter de reincidencia que éste pudiere revestir y a la naturaleza de la infracción. Las sanciones no pueden ser condicionadas, ni pagadas en tractos sucesivos, en el caso de que no se cancele la multa impuesta, ésta se descontará con días de prisión fijados por el juzgador conforme al valor pecuniario que tendría cada día de prisión, es el poder administrador (son autoridades administrativas la Guardia de Asistencia Rural), quienes ejecutarán el arresto o la clausura del establecimiento comercial, hasta el cumplimiento de la sanción impuesta en sentencia, se mantiene entretanto el derecho de los trabajadores al cobro de las respectivas indemnizaciones (ver artículos 53 al 56 del Código Penal).

El carácter de la sanción es represivo, de ahí que las sanciones subsidiarias no sean acumulativas, sino que su existencia se debe al buen criterio de hacer operar la sanción respectiva. El valor de las multas impuestas van a parar al caudal del Consejo de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así lo dispone el artículo 327 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

Si el sujeto que infringe disposiciones prohibitivas del Código de Trabajo, es un funcionario del Ministerio de Trabajo, será sancionado por doble partida, es decir se le impone la pena multa respectiva y se le sanciona disciplinariamente, o sea, con una suspensión hasta por un mes sin goce de sueldo, dependiendo de la gravedad de la falta, de conformidad con el artículo 614 del Código de Trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El Derecho Laboral se constitucionaliza, o sea, es la inserción de una o varias instituciones jurídicas, de índole social, económico-laboral previstas por la ley y plasmadas en la Constitución Política de un gobierno democrático, alcanzado por el movimiento obrero, a través de gremios profesionales y partidos políticos de tendencia socialista, que pretenden lograr a nivel constitucional leyes protectoras del trabajador y del trabajo.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho Laboral, compuesto por un conjunto de garantías sociales, cuya naturaleza jurídica estriba su fuente primordial en el Derecho del Trabajo, los principios laborales plasmados en una Carta Magna, carecen de efectividad, pese a su jerarquía y solemnidad, si no se aplican a través de una legislación positiva, que les da verdadero realce y sincera categoría de Derecho.[16]

En Costa Rica, mediante una reforma de 1943, nuestra Constitución Política introdujo el capítulo de las "garantías sociales", entre ellas sobresalen la fijación máxima de la jornada diurna y nocturna, la irrenunciabilidad de derechos y beneficios, la libre sindicalización, los derechos de huelga y paro, la fuerza de ley que se reconoce a las convenciones colectivas de trabajo, todo ello consagrado en los numerales 58, 74, 60, 61 y 62 de la Constitución Política y el artículo 1 del Código de Trabajo.[17]

En el capítulo anterior, enunciamos varias disposiciones constitucionales relacionadas con el tema principal en desarrollo, por lo tanto lo damos por agotado. Hacemos notar que los principios esbozados, el artículo 66 de la Constitución Política y el artículo 193 del Código de Trabajo, su contenido es el que más se asemeja al fin protector del Derecho Laboral en materia de infracciones laborales, porque es la seguridad social la que inspira la potestad represiva del Estado en esta materia de examen.

ANALISIS DEL CODIGO DE TRABAJO Y LEYES CONEXAS

La orientación que le daremos a éste próximo análisis, es emitir las disposiciones que más cotidianamente se transgreden por la parte patronal y cuales son los contralores estatales y medios de defensa que tiene a su alcance la parte agredida por los efectos jurídicos que surten tales acciones ilícitas.

Del Código de Trabajo son las disposiciones legales números 134; 258; 259; 261; 292; 402; 418; 429; 471, párrafo 3; 498, párrafo 2; 509; 511; 569; 570; 572; 193 a 202; 90; 176; 83; 87; 69; 70; 610; 611; 612; 613 y 614, todas ellas contemplan pena multa en caso de ser desacatadas, también los artículos 30; 36; 37; 44; 45 y 46 a 56 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Ley sobre Riesgos del Trabajo

Dentro de su normativa el incumplimiento de las mismas se castiga con pena multa además de las indemnizaciones correspondientes, son los numerales 282, 284, 293, 309, 310, 311, 312 y 313.

ANALISIS DE LOS REGLAMENTOS SOBRE SEGURIDAD Y PREVENCION SOCIAL MAS USUALES

La Oficina de Seguridad e Higiene del Trabajo, es la encargada de velar por la seguridad social de los trabajadores, ese consejo especializado está adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dicha entidad tiene las siguientes atribuciones:

1.—Determinar las condiciones laborales en

16. DE LA CUEVA, Mario, op. cit., T. I, ps. 113 y ss.
17. ALCALA-ZAMORA, Luis y otro, op. cit., T. II, ps. 612 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

toda empresa, institución o centro de trabajo, particular o del Estado, a fin de que los servicios sean realizados en las mejores condiciones de higiene y seguridad.

2.—Mantendrá un manual de higiene industrial en general de determinadas industrias particulares, por la peligrosidad que ofrezcan para el trabajador; de condiciones generales de higiene y de higiene del trabajador en particular, dicho manual deberá revisarse periódicamente.

3.—Le dará especial estudio a las enfermedades profesionales, analizará sus causas y determinará los medios para evitarlas. Atenderá la rehabilitación de los accidentados.

4.—Promoverá la formación de comisiones de seguridad industrial, preparará códigos de higiene y seguridad del trabajo, actuará en coordinación con el Instituto Nacional de Seguros, el Departamento de Rehabilitación de la Caja Costarricense del Seguro Social, con el Ministerio de Seguridad Pública y demás organismos semejantes, en los que se refiere a la adopción de medidas de profilaxis e higiene en general.

5.—Todo centro de trabajo debe suministrar los datos que se le soliciten, a esta oficina especializada, debe permitírsele hacer estudios, inspecciones e investigaciones que ordene en los propios lugares de trabajo.

6.—Esta oficina será auxiliar del Consejo de Seguridad e Higiene de Trabajo, suministrándole a éste todos los informes necesarios para su cometido y realizando los estudios que le enmiende tal consejo. El jefe de la oficina será miembro del consejo y actuará como presidente del mismo.

Entre los reglamentos emitidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se encuentran los que más usualmente se requieren y aplican y son a saber:[18]

Reglamento de Calderas: (Decreto No. 6 del 23 de agosto de 1969).

Su normativa regula el uso de calderas, de tal manera que para instalar un sistema de caldera deben cumplirse una serie de requisitos, o sea el adoptar medidas de previsión y seguridad para proteger la salud de los trabajadores de ese centro de labores ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La supervisión y el control de que se ha cumplido con lo prescrito por la ley, lo tiene el inspector asignado por la institución antes mencionada (ver arts. 5, 7, 8, 60, 61, 62 y 73 a 78 del reglamento en comentario). Propiamente en los numerales 7, 8 y 79 a 82 de este reglamento estipula lo relacionado a las sanciones que se establecen si se incumple con lo previsto y ordenado en el mismo, el tipo de sanciones es de la clausura inmediata de la instalación de la caldera u ordenar su paro e imponer una multa.

Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones: (Decreto No. 10541—TSS del 14 de septiembre de 1979).

Su normativa regula todo lo relacionado con el control de ruidos y vibraciones que afecten la salud de los trabajadores, cuando este fenómeno se produce en el mismo centro de labores. La supervisión y control de lo dispuesto en este reglamento estará a cargo de la Inspección General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El tipo de sanciones establecidas para quien contravenga lo dispuesto en ese decreto, consiste en paralizar parcial o totalmente las labores de la empresa hasta tanto no se cumpla lo decretado, (ver al respecto los artículos 27 y 28 del reglamento en análisis).

Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura: (Decreto No. 6 del 6 de septiembre de 1968).

Su normativa regula lo relacionado al empleo frecuente de medios modernos y económicos en la agricultura y la ganadería, el uso de sustancias tóxicas para fines agropecuarios y así prevenir los accidentes de trabajo y proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores del campo, deben dictarse las medidas indispensables con el propósito de prevenir aquellos riesgos profesionales. Su objeto es establecer las condiciones generales de seguridad e higiene, que deberán adoptarse en el uso de sustancias tóxicas en labores agrícolas y ganaderas, a término de proteger la vida, la salud e integridad física de los obreros, sostienen como normas conexas las señaladas en el Reglamento sobre Expendio de Pesticidas y Hormonas Vegetales, (Decreto No. 11 del 24 de agosto de 1954).

18. **Artículos 63 a 68 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley No. 1860 del 18 de febrero de 1963).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Las disposiciones legales números 3 a la 18 contemplan las obligaciones y prohibiciones en el empleo de las sustancias tóxicas. Las medidas están establecidas en los artículos 29 al 30. El tipo de sanciones previstas es con pena de multa y en caso de reincidencia se puede ordenar la paralización temporal de labores total o parcialmente sin que perjudique los derechos de los trabajadores, la autoridad competente para supervisar y hacer cumplir lo contemplado en este reglamento es la Inspección General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en los artículos 31 a 36 de este reglamento en comentario.

Reglamento de Seguridad de Construcciones: (Decreto No. 6 del 16 de febrero de 1955).

La potestad reglamentaria que ostenta el Estado deriva de la norma constitucional 140 incisos 3 a 18; artículo 27 inciso 1 de la Ley General de Administración Pública; artículos 193 y 194 del Código de Trabajo, en virtud de hacer efectivo el presupuesto de velar por la seguridad e higiene de los trabajadores.

Primordialmente este reglamento vela por la seguridad de los obreros que laboran en construcciones, optando por medidas de precaución y de evitar así las enfermedades por riesgos profesionales. Las sanciones que se estipulan son de pena multa de acuerdo con la importancia de la falta y el número de personas afectadas por ésta, también cuando se incumple con la normativa de este reglamento se puede ordenar la paralización temporal de las obras en forma total o parcial con responsabilidad patronal o sea estas medidas no afectan los derechos de los trabajadores.

El órgano contralor del cumplimiento por lo dispuesto legalmente está a cargo de la Inspección General de Trabajo (ver los artículos 36, 37, 38 y 40 del reglamento en mención).

Reglamento de Seguridad e Higiene de Trabajo en Estaciones de Servicio para Vehículos Automotores: (Decreto No. 14415—TSS del 11 de marzo de 1983).

Su normativa rige todo lo relacionado con la construcción y medidas de seguridad de las estaciones de servicio para vehículos automotores, debido a que se dedican al expendio de combustible, se deben optar medidas de amplia seguridad. Las sanciones prescritas en caso de incumplimiento a lo dispuesto en este reglamento y supletoriamente se aplicarán el Reglamento de Seguridad de Construcciones y el Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo, puede ser la paralización de las labores de manera total o parcial hasta tanto no cumpla con lo prevenido y se adopten las medidas ordenadas, quedan a salvo las responsabilidades civiles y penales en que pueda incurrir el propietario de la estación de servicio. El órgano contralor y supervisor es la Inspección General de Trabajo (ver los artículos 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41 del reglamento de marras).

Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo: (Decreto No. 1 del 2 de enero de 1967).

Su normativa tiene por objeto establecer las condiciones de seguridad e higiene a que deben obligarse los patronos de centros de trabajo, con el fin de proteger la vida, la salud, la integridad corporal y la moralidad de los trabajadores.

Se prescriben toda una serie de obligaciones a los patronos que en caso de incumplimiento se aplicarán las sanciones correspondientes, además de las responsabilidades pertinentes de acuerdo con los artículos 3, 4, 5 y 10 al 100, principalmente se prevén una serie de medidas de seguridad y condiciones de trabajo que atienden a la salud mental y corporal de quienes laboran. En cuanto a las sanciones que se imponen son con pena multa, se puede ordenar la suspensión inmediata de las obras hasta que se cumpla con lo prevenido y en casos calificados se puede sancionar con la paralización de labores total o parcial hasta tanto no se ajuste a derecho el infractor; además de ello, el patrono puede hacer frente a otro tipo de responsabilidades. El órgano contralor y encargado de hacer cumplir con lo dispuesto en este reglamento es la Inspección General de Trabajo (ver los artículos 101 a 110 del reglamento de marras).

ANALISIS DEL PROYECTO DE LEY AL CODIGO DE TRABAJO

De este proyecto de ley, la parte dispositiva sobre riesgos sobre el trabajo ya es ley, por lo tanto el Código de Trabajo vigente tiene reformada esa materia y comprende los artículos 193 al 261 inclusive por la Ley No. 6727 del 9 de marzo de 1982, en virtud de una reforma más justa y funcio-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nal, dentro de las variaciones transcendentales en materia de seguridad social está el incluir una serie de normas mínimas de salud ocupacional, incluyendo la creación de un Consejo de Salud Ocupacional. Lo dicho refleja, sin mayor esfuerzo, que hay una concepción nueva en cuanto reformó lo pertinente a riesgos profesionales, dentro de un criterio moderno de seguridad social; es menester indicar que otra variación es la universalización de la protección del seguro. El proyecto permitirá, con el transcurso del tiempo, hacer realidad un ambiguo anhelo de todos los interesados en materia laboral; la mejor legislación es aquella que asegura la más eficaz labor preventiva para proteger la integridad y la vida del mayor tesoro que tiene un país, sus trabajadores.

Este proyecto incluye en el capítulo VI, artículos 392 a 399 lo referente a las "prácticas desleales", materia no prevista por el actual Código de Trabajo, lo cual consiste en que el patrono o sindicato patronal cometa acciones u omisiones que eviten, limiten, constriñan o impidan el ejercicio de los derechos de sus trabajadores o sindicatos de trabajadores, lo mismo se cita para en el caso de que quienes actúen deslealmente sean los trabajadores o sus sindicatos en daño a sus patronos, tal falta se sanciona con pena multa y al pago de daños y perjuicios, hasta se puede reinstalar al trabajador despedido.

El procedimiento para determinar y juzgar tales prácticas desleales está previsto en los artículos 493 a 441 del proyecto en comentario. En las disposiciones números 508 a 530 del proyecto regula todo lo concerniente a la prescripción, sanciones y responsabilidades, dándose un matiz más adecuado a las necesidades de la actualidad, en cuanto que regula en igual forma, se mantiene el mismo criterio lo relativo a la prescripción de derechos laborales.

En cuanto a lo relativo a las sanciones, define lo que se entiende por falta punible y quiénes pueden ser sujetos, incluye además de patronos y organizaciones a los trabajadores en su artículo 516, cosa que no distingue el actual Código de Trabajo en su artículo 608, donde la parte trabajadora no es sujeto punible en materia de faltas laborales.

Además introduce un registro de reincidencias en materia de faltas laborales por la Corte Suprema de Justicia (ver artículo 517 in fine del proyecto), también con las reformas introducidas por este proyecto se corrige un error garrafal en el sentido que nuestro Código de Trabajo hace cesar la responsabilidad penal del patrono, si éste cumple con lo prevenido lo cual no lo exime sino que atenúa la falta, según así lo dispone el artículo 519 del proyecto. El artículo 519 in fine y el 520 del proyecto regulan lo concerniente a la prescripción de la pena y de la acción penal, lo cual no lo regula nuestro Código de Trabajo, porque en su artículo 609, está abrogado implícitamente en virtud a que nos remite al Código de Policía, el cual está abrogado por el actual Código Penal de 1971.

Otra reforma que incluye el proyecto en su artículo 521 y no contemplado por el Código de Trabajo vigente, es que además de las sanciones impuestas a las faltas cometidas se debe restituir el derecho violado y la reparación del daño causado, para tales efectos se interrumpe la prescripción desde el momento en que se cometió la falta. Los artículos 522, 523 y 524 del proyecto actualizan los montos de la pena multa, de acuerdo con la realidad y gravedad del delito, ya que los montos de la pena multa prevista en el actual código son de carácter irrisorio, que no se ajusta a la realidad y no reflejan el carácter represivo y preventivo que se pretende con la pena impuesta.

El artículo 526 del proyecto habla de un reajuste anual de las multas previstas, cosa que no contempla el actual Código de Trabajo. El artículo 527 del proyecto, disminuye el término para cumplir con el pago de la pena multa injusta en comparación a nuestro Código de Trabajo, además de que la conversión de pena multa a pena de arresto será de oficio.

En el artículo 528 del proyecto su normativa es igual al del artículo 614 del actual Código de Trabajo. El artículo 529 del proyecto regula lo relacionado a la reincidencia en materia de faltas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Vamos a señalar los convenios y recomendaciones de la OIT, pertinentes al tema central en desarrollo, daremos una visión de su contenido y transcendencia en el ámbito internacional del Derecho Laboral y son a saber:

Convenio No. 18: "Convenio sobre la Inspección de Trabajo en la Industria y el Comercio".

Este convenio se adopta el 11 de julio de 1947, el cual pretende que todo miembro de la OIT, debe mantener un sistema de inspección de trabajo en los establecimientos industriales y del comercio, con el fin de hacer cumplir las leyes laborales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su actividad.

Se exceptúan de este convenio a las empresas mineras y de transporte o a las partes de dichas empresas, a los inspectores de trabajo se les debe proporcionar todo auxilio necesario, la autoridad competente debe adoptar las medidas necesarias para fomentar la cooperación colectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales o instituciones privadas que ejerzan actividades similares, también la colaboración de los funcionarios de la inspección con los empleados y trabajadores o sus organizaciones.

Los inspectores tendrán autoridad para ejecutar toda acción compatible para lograr su cometido, verbigracia, ingresar a un centro de trabajo, interrogar testigos, etc. Las personas que infrinjan las leyes, serán sometidas a un proceso judicial y las sanciones aplicables son las previstas en la legislación nacional. Todo miembro de la OIT, podrá renunciar total o parcialmente por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración.

Este convenio ha sido ratificado por Costa Rica en la trigésima reunión en 1947. Nuestro país es miembro de la Organización Internacional del Trabajo de 1920 a 1927 y desde 1944 hasta hoy en día.

A este convenio lo acompaña la recomendación No. 81 llamada Recomendación sobre la Inspección de Trabajo, fue adoptada el 11 de julio de 1947, la cual prevé la organización de servicios de inspección del trabajo y recomienda que los miembros de la OIT apliquen lo dispuesto en ella, conforme se lo permitan las condiciones de su país. Lo que se aconseja es, todo establecimiento industrial o comercial que se abra debe estar a derecho con lo establecido por el convenio No. 18 y los inspectores de trabajo deben supervisar y aprobar la apertura de tales establecimientos.

Convenio No. 102: "Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima)".

Este convenio se adopta el 28 de junio de 1952, establece una serie de normas mínimas sobre seguridad social que debe cumplir todo país miembro que ratifique tal convenio. Este convenio no tiene recomendación al respecto, por nuestro país fue ratificado el presente convenio en la trigésima quinta reunión de 1952.

Convenio No. 129: "Convenio sobre la Inspección de Trabajo en la Agricultura".

Este convenio fue adoptado el 25 de junio de 1969, lo que se pretende es que la autoridad competente marque pautas en la agricultura, con un adecuado sistema de inspección de trabajo, en caso de conflicto en la aplicación de este convenio, lo resolverá la autoridad competente. La normativa de este convenio es sobre los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y de cuyo cumplimiento se encargan los inspectores de trabajo. Todo miembro de la OIT, debe mantener un sistema de inspección de trabajo en la agricultura. El sistema de inspección de trabajo en esa rama debe velar por el cumplimiento de la ley relativo a las condiciones de trabajo y protección de los trabajadores en su actividad, ya sea sobre salario, jornada, horario, seguridad e higiene y bienestar. . .etc.

Este convenio fue ratificado por Costa Rica en la quincuagésima tercera reunión de 1969. A este convenio le asiste la recomendación No. 133 denominada Recomendación sobre la Inspección de Trabajo en la Agricultura, adoptada el 25 de junio de 1969, se aconseja que se amplíen las funciones de la inspección de trabajo en esa rama en el sentido de que se incluya la colaboración con los servicios técnicos competentes a fin de ayudar al productor agrícola y mejorar así sus explotaciones y las condiciones de vida y de trabajo de quienes laboren en ella. Que la inspección de trabajo se esmere en educar profesionalmente al trabajador en la agricultura.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPITULO III

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los principios del procedimiento administrativo laboral emergen de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley No. 1860 del 16 de febrero de 1963), en lo relativo a la comprobación de infracciones y aplicación de sanciones, son a saber:

—Acta comprobatoria, circunstanciada y documentada de la infracción.

—Garantía del debido proceso que implica naturalmente, el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a un fallo fundado.

—Individualización del infractor responsable.

—Sustanciación verbal y actuada, concentrando en una sola audiencia la mayor parte de los actos procesales.

—Plazos perentorios.

—Resolución condenatoria debidamente fundada.

Firme la resolución condenatoria, la falta de pago de la multa impuesta faculta a la autoridad de aplicación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) para proceder a su ejecución o a pedir su conversión en arresto, pudiéndose disponer en los casos previstos por la ley a la clausura del establecimiento de hasta su cumplimiento de la sanción, según los artículos 101, 102, 103, 104, 105 y 106 del Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo.

El presupuesto de la instrucción lo constituye el acta de comprobación, tiene el valor de prueba muy calificada y sólo se prescindirá de ella, si hubiese otras que de modo evidente revelen la inexactitud, falsedad o parcialidad (artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y el artículo 20 de la Ley Constitutiva de CCSS). El contenido del acta es el siguiente:

1) Lugar, día y hora en que se realiza la verificación de la denuncia.

2) Descripción del hecho verificado como infracción.

3) Indicación de las personas que se hallen presentes en el acto del carácter que invocan y de las manifestaciones.

4) Firma del inspector actuante y de todas las personas que hayan intervenido en cualquier carácter.[19]

Primordialmente vamos a señalar los pasos a seguir en la investigación y verificación de una infracción laboral denunciada ante un inspector de la CCSS o del Ministerio de Trabajo y son a saber:

A) Los inspectores de cualquier órgano contralor del Estado tienen por función primordial el velar por el fiel cumplimiento y respeto de las leyes, convenciones colectivas y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a la previsión social. Los inspectores actuarán por acción propia o por denuncia de los trabajadores o de cualquier otra persona (ver los artículos 88 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo; y, 20 y 54 de la Ley Constitutiva de la CCSS).

B) Siempre que se compruebe la violación de leyes y reglamentos de trabajo o de previsión social, la inspección requerirá al patrono correspondiente, por escrito, para que dentro del término que se le fije, se ajuste a derecho, vencido el plazo otorgado sin haberse cumplido la prevención (ver artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo).

C) Se levantará un acta por el inspector asignado haciendo constar su intervención, procediendo por medio de su jefe a entablar la acción judicial correspondiente. Dicho funcionario queda exento de rendir fianza por calumnia cuando proceda pedirla (ver artículos 92 in fine y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo; y, 20 de la Ley Constitutiva de la CCSS).

D) La desobediencia a las disposiciones dadas por los inspectores dentro del límite de sus atribuciones legales o reglamentarias y por el hecho de

19. **"La multa que se impone a quien infrinja las leyes de trabajo y bienestar social, debe cancelarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la firmeza del fallo y el cálculo de las mismas es el legal, que es de dos colones por día de arresto; pues es caer en error como lo hizo el juez a quo el disponer que la multa debe pagarse quince días después de la sentencia firme, bajo apercibimientos de que si el obligado no lo hiciere se convertirá en treinta días de prisión". Ver artículos 571 del Código de Trabajo; 36 y 37 del Código de Policía de 1941; 1974. Trib. Sup. de Trabajo, No. 1338 de las 16:42 hrs. del 2 de Sept. Infracción de leyes de trabajo c/a S.A.C.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

obstaculizar el cumplimiento de sus deberes, con ocasión de su cargo, se penará con pena multa y en caso de reincidencia se penará con arresto inconmutable. La pena se impondrá a la persona responsable de tal infracción como también al patrono del lugar en que acaecieron los hechos a no ser que este último demuestre su desconocimiento o no participación en la comisión de la falta. En el caso de que el patrono se trate de una persona moral, se estará a lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Trabajo (ver los artículos 95 y 89 in fine de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo; y, 51 de la Ley Constitutiva de la CCSS).

Derechos y obligaciones de los inspectores de trabajo

—Los inspectores de trabajo adscritos a la Inspección General de Trabajo o a la Caja Costarricense del Seguro Social, su deber es velar por el fiel cumplimiento de la ley y reglamentos de trabajo concernientes a los derechos de los trabajadores y condiciones de trabajo.

—Deberán además rendir los informes, hacer ejecutar las disposiciones y las demás actividades relacionadas con su función.

—Actuarán en coordinación con las demás dependencias del Ministerio de Trabajo, deberán prestar colaboración y auxilio a toda institución del Estado, como la CCSS, el INS, las municipalidades del país, etc.

—Los inspectores de trabajo tendrán derecho a visitar lugares de trabajo, de cualquier naturaleza, a cualquier hora del día, siempre que a esa hora se trabaje.

—Los inspectores de trabajo podrán revisar los libros de contabilidad, de salarios, planillas, medios de pago y cualesquiera otros documentos y constancias que eficazmente les ayude a realizar su labor y que se refieran a sus respectivos trabajos. En casos especiales, donde la acción de los inspectores debe ser inmediata, podrán requerir el auxilio de las autoridades de policía, con el fin de no impedir su labor (ver artículos 69 inciso F) y 202 del Código de Trabajo).

—Podrían asimismo los inspectores de trabajo examinar las condiciones higiénicas de los lugares de trabajo y las de seguridad personal de los trabajadores (ver artículo 90 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

—Los inspectores de trabajo realizarán una labor preventiva y educativa, instruyendo a patronos y trabajadores en cuanto a sus derechos y obligaciones e interviniendo en las dificultades y conflictos de trabajo que se susciten entre aquellos o interiormente sobre los mismos grupos.

—La Inspección General de Trabajo gozará de franquicia telegráfica en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeña.

—Los inspectores de trabajo tendrá jurisdicción en toda la República si así se le fija por su jefe de la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

—Los inspectores de trabajo tendrán el carácter de autoridades, con los derechos y atribuciones que le otorgue la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

—Queda prohibido a los inspectores de trabajo, bajo pena de suspensión hasta por un mes sin goce de sueldo o con la destitución de su cargo, según la gravedad de la falta:

a) Divulgar los datos que obtengan con motivo de las inspecciones, si revelaran secretos industriales o comerciales de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir (ver artículo 337 del Código Penal).
b) Asentar hechos falsos en las actas que levanten o informes que rindan, sin el menoscabo de las otras responsabilidades en que pueda incurrir.
c) Aceptar dádivas de los patronos o de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades (ver artículo 341 del Código Penal).
d) Extralimitarse en el desempeño de sus funciones. Además de las estipuladas en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El proceso establecido para el juicio de faltas o contravenciones en el campo del Derecho de Trabajo está regulado por nuestro Código de Trabajo en las disposiciones números 557 a 577 y 608 a 614.

Ante todo debe haber una denuncia sobre las infracciones a las leyes laborales en forma específica, esa denuncia puede hacerla el Departamento Legal de la Caja Costarricense de Seguro Social, un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

particular, un trabajador, cualquier autoridad administrativa, el representante legal del perjudicado, por ejemplo el padre del trabajador menor de edad, las entidades de protección a los trabajadores, de conformidad con los artículos 557, párrafo primero del Código de Trabajo; 54 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social; y, 91 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La acusación no podrá presentarse simultáneamente con la demanda de indemnizaciones que puedan derivar de la falta. El acusador puede desistir de la acusación establecida por él, por haber incurrido en error, por no constituir los hechos denunciados infracción o contravención o por haber un arreglo extrajudicial con el infractor no contrario a los derechos probados a las partes y a la equidad, ante ello sin más trámite se decretará la suspensión de los procedimientos.

Ante la resolución de desestimiento o abstención de procedimientos cabe recurso de revocatoria y de apelación. El artículo 558 del Código de Trabajo, establece quiénes están obligados a denunciar en el caso de que tengan conocimiento de hechos que constituyen violación a la ley laboral, sin incurrir en responsabilidades los aquí obligados denunciantes.

La denuncia debe hacerse ante el alcalde de faltas respectivo o por medio de la autoridad política o de trabajo más próxima (ver artículo 559 del Código de Trabajo).

El artículo 560 del Código de Trabajo establece las formalidades que debe contener la denuncia para que se le dé curso a la misma, el alcalde de faltas estará obligado a procurar que se subsanen sin pérdida de tiempo, en caso de omisión de los requisitos previstos de la denuncia, estos deben subsanarse.

Puede el juez de trabajo actuar de oficio sin dilación alguna cuando tenga noticia por impresión propia de hechos tipificados por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 34 del Código de Trabajo (ver artículos 562 del Código de Trabajo y 49 de la Ley Constitutiva de la CCSS).

El procedimiento del juicio sobre faltas revestirá el carácter verbal y sumario, instituyéndose e impulsándose de oficio, en relación con la carga de la prueba del empleador imputado. Corresponde a la autoridad de aplicación realizar todas aquellas diligencias que estime convenientes o necesarias para la mejor averiguación de la verdad de los hechos denunciados (ver artículos 563 y 565 del Código de Trabajo).

Una vez avocado el alcalde al conocimiento del proceso, procederá a tomarle indagatoria al inculpado, si el imputado acepta los cargos, sin más trámite se dictará el fallo correspondiente y se le impondrá la sanción respectiva, en el caso de que el encartado negara los cargos que se le atribuyen, podrá señalar la prueba de descargo, la cual se evacuará en el juicio oral y público, el término para señalar fecha de debate es de diez días y el término para fallar es de cuarenta y ocho horas una vez realizada la audiencia del juicio oral y público (ver artículos 564 y 565 del Código de Trabajo).

La forma en que puede proponer prueba a favor del encartado está establecida en el artículo 565 del Código de Trabajo. No se suspende la jurisdicción en materia de faltas a las leyes laborales por excusa o recusación, ni por la excepción o declaración de incompetencia, en ese caso se remitirá la causa a la autoridad judicial competente, podrá testimoniar piezas que juzgue conveniente para continuar válidamente, recibiendo las pruebas o levantando la información que proceda pero se abstendrá de dictar sentencia hasta tanto no se resuelva en definitivo la articulación (ver artículo 566 del Código de Trabajo). Sólo la sentencia de primera instancia se notifica a las partes en materia de faltas a las leyes laborales, podrán apelar de las mismas el imputado o su defensor, el acusado o su apoderado al momento en que se les notifica el fallo o dentro del término de veinticuatro horas a partir del momento en que se le notificó el fallo, en forma excepcional gozan de un término más amplio de tres días y por simple telegrama podrán apelar, los personeros de la Caja Costarricense del Seguro Social (ver artículos 567 del Código de Trabajo y 54 inciso d) de la Ley Constitutiva de la CCSS).

En el caso de sentencias absolutorias si no es apelada, será consultada con el superior, el cual resolverá en alzada o en consulta en el término previsto por el artículo 568 del Código de Trabajo. El imputado que haya sido detenido a consecuencia de una infracción laboral podrá ser puesto en libertad durante la tramitación del proceso hasta la sentencia firme mediante excarcelación bajo fianza o bajo caución juratoria, artículo 569 del Código de Trabajo.

La aplicación de sanciones se hará a quien resulte culpable en los términos y condiciones establecidos por el artículo 570 del Código de Trabajo. Las multas impuestas serán a favor del fondo del Ministerio de Trabajo y Seguridad So-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cial, artículo 571 del Código de Trabajo, la cancelación de la multa debe hacerse dentro de las veinticuatro horas siguientes de la firmeza del fallo.[20]

En la sentencia condenatoria de un proceso de faltas podrá declararse las responsabilidades pecuniarias, además de la indemnización del daño privado proveniente de la comisión de la falta y se harán efectivas por medio de la vía de ejecución de sentencia, de conformidad a lo prescrito por el artículo 575 del Código de Trabajo (ver artículo 572 del Código de Trabajo).

Como fuente supletoria a las disposiciones legales que regulan el proceso en materia de faltas a las leyes laborales se aplicará el Código de Procedimientos Penales, cuando no existiere incompatibilidad con la letra de la ley de trabajo y sus principios procesales (ver artículo 573 del Código de Trabajo). Las sentencias emitidas en razón de una infracción laboral no serán remitidas a la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En un juicio por faltas a las leyes de trabajo, si el perjudicado es un menor de edad, se le tendrá como parte en el proceso al Patronato Nacional de la Infancia, en las condiciones y términos que prevé el artículo 577 del Código de Trabajo.

PRESCRIPCION EN MATERIA DE FALTAS A LAS LEYES LABORALES

El Código de Trabajo y el Código Civil regulan lo relacionado al cómputo, suspensión e interrupción de la prescripción.[21]

Los derechos que surgen de sentencia judicial prescriben a los diez años a partir del día de la sentencia ejecutoria.[22]

Ahora bien, propiamente la prescripción de la acción penal y la pena sobre faltas a las leyes laborales lo regula el artículo 609 del Código de Trabajo, el cual hace alusión que en materia de faltas se aplica supletoriamente el Código de Policía, el cual se encuentra abrogado por el actual Código Penal de 1971, claro está que este error no ha sido corregido en forma expresa, porque el Código de Trabajo es del año 1943, lo que es anterior al vigente Código Penal, es la única disposición del Código Laboral que establece algo al tema de la prescripción, por lo que consideramos que los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal que nos rige.

El artículo 82 inciso 5 del Código Penal de 1971, establece para la acción penal en materia de contravenciones una prescripción de ocho meses, el artículo 83, párrafo primero del mismo cuerpo de leyes fija como regla para la prescripción de la acción penal corre a partir desde el día en que se consume la infracción, hacemos notar que en cuestiones de contravenciones no se admite la tentativa, sólo la consumación del ilícito menor.

El artículo 84 del código citado establece la prescripción de la pena de un año si se trata de contravenciones, salvo las faltas cometidas contra la Ley Constitutiva de la CCSS, que prescriben en dos años para la acción penal y la pena desde el momento en que la institución tenga conocimiento de los hechos o de la sentencia, artículo 56 de la ley citada. El artículo 86 del Código Penal establece que la prescripción de la pena corre a partir del día de la sentencia firme o desde el momento en que se debe empezar a cumplir una pena después de purgar otra condena anterior o desde el quebrantamiento de la condena.

El artículo 87 del Código Penal regula la interrupción de la prescripción de la pena, la cual queda sin efecto el tiempo transcurrido, en el caso de que el reo se presente o sea habido o cuando comete una falta menor antes de completar el tiempo de la prescripción.

La prescripción de la acción penal o de la pena se declararán de oficio o a solicitud del imputado o de su representante legal, según así lo prevé el artículo 88 del Código Penal.

El artículo 611 del Código de Trabajo regula lo relacionado a la reincidencia en materia de faltas contra las leyes de trabajo o de previsión social, estableciendo dos reglas a seguir, que consisten en aumentar la pena establecida para cada falta come-

20. FERNANDEZ BENSADON, Ana María y otro, op. cit., p. 17.
21. Artículos 601, párrafo primero del Código de Trabajo y 850 y ss. del Código Civil.
22. Artículos 601, in fine y 575 del Código de Trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tida. En materia de faltas, las sentencias que se dictan no se inscriben en el Registro Judicial de Delincuentes, ya que no constituyen delito.[23]

Salvo que por ley especial establezcan casos de gravedad en la falta y de la posibilidad de inscribir el fallo de la contravención en el Registro Judicial de Delincuentes, así lo prevé el artículo 56 de la Ley Constitutiva de la CCSS, la cual es una ley especial que se contrapone a lo establecido en el artículo 4 de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes, donde sólo se inscribirán los fallos provenientes de delitos dolosos o culposos.

LA JURISPRUDENCIA

En materia de faltas en contravención a las leyes laborales es reiterada y conforme a lo que establece la ley, realmente es muy escasa en cuanto a faltas, el juez de trabajo o alcalde emite su criterio en forma muy amplia en cuanto a las condiciones y caracteres de los hechos que revisten el caso concreto. Citamos algunos fallos que hemos seleccionado por su particularidad y contenido transcendental, son a saber:

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 584 de las 9:28 hrs. del 15 de enero, c/a L.L.B. y otro.

"Si los presuntos infractores a las leyes laborales fueron corregidos, que es lo que se persigue con la actividad que despliega la Inspección General de Trabajo, procede absolver de toda pena y responsabilidad al patrono acusado".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 807 de las 9:00 hrs. del 18 de febrero, c/a V.V.J.

"En vista de que las instalaciones donde laborarán los trabajadores de la empresa acusada, al hacerse la última inspección por el inspector de trabajo estaban cerradas y los trabajadores afectados con el posible incumplimiento de lo ordenado, según la acusación, habían sido trasladados a otro lugar de trabajo propiedad de terceros ajenos a la litis, no existiendo ya perjuicio alguno para los servidores, procede absolver de toda pena y responsabilidad a la acusada".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 805 de las 8:50 hrs. del 18 de febrero, c/a R.C.U.

"Si al momento de declarar un trabajador contra el patrono acusado de violación a las leyes laborales ya no está al servicio del mismo y al dictarse el fallo había desaparecido la infracción acusada, procede absolverlo de toda pena y responsabilidad".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 1401 de las 8:15 hrs. del 4 de marzo, c/a E.C.C.

"Por cuanto los trabajadores que se señalan en autos como ofendidos, no se constituyeron en estrados como acusadores, es improcedente la sentencia de primera instancia en cuanto expresa que el acusado debe pagar daños y perjuicios a los ofendidos".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 1395 de las 8:00 hrs. del 4 de marzo, c/a D.A.L.

"Dado que el demandado quedó desligado de la sociedad que se indica como propietaria de la estación de gasolina en cuestión, antes de que se señalaran las infracciones de leyes laborales tenidas como base de la demanda, no le cabe responsabilidad penal alguna en este proceso y menos aún figurando entre las cláusulas de la disolución de la sociedad, un compromiso de otro socio de asumir cualquier responsabilidad que se presente en el futuro".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, No. 603 de las 15:34 hrs. del 30 de marzo, c/a J.S.C.

"Si está probado en autos que la inculpada cometió tres infracciones, pues no paga el salario

23. Artículo 4, párrafo primero de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes (Ley No. 4695 del 16 de diciembre de 1970).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mínimo legal, no otorga el descanso semanal absoluto y no otorga vacaciones anuales remuneradas, debe pagar por cada infracción una multa aparte, ya que no pueden sancionarse las tres infracciones con una sola multa".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, No. 608 de las 15:44 hrs. del 30 de marzo, c/a B.W.S.

"Las infracciones a nuestra ley laboral, conforme a lo dispuesto por ella misma, son perseguibles de oficio y como en el caso de acusación presentada, determina con claridad, el centro de trabajo, si en el curso de los procedimientos se demostrare que la acusada no es la persona responsable sino otro, debe el juez proceder a su averiguación y en su caso indagarla y hacerle el cargo, para resolver en una sola sentencia sobre las afirmaciones e infracciones acusadas, artículo 562 del Código de Trabajo".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, No. 700 de las 15:16 hrs. del 20 de mayo, c/a H.T.A.

"Si el trabajador dejó de laborar para el acusado, la infracción que se le imputa a éste de no cubrirle a aquel el salario mínimo legal, ha dejado de tener vigencia, por lo que resulta de rigor declarar conforme a la reiterada jurisprudencia sostenida por este tribunal, que en tal situación ya no procede sancionar al respectivo patrono".

***

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 4061 de las 7:50 hrs. del 23 de octubre. Diligencias planteadas por el Consejo de Seguridad e Higiene de Trabajo.

"Dado que la gasolinera en cuestión funciona contraviniendo disposiciones reglamentarias, es procedente decretar su clausura, toda vez que esta materia referente al funcionamiento de bombas de servicio, no existen derechos adquiridos, porque por sobre el interés particular, está la seguridad de las personas y no hay duda de que las personas que circulan diariamente por las aceras cercanas".

CONCLUSIONES

Después de haber analizado en la medida de tiempo y espacio que se dispuso para este somero análisis sobre faltas cometidas en contra de la legislación laboral vigente, arribamos a las siguientes conclusiones. Ante todo los montos fijados para las penas multa previstas por la ley carecen de actualización, es decir, no guardan relación con la realidad económica de hoy en día, por lo tanto desvirtúa el carácter represivo de la pena y por ende en lugar de amedrentar al infractor o el eventual transgresor, más bien lo alienta, ya que es mayor el beneficio que percibe al cometer la falta que todo y la sanción impuesta bajo sumas de dinero irrisorias. Además de que el cuerpo de inspectores del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la Caja Costarricense de Seguro Social no son suficientes para una eficaz labor, ya que los centros de trabajo son en mayor número que las visitas que puedan realizar los mismos inspectores, esta falla radica en los escasos recursos económicos y humanos que acarrea la crisis económica por la que atraviesa el país.

Por último, hacemos hincapié que hay una gran carencia educativa sobre los derechos y obligaciones que deben conocer a fondo trabajadores y patronos, hay poca difusión sobre el conocimiento de la legislación laboral vigente, por ende la idiosincrasia del costarricense es ser muy egoísta, poco patriótico e irresponsable, realmente no tiene conciencia ante la necesidad de cumplir a cabalidad la ley y no quebrantarla en provecho propio.

Realmente no hay un control eficaz sobre el acatamiento de leyes y decretos del Derecho de Trabajo. La legislación sobre trabajo no es efectiva, porque uno de los errores primordiales es en cuanto a que cesa la imputabilidad del transgresor si enmienda la falta antes de que sea sentenciado en materia de faltas o porque el trabajador perjudicado cesa en sus funciones o cargo antes de que se dicte sentencia contra el patrono denunciado, realmente estas causas de excusa legal son inconcebibles y contraproducentes, porque burlan el sistema legal que nos rige.

De todos estos defectos suscitados en la legis-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lación sobre trabajo, algunos de estos aspectos pueden ser solucionados de la siguiente manera:

El proyecto de ley al Código de Trabajo, expuesto ante la Asamblea Legislativa, soluciona el problema de una adecuada pena multa que guarda relación con la realidad, además de una serie de medidas óptimas y oportunas para que se actualicen periódicamente esos montos, por otro lado, sería saludable, que el gobierno muestre más interés e incremente los recursos económicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la Caja Costarricense de Seguro Social, para aumentar el número de inspectores en los órganos contralores, además de instruir de mejor manera, con medidas de capacitación a los inspectores de trabajo.

Por último emprender una campaña cívica y educativa con el fin de despertar la conciencia en el empresario y trabajador, para evitar así la masiva reincidencia en materia de faltas y huelgas ilegales, que al fin de cuentas demuestra un mal ejercicio o abuso de derechos y arbitrariedades cometidas en detrimento de la economía nacional y de la seguridad social.

Por todo ello, debemos luchar por una Costa Rica mejor y por un eficaz sistema legal, infalible ante la transgresión burda que se comete hoy en día.

BIBLIOGRAFIA

1.—*Manual Básico de Salud Ocupacional,* editado por el Departamento de Prevención de Riesgos, INS, San José, 1977, p. 135.

2.—ALCALA-ZAMORA, Luis y otro, *Tratado de Política Laboral y Social,* Editorial Heliasta, segunda edición, Ts. II y III, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 733, p. 675.

3.—CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual,* Editorial Heliasta, T. II, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 765.

4.—DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo,* Editorial Porrúa S.A., sexta edición, T. I, México, 1980, p. 647.

5.—DEVEALLI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo,* Editorial Tea, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1953, p. 586.

6.—FERNANDEZ BENSADON, Ana María y otro, *Revista Derecho del Trabajo,* Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 22.

7.—FERNANDEZ BARRUTIA, Jesús, *De las Infracciones en Materia de Trabajo,* editado por Escuela Social de Madrid, España, 1946, p. 83.

Legislación

8.—*Constitución Política de la República de Costa Rica,* del 7 de noviembre de 1949.

9.—*Código de Trabajo de Costa Rica,* del 26 de agosto de 1943.

10.—*Ley sobre Riesgos del Trabajo,* Ley No. 6727 del 9 de marzo de 1982.

11.—*Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,* Ley No. 1860 del 16 de febrero de 1963.

12.—*Ley del Registro Judicial de Delincuentes,* Ley No. 4695 del 16 de febrero de 1970.

13.—*Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social,* Ley No. 1 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas.

Decretos

14.—*Reglamento a la Ley sobre Riesgos del Trabajo,* Decreto No. 1 del 2 de enero de 1967.

15.—*Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo,* Decreto No. 1 del 2 de enero de 1967.

16.—*Reglamento de Seguridad e Higiene de Trabajo en Estaciones de Servicio para Vehículos Automotores,* Decreto No. 14415—TSS del 11 de marzo de 1983.

17.—*Ley sobre Salarios Mínimos,* Decreto No. 15526—TSS del 2 de julio de 1984.

18.—*Reglamento de Seguridad sobre Empleo de Sustancias Tóxicas en la Agricultura,* Decreto No. 6 del 6 de septiembre de 1968.

19.—*Reglamento de Seguridad de Construcciones,* Decreto No. 6 del 16 de febrero de 1955.

20.—*Reglamento para el Control de Ruidos y Vibraciones,* Decreto No. 10541—TSS del 14 de septiembre de 1979.

21.—*Reglamento de Calderas,* Decreto No. 6 del 23 de agosto de 1969.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

22.—*Proyecto de ley al Código de Trabajo,* No. 9234 del 8 de marzo de 1982.

Convenios y recomendaciones de la OIT

23—Convenio No. 18: *"Convenio sobre la Inspección de Trabajo en la Industria y el Comercio".*

24.—Convenio No. 102: *"Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima)".*

25.—Convenio No. 129: *"Convenio sobre la Inspección de Trabajo en la Agricultura".*

26.—Recomendación No. 81: *"Recomendación sobre la Inspección de Trabajo".*

27.—Recomendación No. 133: *"Recomendación sobre la Inspección de Trabajo en la Agricultura".*

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RELACION ENTRE LOS PRINCIPIOS DE SUSTENTACION ORGANICA DE LA CARTA DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y LOS DEBERES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

LICDA. MARTA ODIO BENITO

I. INTRODUCCION

El propósito del presente trabajo es el de analizar el conjunto de deberes y derechos fundamentales de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos, a la luz de los principios de sustentación de la Carta, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, con el objeto de determinar la compatibilidad entre los postulados de la organización y la capacidad jurídica que define para sus Miembros.

Se pretende además, establecer una relación entre el concepto de agresión en el seno de la Organización y la compatibilidad mencionada en el párrafo anterior.

Los interrogantes que se desprenden del objeto de estudio y que se espera responder en el desarrollo del tema, pueden expresarse de la siguiente manera:

- ¿Existe coherencia entre los fundamentos filósoficos de la Carta y las normas de conducta que define?
- ¿En qué medida de compatibilidad e incompatibilidad entre los principios y los derechos y deberes de los Estados guarda relación con el concepto de agresión en el marco de la O.E.A.?

1. Carta de la Organización de Estados Americanos.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos, conocida con el nombre de Carta de Bogotá; así como también el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, llamado Pacto de Bogotá; el Convenio Económico de Bogotá y dos Convenciones Interamericanas sobre concesión de los Derechos Civiles y Políticas a la Mujer, entre otras decisiones importantes.

La Carta consta de XVIII capítulos y un total de 112 artículos. Tiene una estructura similar a la Carta de San Francisco, con la diferencia que en este último instrumento, no existe un capítulo de deberes y derechos fundamentales de los Estados Miembros, como sí se encuentra en la Carta de la O.E.A.

Contiene además una enunciación de propósitos y principios; una enumeración y descripción de los órganos que componen la Organización; capítulos relativos a la cooperación económica y a los procedimientos para la solución pacífica de controversias o la seguridad colectiva; la declaración de deberes y derechos citada y otras disposiciones.

2. Protocolo de Buenos Aires.

En la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Buenos Aires, Argentina, del 15 al 27 de febrero de 1967, se aprobó una modificación a la Carta contenida en un Protocolo que se conoce con el nombre de Protocolo de Buenos Aires.

La Carta así modificada, conservó la división en tres partes: la primera contiene las disposiciones programáticas; la segunda, la descripción y funcionamiento de los órganos y la tercera, otras disposiciones.

La Organización que se autodefine como un organismo regional dentro del sistema de las Naciones Unidas persigue:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"...Lograr un orden de paz y de justicia entre los Estados Miembros en el respeto a su soberanía e independencia...".

Son sus propósitos generales:

a) "...el afianzamiento de la paz y la seguridad en el continente americano, lo que implica la prevención y solución de conflictos de toda clase que entre los Miembros se susciten, así como la asistencia recíproca en caso de agresión.

b) Promover el desarrollo económico, social y cultural, mediante la cooperación de los países americanos...".

II. DESARROLLO

1) Cabe formular algunas consideraciones sobre los principios específicos contenidos en el capítulo II de la Carta de la siguiente manera:

Artículo 3: Se aprecia una contradicción entre los incisos b) y d), por cuanto el inciso b) declara que el orden internacional se fundamenta en el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los estados, mientras que el inciso d), sólo reconoce un determinado tipo de organización política de los estados, a saber: el modelo de democracia occidental.

Este inciso se complementa con los incisos h), que es también una reafirmación de los principios generales; el j) que contiene la proclamación de los derechos fundamentales del hombre y el inciso l).

El inciso e) afirma el rechazo de los Estados Miembros a la guerra de agresión y el inciso f) agrega que se considera la agresión que se le haga a un Estado americano, como un acto contra todos los demás Miembros del Sistema. Estos incisos amplían el alcance del Art. 2do., al concretar que no reconocen los derechos que un Estado agresor puede derivar de su acto contra el Estado agredido.

2) El Capítulo IV de la Carta enuncia los derechos y deberes de los Estados Miembros del Sistema Interamericano. Este conjunto de deberes y derechos, constituye la enunciación de los principios que fundamentan las normas de conducta que deben regir las relaciones entre los Estados.

A continuación se procederá a formular algunos comentarios sobre estas normas:

Artículo 9: Reconoce la igualdad jurídica de los Estados, lo que significa que todos tienen idéntica capacidad para ejercer sus derechos y la misma responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes. Este reconocimiento no ofrece reserva alguna pues es una definición de la capacidad de cada Estado como persona de derecho internacional; es en síntesis, la afirmación de su existencia jurídica.

Artículo 10: Define el deber de los Estados de "respetar los derechos de que gozan los demás estados de acuerdo con el Derecho Internacional". Esta obligación la encontramos también en el art. 11 que determina que "los derechos fundamentales de los Estados no son susceptibles de menoscabo en forma alguna", así como también en lo dispuesto en el Art. 14, que afirma: "el derecho que tiene el Estado de proteger y desarrollar su existencia no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado". Todas estas disposiciones ya están implícitas en el Art. 10, de manera que se consideran los Arts. 11 y 14 un tanto redundantes o repetitivos.

Artículo 11: Reitera la obligación de cada uno de los Estados de respetar los derechos de los Estados Miembros.

Artículo 12: Se refiere al reconocimiento de los Estados y declara que "la existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados" y que "aún antes de ser reconocido el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia".

No obstante este reconocimiento ser congruente con la teoría declarativa, parece que se contradice con lo dispuesto en el Art. 13, que establece: "El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga acepta la personalidad del nuevo Estado con todos los derechos y deberes que para uno y otro determina el Derecho Internacional".

Esto nos lleva a deducir que a falta de reconocimiento, se desconoce la existencia de la capacidad jurídica del Estado en cuestión y si el Art. 12 afirma que la existencia política de un Estado es independiente del reconocimiento, esta existencia contiene todos los deberes y derechos que confiere el derecho internacional y ningún Estado está facultado para violar estos derechos, aduciendo que no los reconoce.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El reconocimiento lleva al establecimiento de las relaciones entre los Estados, pero la obligación de respetar los derechos de los Estados, nace cuando el nuevo Estado se incorpora a la vida internacional.

Sin embargo, parece que el Art. 12 cada vez tiene menor aplicación y según se sabe, se estableció con el propósito de proteger la identidad o independencia de los nacientes Estados (vg. Belice y Guyana), para evitar que las potencias colonialistas justificaran actos de agresión para continuar dominándolos:

Artículo 14: Es el desarrollo del propósito de no agresión. La mención al desconocimiento de ejecutar actos injustos contra otro Estado, es correlativa con la obligación de los Estados de resolver las dificultades que susciten entre ellos por medios pacíficos.

Artículo 15: El principio contenido en este artículo sobre "la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional", que se ejerce por igual "sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros", ofrece ciertas dudas, por cuanto el interés de un Estado acerca de sus nacionales, no es el mismo que frente a los extranjeros; entonces, la jurisdicción de un Estado si bien puede ser ejercida sobre estas dos categorías de habitantes, pero no igualmente.

Artículo 16: Es el desarrollo del principio de "no intervención", cuando declara que "cada Estado tiene el derecho de desenvolverse libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica", lo que puede interpretarse como el derecho de cada Estado de organizarse políticamente según lo desee.

No obstante esta afirmación, la segunda parte del artículo constituye una limitación a ese derecho al imponerle al Estado la obligación de respetar "los derechos de la persona humana y los privilegios de la moral universal", porque la definición de los derechos humanos y los principios de la moral universal es aceptada por los países del sistema interamericano, en consecuencia, la facultad de un Estado de organizarse políticamente como lo desee está en función con esa definición y por lo tanto, el principio contenido en el primer párrafo del artículo 16, adolece de la amplitud que declara.

Es también la reafirmación del inciso d) del art. 3, en cuanto a la exigencia de un modelo de organización política determinada; incluye además los principios contenidos en los incisos h), j), l) del mencionado artículo.

Artículo 17: Esta norma está implícita en el art. 10 que es de orden general.

Artículo 18: Enuncia el principio de "no intervención", cualquiera sea su modalidad. Es contundente al rechazar todo acto de agresión de un Estado contra otro, ya sea mediante la fuerza armada, que viole su integridad física, o bien, la agresión indirecta: económica, cultural o ideológica.

Artículo 19: Complementa el anterior y reitera el deber de todo Estado de no utilizar ningún medio coercitivo para someter la voluntad de otro Estado con el propósito de lograr ventajas.

Artículo 20: Es también complementario de los Arts. 18 y 19; reconoce la soberanía de todo Estado sobre su territorio. Declara su repudio a todo tipo de intervención militar o de otro orden, desestimando cualquier justificación que se aduzca para cometer actos de esta naturaleza.

Artículo 21: Contiene una excepción al rechazo del uso de la fuerza, aceptando este medio únicamente en el caso de "legítima defensa", lo cual significa que a un Estado que haya sido objeto de un ataque armado por otro u otros Estados, se le concede el derecho de defenderse.

Artículo 22: Contiene una afirmación de discutible alcance, porque establece que las medidas que se adoptan de acuerdo con los tratados en vigencia, con el propósito de "mantener la paz y la seguridad, no constituyen una violación a los principios enunciados en los Arts. 18 y 20", porque entonces la conclusión de un tratado sería suficiente para justificar una excepción al principio de no intervención que expresan los Arts. 18 y 19.

III. CONCLUSIONES

1. Entre las incongruencias que se señalaron en el análisis del articulado de la Carta, conviene retomar la incompatibilidad entre los principios fundamentales y la capacidad jurídica de los Estados, la cual ha sido objeto de importantes deliberaciones en el seno de la Organización, en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

particular en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959.

El sistema interamericano fue concebido pensando en agrupar estados con una organización política determinada: el modelo de democracia representativa occidental. Desde su constitución en 1948, a esta fecha, algunos regímenes políticos del continente han sufrido transformaciones esenciales que los han alejado del modelo original, tal es el caso de las dictaduras militares y los sistemas comunistas.

Esta última forma de organización política ha sido declarada incompatible con los principios que proclama el Sistema y el primer gobierno que desafió esta filosofía, fue expulsado de la Organización, argumentándose que la sanción le fue aplicada al gobierno y no al Estado, disposición que ha sido cuestionada y calificada de pueril por algunos internacionalistas. Aún hoy se discute acerca de la legalidad de tal medida, por cuanto ni la Carta original, ni el Protocolo, contienen disposiciones que tipifiquen las causas de expulsión o suspensión de los Miembros.

Apreciamos entonces una incongruencia capital entre la potestad de un Estado para organizarse como mejor le convenga a sus intereses, el respeto a su soberanía enunciado como principio general y calificado de derecho de los estados y la exigencia de la Organización de imponer determinada forma de organización política a sus Miembros.

Por el contrario, la aceptación de las dictaduras militares que se han caracterizado no sólo por perpetuar los llamados regímenes de excepción, como el Estado de Sitio, sino también porque han institucionalizado la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanos, violando sistemática y flagrantemente los derechos esenciales del hombre y los principios de la moral universal, sí han tenido cabida dentro del Sistema Interamericanco a la par de los regímenes democráticos y no han sido objeto de sanciones, ni drásticas (ni leves) a las que se han hecho acreedores. Paradógicamente, estos gobiernos son los que invocan de manera reiterada en los foros internacionales, la necesidad de defender el modelo democrático representativo bajo el cual se amparan y justifican sus crueles atropellos.

El Continente americano se encuentra frente a una realidad insoslayable y es la coexistencia de formas de organización política diversas, ¿debe entonces el Sistema Interamericano continuar desconociendo esta realidad y rechazando a los Estados que adopten otros modelos diferentes del original?, o por el contrario, ¿debe reconocer esa situación y flexibilizar sus normas para acoger los diversos regímenes en aras de los altos fines que persigue la Organización. . .?

2. *El concepto de agresión en el marco de la Organización de Estados Americanos.* Los principios de sustentación de la Carta, que definen la naturaleza de la Organización de Estados Americanos, cuyo fin se declara en su Artículo 1, contienen los propósitos esenciales que se anotaron en el apartado anterior.

En términos generales puede decirse que la Organización regional pretende propósitos que podrían calificarse de dos tipos: negativos y positivos, los primeros, van dirigidos a la prevención y arreglo de conflictos, así como a la asistencia recíproca en caso de agresión y los segundos, a fomentar la cooperación mutua para el desarrollo de los pueblos americanos.

En el primer grupo de propósitos, la Carta menciona expresamente en el art. 2, inciso c), el término de agresión, el cual dispone: "organizar la acción solidaria de los Estados Miembros en caso de agresión", principio que desarrolla con más amplitud en el art. 3, inciso f), al afirmar que "la agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados".

Las disposiciones contenidas en los citados incisos, ponen de manifiesto muy claramente el espíritu de la Organización, en cuanto a: Su interés expreso de dictar una norma regional que legalmente establezca que la agresión a cualquier Estado Miembro será considerada como una agresión al conjunto de Estados y en consecuencia los Estados actuarán en forma solidaria para repeler la agresión de que fuera objeto alguno de los Miembros.

Parece ser que la preocupación que se traduce en esas disposiciones, es similar a la que animó al libertador Simón Bolívar en el período hispanoamericano, invitándolos a reunirse en Panamá. Evento que se llevó a cabo en 1826 y en el que se aprobó un tratado (que no entró en vigencia), en el cual una de sus disposiciones principales, era la creación de una confederación perpetua de las partes signatarias con el objeto de "sostener en común, defensiva y ofensivamente si fuera necesario, la soberanía e independencia de todas y cada una de las potencias confederadas de América contra toda dominación extranjera".

Inquietud que también fue reafirmada en el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2do. período de la organización, llamado panamericanismo; así lo vemos expresado en la Octava Conferencia Internacional Americana celebrada en Lima en diciembre de 1938, donde se aprobó la Declaración de Principios de la Solidaridad de América y se reafirmó "la solidaridad continental y el propósito de defender los principios en que está basada mediante la acción común que fuere necesaria".

La aplicación de la Doctrina Monroe: América para los americanos (aunque con motivaciones esencialmente diferentes) también defendía el principio de soberanía de los estados independientes frente a agresiones extracontinentales.

En la evolución del proceso histórico de los pueblos americanos, la defensa de su soberanía, de su integridad territorial y de su independencia, ha sido una preocupación constante que los ha llevado a idear e implementar diversas formas de organización cada vez más complejas, hasta llegar a configurar el sistema que en el presente agrupa a la mayor parte de los países de la región, dotado de mecanismos tendientes a salvaguardar estos principios.

En el interior del Continente, además de estas motivaciones o precauciones comunes —y al igual que en otras latitudes—, existen intereses hegemónicos que privan sobre los regionales y que desvirtúan el espíritu de la Organización, a tal punto, que la potencia continental o bien se sirve políticamente de los instrumentos para su propio beneficio, o bien, burla las disposiciones en ellos contenidas, provocando el desprestigio y la pérdida de confianza en la Organización, tanto de sus Miembros como del resto de la comunidad internacional.

Ubicándonos concretamente en el plano de la agresión, la Organización no obstante no haber definido este concepto, ni los alcances de sus términos, se le reconoce que le ha dedicado una atención particular a este fenómeno al haberse declarado en contra de cualquier acto de agresión que ponga en peligro la seguridad del continente (sea interna o foránea) y ha dictado normas que expresamente condenan estos actos.

Sin embargo, la supremacía de uno de sus Miembros —a la que se hizo referencia líneas arriba—, ha provocado numerosas violaciones a la declaración de este principio y a las normas acordadas para defenderlo.

Los Estados Unidos de Norte América, aprovechándose de su superioridad militar y económica, ha irrespetado las obligaciones que como Miembro del Sistema tiene el deber de respetar. En el curso de las últimas décadas (para referirnos únicamente al período en que la Carta está en vigencia), han continuado sus violaciones, mediante actos de agresión perpetrados contra otros Estados Miembros, ya sea en forma directa (Santo Domingo y Granada por ejemplo), en los que utilizó su fuerza militar; o bien, mediante la adopción de medidas económicas para provocar el bloqueo económico de los países más débiles.

Para ilustrar lo anterior, baste citar un solo ejemplo: a principios de la década de los 80, el Gobierno de Costa Rica dispuso hacer efectivo su derecho de soberanía sobre las 200 millas del mar territorial para explotar y explorar los recursos marinos de esta zona y en consecuencia, sancionar a los extranjeros que se encontraran pescando sin autorización en dichas aguas. Naves pesqueras norteamericanas fueron aprehendidas por ese delito. Ante semejante "temeridad", los E E.U U. nos aplicaron un embargo de la cuota de atún, pues como este país controla los mercados, puede aplicar este tipo de medidas para "castigar"a países que se "arrogan" el derecho de hacer velar la "igualdad jurídica" que le confiere el Derecho Internacional y en particular, la Carta de la Organización.

Ante una situación como la mencionada, brota un torrente de dudas sobre la validez de estos instrumentos internacionales, que teóricamente contienen declaraciones muy líricas, pero que en la práctica, lamentablemente se convierten en letra muerta, ya que mientras exista un desequilibrio de fuerzas tan notable entre los países Miembros del Sistema, resulta un tanto utópico o romántico creer en la factibilidad de tan nobles aspiraciones, ante la evidencia de que al país pequeño se le aplica con severidad el peso de "la Ley" (caso de la expulsión de Cuba), mientras que el país poderoso actúa de acuerdo con su propia ley.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFIA

"Carta de la Organización de Estados Americanos y Protocolo de Reformas a la Carta", Buenos Aires, serie de Tratados No. 1—A (OEA/Ser. A/Z SEEP, Add 1).

SEARA VASQUEZ, Modesto, *"Tratado General de la Organización Internacional"*, Fondo de Cultura Económica, México, 2da. edición, 1982.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CAPITULO II

ESPACIO ATMOSFERICO E INTERPLANETARIO

DR. RUBEN R. GARCIA-SARMIENTO DE BASUALDO

SUMARIO

Pág.

1. El Espacio en un sentido general y amplio. En abstracto y en concreto 108
2. "Espacio aéreo" y "aire". Opinión de la doctrina. 108
3. Dificultad de definir la "atmósfera terrestre". ¿El "espacio aéreo" y el "espacio atmosférico", son equivalentes?. 113
4. Teorías de Strughold y Karl Schütte sobre las "equivalencias cósmicas". 115

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPITULO II

ESPACIO ATMOSFERICO E INTERPLANETARIO

1. El espacio es —en un sentido general y amplio— el "Continente de todos los objetos sensibles que coexisten". En otras palabras: "EL ESPACIO" es el lugar universal de los cuerpos en el Universo; la relación de las dimensiones de éste con todo lo que ellas contienen. Distínguese el ESPACIO *real* y el *imaginario:* ESPACIO real es la extensión tridimensional, limitada por la superficie exterior de un cuerpo; en otro sentido más general, es la capacidad de contener cuerpos, y entonces el ESPACIO real puede ser vacío, o pura capacidad, y lleno, o sea las dimensiones limitadas por las superficies corporales. El ESPACIO imaginario es la extensión misma prolongada indefinidamente en todas direcciones. Hay además el ESPACIO *ideal matemático,* que prescinde de la extensión concreta de los cuerpos y sólo tiene en cuenta las relaciones puramente cuantitativas de la extensión: el punto sin dimensiones, la línea con una sola dimensión, la superficie con dos, el cuerpo matemático, etc., todo ello abstracciones que sólo tienen realidad en la mente del matemático. La teoría de la *Relatividad* —se agrega— ha cambiado radicalmente las antiguas concepciones científicas de la noción de ESPACIO al relacionarla íntimamente con la del tiempo. "ESPACIO y tiempo, en sí mismos, descienden a la categoría de meras sombras, y sólo la unión de ambos conceptos les garantiza una existencia independiente" (Minkowski). Mucho se ha dicho sobre la significación y el origen de estas dos nociones, las cuales para unos tienen valor objetivo y para otros puramente subjetivo.[30]

¿Cuál es, decimos nosotros, el ESPACIO de las Ciencias Jurídicas?

Es indudable que el ESPACIO *(in abstracto)* no puede interesar a los cultores del Derecho, porque éste es, ante todo, ciencia práctica.

Para que el ESPACIO caiga dentro de la esfera de las Ciencias Jurídicas debe ser objetivado. *Este proceso de objetivación* del ESPACIO, se realiza mediante la delimitación del mismo mediante su adjetivación. Cuando decimos "adjetivar" al ESPACIO, queremos significar el hecho de que según sea el punto de referencia que se adopte, tal habrá de ser la concreción resultante: la objetivación de la idea abstracta de eso que llamamos "ESPACIO" y que no podemos aprehender a menos que lo objetivemos.

El ESPACIO *(in abstracto)* no es continente ni contenido. Simplemente *es*. Pero esa "existencia" del mismo es imposible de concebir para la mente humana. Es un *ser* y un *no ser* al mismo tiempo. Ese es el ESPACIO de la Filosofía. El "ESPACIO" del jurista es el ESPACIO adjetivado, referido a *algo,* concreto, materializado. El ESPACIO referido a *algo* es siempre ESPACIO (continente) en función de su contenido. Este "contenido" es imprescindible en el proceso de objetivación de la idea abstracta. No interesa cual sea el "contenido" pero para poder adjetivar al ESPACIO es necesario referirlo a *algo:* llámese éste "superficie terrestre", "aire", "atmósfera", "gravitación terrestre", "planeta", "estrella", etc.

2. Expresa el profesor Luis Tapia Salinas, que "No cabe confundir el aire con el espacio aéreo. El primero, elemento etéreo sin límites ni medidas, con una constante movilidad o fluidez, es totalmente inapropiable y pertenece a aquel género de cosas que los romanos denominaron *res communis omnium,* que todas las personas podrían libremente usar y poseer. El segundo —agrega— por el contrario, perfectamente definible, capaz de ser limitado, fijo y constante, es susceptible de apropiación, pudiendo por tanto ser sujeto de propiedad y soberanía".[31]

A pesar de que es exacto lo que afirma este autor en la primera parte de su exposición ("No cabe confundir el aire con el espacio aéreo"), también es verdad el hecho de que la noción de este mismo "espacio aéreo" *está* íntimamente vinculada al elemento "aire". Porque "espacio aéreo" y "aire" están en una relación constante de continente a contenido. El *espacio* sin referencia al elemento gaseoso, deja de ser "espacio *aéreo*" para convertirse, en el mejor de los casos, en "el espacio

(30) Consúltese: Diccionario Enciclopédico Salvat. Barcelona, 1955. Tomo VI, (EQU - FZ) pág. 131.

(31) Tapia Salinas, Luis, *"Manual de Derecho Aeronáutico"*, Barcelona, 1944, pág. 41.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de arriba de la superficie terrestre", como lo denomina Ambrosini.[32]

El "aire" fija un límite a la noción de espacio, por lo que éste —el "espacio aéreo"— *se extenderá hasta donde se extienda el elemento gaseoso.* En consecuencia, si el "aire", como dice Tapia Salinas, es un elemento "sin límites ni medidas", también el "espacio aéreo" no tendrá límites ni medidas; porque deberá seguir necesariamente la condición de aquel para que conserve su verdadero sentido la expresión aludida. Este es un criterio puramente físico de apreciar el problema.

También es oportuno poner de manifiesto que la expresión "espacio aéreo" no tiene el mismo alcance cuando se la considera desde el punto de vista del derecho privado (propiedad) que cuando se la contempla a la luz del derecho público (soberanía).

El derecho de *propiedad* sobre el espacio aéreo no puede extenderse sino a una limitadísima altura: aquella en la cual es posible ocuparlo con construcciones o plantaciones. En cualquier caso, sus límites estarán dados por la obra más elevada que pueda realizar el hombre.[33] Reconocer un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo más allá de esa altura, sería una incongruencia por su divorcio con la realidad. El derecho de propiedad involucra una ocupación estable, podríamos llamarla "estática".

Por el contrario, el derecho de *soberanía* de los Estados sobre ese mismo espacio *aéreo,* alcanza al menos hasta la región en la cual pueda tener efecto el hecho técnico de la navegación *aérea* (es decir, aquella que utiliza el elemento gaseoso para la sustentación y traslación de las aeronaves). El espacio aéreo *en función de la aeronavegación* es, en todo caso, muchísimo más extenso que el espacio aéreo en el cual se "construye y se planta", según la frase del profesor Maurice Le Goff.[34] La utilización del espacio aéreo por las aeronaves no es, como en el supuesto anterior, "estática"; sino, muy por el contrario, absolutamente inestable, esencialmente "dinámica" por tratarse de una "utilización instantánea de paso" —como la denomina Rafael Gav de Montellá—,[35] de circulación o de tránsito.

El propietario no utiliza el "aire" como elemento sino el "*espacio* aéreo", en el ejercicio de su derecho de propiedad. En el supuesto de la "navegación aérea", las aeronaves utilizan el *espacio* aéreo y el *aire* para la realización de sus fines. En otras palabras: no puede haber "navegación *aérea*" sin "aire".

En conclusión: es acertada la distinción entre el espacio y el aire. Porque el *espacio* es lo fundamental para el vuelo humano. El "aire" puede existir o no. En el primer caso, cuando se lo utiliza para ese mismo "vuelo humano" puede hablarse con propiedad de una "navegación aérea". En el segundo supuesto (cuando las máquinas volantes prescienden del elemento gaseoso para la realización de sus fines o cuando no haya aire que puede ser utilizado para cumplir objetivos de vuelo) no podría hablarse de "navegación *aérea*", de "aeronave" (o "nave *aérea*"), ni de "espacio *aéreo*". Tal, por ejemplo en el caso de nuestro satélite natural, la Luna, que carece de atmósfera y por consiguiente de "aire".

Esta cuestión ha cobrado interés con motivo de la aparición de la "astronáutica", la que ha venido a trastornar el panorama integral de la "aeronáutica" y a plantear problemas de sumo interés teórico y práctico. Hasta ahora los juristas no se habían preocupado en fijar el alcance de esta expresión; la cual, por consiguiente, *no tiene fijeza* ni en la legislación ni en la doctrina.

El mismo Tapia Salinas aclara textualmente: "El espacio considerado no en su totalidad, ya que

(32) Ambrosini, op. cit., pág. 48.

(33) Le Goff, Marcel, "*Traité théorique et practique de Droit Aérien*" No. 42, Paris, 1934, pág. 26; Lemoine, Maurice, op. cit., No. 72, págs. 114 a 115.

(34) Idem.

(35) Dice Rafael Gay de Montellá, "*Principios de Derecho Aeronáutico*", Buenos Aires, 1950, pág. 65: "Una vez admitido el principio de que la propiedad en el espacio sólo nace a través de una ocupación definitiva por medio de construcciones edilicias, o de instalaciones metálicas industriales o plantaciones, el derecho de vuelo inofensivo por encima de tales industriales o plantaciones, aparece perfectamente compatible con el respeto de los derechos del propietario de la superficie. Se trata simplemente de una *utilización de paso* y no de ocupación alguna. Pero así como en las servidumbres terrestres la de paso ocupa espacio y se fija mediante signos indelebles para que sea reconocida en todo momento, el paso de la aeronave por el espacio que gravita sobre una superficie no edificada, o por encima de edificaciones o plantaciones no exige ocupación ni fijación de elementos permanentes. Podríamos llamarla *utilización instantánea de paso.* Además, este paso es absolutamente variable, porque se somete a las circunstancias de utilización del espacio aéreo por parte del propietario de la superficie, quien en un momento dado puede construir a mayor altura, modificándose así la altitud de paso de las aeronaves por encima de sus construcciones".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esta extensión no interesa a nuestra disciplina, sino únicamente en la densidad y profundidad en que es posible la vida humana, es el medio físico en que se desenvuelve la aeronave".[36]

Tampoco es acertado lo que afirma este autor, puesto que *no es* el "espacio aéreo" *en función de la posibilidad de la vida humana* el que interesa a nuestra disciplina (el "Derecho Aeronáutico") sino aquel que se determina *en función de la navegación aérea.*

Esta crítica es oportuna, asimismo, en el supuesto de la definición dada a publicidad por el profesor Maurice Le Goff en su *"Traité Théorique et Pratique de Droit Aérien"*[37] y reiterada en su moderno *"Manuel de Droit Aérien"*.[38] Es conveniente resaltar la circunstancia que la definición de Le Goff es anterior a la obra de Luis Tapia Salinas, por lo que debe concluirse que los autores posteriores al notable tratadista francés quienes comparten este criterio siguieron al maestro en su concepción acerca del "espacio aéreo".

Dice Le Goff que este último es *"la portion de l'atmosphere comprise entre le sol et une hautéur a determiner ou la vie est possible pour les hommes".*

Acerca de la definición transcrita, Pasini Costadoat afirma lo siguiente:

Es decir que, conforme a esta definición, que adolece, además del defecto de hablar de suelo y no de superficie, con lo cual deja fuera de la definición el espacio sobrestante al territorio acuático, el "espacio aéreo" sería el volumen (zona) determinado por el contenido (aire) en la densidad necesaria a la vida humana".[39]

Agregaremos por nuestra parte, que la observación del autor argentino es justa en cuanto al hecho de que debe hablarse con propiedad de superficie y no de suelo, para involucrar el "espacio sobrestante al territorio acuático". Sin embargo, en lo que respecta a la segunda parte de la misma, debemos dejar sentado que consideramos que el profesor Le Goff no estaba errado al consignar la expresión *"la portion de l'atmosphere comprise entre le sol* (superficie terrestre) *et une hautéur a determiner. . .",* por cuanto debe entenderse por esta expresión, que el "espacio aéreo" es —al menos— una porción del *espacio* atmosférico (en un sentido físico) lo que es totalmente exacto. En lo que respecta a la última parte de la definición —volvemos a repetirlo— no la consideramos acertada; por cuanto toma como punto de mira el hecho de "la posibilidad de vida para los hombres", cuando lo esencial para nuestra disciplina es el hecho técnico de la *traslación* o *desplazamiento* de las aeronaves (aunque para ello vaya involucrada necesariamente la condición de la "posibilidad de vida humana").

El profesor Federico N. Videla Escalada, después de adoptar la definición del tratadista francés, hace la aclaración que "esa posibilidad ("donde la vida es posible para los hombres") debe ser considerada, tanto cuanto ella existe naturalmente como cuando ella es debida a los adelantos técnicos y científicos, que han extendido y extienden, cada vez más, el radio de desarrollo de la existencia humana".[40]

Si se aceptara este criterio, habría que concluir, entonces, que el "espacio aéreo" se extendería hasta el límite de la "posibilidad de vida humana" *según el progreso técnico-científico en un momento histórico.* Por consiguiente, el día en que los hombres logren efectivamente surcar los espacios interplanetarios en las "astronaves" del porvenir, podrá afirmarse con propiedad que tales aparatos (que permitirían la "vida humana" a distancias cósmicas) estarían evolucionando en el "espacio aéreo"; lo cual significaría, sin duda alguna, un atentado contra la lógica. Opinión que no es compartida por Pasini Costadoat, para quien "esta pretensión lógica de Videla Escalada", por otra parte, "no se ajusta a la realidad de la definición de Le Goff".[41]

Cabe hacer aquí la misma observación que en el caso de la definición restringida del profesor Le Goff. El "espacio aéreo" utilizable para la aeronavegación no tiene la misma extensión que el espacio aéreo en el cual *es posible la vida humana.* La navegación aérea será tal *mientras haya suficiente*

(36) Tapia Salinas, ídem.

(37) Paris, 1a. ed. Dalloz, 1934, pág. 5.

(38) Paris, 1954, pág. 5.

(39) Pasini Costadoat, op. cit., pág. 27.

(40) Videla Escalada, op. cit., pág. 66.

(41) Pasini Costadoat, op. cit., pág. 27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aire como para permitir la sustentación de las aeronaves, aunque dicha navegación se realice mediante recursos artificiales que permitan al hombre sobrevivir a tales alturas. *La extensión del espacio aéreo estará dada por el hecho técnico de la navegación aérea y no por la condición de la posibilidad de vida humana.*

El autor argentino Juan A. Lena Paz, expresa en su *"Compendio de Derecho Aeronáutico"* (2a. Edición): "La utilización del espacio aéreo como elemento de sustentación y desplazamiento de aeronaves. . .".[42]

El "espacio aéreo" *no es* ningún "elemento de sustentación y desplazamiento de aeronaves" como asegura este autor. El *elemento* utilizado por la aeronavegación no es otro que el "aire", que está contenido en el "espacio aéreo". La navegación *aérea* se verifica en y a través del espacio aéreo, pero es indudable que el aire —y solo el aire— puede servir como "elemento de sustentación y desplazamiento de las aeronaves".

El Dr. Lena Paz dice en otra parte de su libro: "La posibilidad de que en un futuro quizá no lejano se construyan máquinas capaces de circular más allá de la capa atmosférica, y aún de sustraerse a la ley de la gravedad, tampoco bastaría para condenar el uso de los términos "derecho aeronáutico" o de la "navegación aérea", dado que si esta posibilidad se realizare, no estaríamos ya en el campo de la aviación sino en la esfera de la astronáutica, que está planteando —por lo menos en la teoría—, cuestiones jurídicas novedosas, a tal punto que algunos autores comienzan a ocuparse de los elementos creadores de un derecho astronáutico distinto por completo del derecho aeronáutico (por ej. KROELL, J.: *Eléments createurs d'un droit astronautique,* en Revue General de l'Air, 1953, págs. 222/245 y antecedentes allí citados). En consecuencia, en tanto la circulación se cumpla mediante aparatos que utilicen la reacción del aire como elemento de propulsión y sustentación, la expresión "derecho aeronáutico" no parece objetable".[43]

Sin entrar a considerar en esta parte de nuestro trabajo el problema de la terminología,[44] diremos solamente que para Lena Paz los límites del "espacio aéreo" están dados por el elemento "aire"; ya que se concreta, únicamente, a los "aparatos que utilicen la reacción del aire como elemento de propulsión y sustentación".

El profesor Pasini Costadoat afirma lo siguiente: "Al titular la presente tesis *El espacio aéreo* (dominium coeli), no me refiero al contenido (aer) aire —*res communis*— ni al continente (espacio) hasta el límite del contenido (aire) sino al *coelum* de los romanos, con la limitación expresada anteriormente, es decir, conforme con la misma salvedad a la definición que los doctores Lucio Moreno Quintana y Carlos Bollini Shaw dan en su texto de Derecho Internacional Público (pág. 220) cuando dicen que "el dominio aéreo comprende el *espacio* que se extiende en líneas perpendiculares sobre el territorio terrestre y acuático del Estado subyacente".[45]

Es oportuno hacer notar aquí que este jurisconsulto en ningún momento de su exposición se refiere al "espacio aéreo" sino "al espacio de arriba de la superficie terrestre" —ya que comparte en un todo la posición del maestro Ambrosini— y cuando fija un límite al derecho de soberanía de los Estados en el plano vertical no lo hace sobre la base de un "espacio aéreo" sino que lo refiere a un "espacio gravitatorio" o "gravitacional".

Para confirmar lo expuesto, sólo cabe reproducir las expresiones que siguen: "El territorio aéreo, en consecuencia, no puede estar dado ni por la pretensión del hombre ni por el contenido "gas" que en su enrarecimiento llega al infinito, ni tampoco por la medida de una capa de vapor más denso fijada por la refracción de la luz, sino por un nexo que por lo abstracto no deja de ser menos real, y este nexo que une o vincula el espacio con la Tierra es la ley gravitatoria que atrae a su seno o arrastra en su traslación cualquier elemento que se enseñoree sobre ella. Traspasada su órbita, ese espacio no pertenece al planeta, y por consiguiente no puede constituir el territorio aéreo".[46]

---

(42) Lena Paz, Juan, *"Compendio de Derecho Aeronáutico"* (2a. edición), Buenos Aires, 1959, pág. 47.

(43) Lena Paz, op. cit., pág. 11.

(44) Para este mismo autor los términos "derecho aeronáutico" y "derecho de la aviación" son equivalentes; con lo que la denominación propuesta por el profesor Antonio Ambrosini pierde su significación particular universalista (véase la pág. 9 de su obra citada).

(45) Pasini Costadoat, op. cit., págs. 23 a 24.

(46) Pasini Costadoat, op. cit., pág. 131.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dicho lo que antecede no se explica el porqué de la persistencia en seguir hablando de un "territorio aéreo" —el cual lleva siempre implícita una referencia al espacio aéreo y por consiguiente al elemento "aire"— cuando este último es erradicado definitivamente y sustituido como límite por la "ley gravitatoria terrestre".

En cuanto a la definición de "dominio aéreo" de los doctores Moreno Quintana y Bollini Shaw —que Pasini Costadoat cita como punto de apoyo para aclarar su posición frente al problema— tampoco la consideramos útil para resolver el planteamiento de lo que debe considerarse por "espacio aéreo" dentro del campo específico del Derecho Aeronáutico. Si estos autores intentan definir un dominio aéreo, no pueden hacer abstracción del elemento "aire". Porque "dominio aéreo" significa "dominio en el *espacio aéreo*" y el "espacio aéreo" debe estar circunscrito (para no convertirse en un contrasentido) al espacio (continente) y al aire (Contenido).

Por otra parte esta definición elude el problema, ya que expresa textualmente que "el dominio *aéreo* comprende el espacio. . ." sin especificar si se trata del "espacio aéreo" (lo que sería acertado suponer por la calificación del dominio como "aéreo") o del "espacio de arriba de la superficie terrestre" del profesor Ambrosini, en cuyo caso no correspondería hablar de un dominio aéreo.

Para terminar, citaremos la opinión del distinguido jurista Oscar Schacter para quien el criterio más razonable para determinar los límites del "espacio aéreo" estará dado sobre la base de los elementos atmosféricos necesarios para "sostener" una aeronave: un límite expreso en estos términos estaría de acuerdo con la formulación y los fines de las convenciones relativas a la aviación, que hasta ahora han definido los límites superiores de la soberanía nacional de los Estados.

Sus ideas se concretan en un artículo aparecido recientemente en "Corriere dello Spazio", de esta manera: "Non sembra ci sia alcum impellente motivo, né per la legge, ne per l'uso diportare tanto lontano la sovranitá nazionale. E'sufficiente limitare il confine estremo del territorio di uno stato, come sifa al presente secondo la legge internazionale, alla regione nota come spazio aereo, e non altre".[47]

Para nosotros, el "espacio aéreo" debe ser delimitado *en función* de la actividad "aeronáutica", es decir de aquella que utiliza aparatos que caben dentro del concepto general de lo que se entiende por "aeronave" (aquellos que precisan del aire como elemento de sustentación o traslación). Por ello, es necesario definir también, el concepto de "aeronave" ya que el *ambiente y el medio* están en una mutua relación de dependencia.

También debemos aclarar la circunstancia de que dos son los problemas vinculados a la noción de "espacio aéreo": el de la técnica (límites de la aeronáutica) y el del Derecho (extensión de la soberanía).

El primero y el segundo están íntimamente ligados en virtud de la circunstancia de que la legislación vigente en materia aeronáutica (la Convención de Chicago de 1944) y sus antecedentes París (1919); Madrid (1926) y La Habana (1928) extienden la soberanía de los Estados sobre el "espacio aéreo".

El profesor Ambrosini, en su Prefacio a la obra de Carlos Alberto Pasini Costadoat, asegura que "En tal sentido, donde no se quiera atenerse a la letra de las actuales convenciones (París, Chicago) que proclaman la soberanía sobre el espacio aéreo o atmosférico, y no más allá; en tal sentido pensamos que el criterio de tomar la fuerza de gravedad terrestre como índice del límite de la soberanía es el más objetivo, racional y seguro".[48]

De acuerdo con el texto de Chicago (que reitera los principios de la Convención de París en esta materia) la soberanía de los Estados se extiende, entonces, sobre el "espacio atmosférico" o "espacio aéreo"; lo que podría autorizar que se consideren sinónimas ambas expresiones. Esta es la opinión de Cooper.[49] Veremos luego si es acertada esta afirmación.

En síntesis: el "espacio aéreo" que interesa al Derecho aeronáutico *no es* equivalente al "espacio atmosférico" *en un sentido físico.* Se extiende solamente *hasta el límite de las posibilidades técnicas de la "navegación aérea".*

---

(47) Schacter, Oscar, *"Tra poco toghe e pandette voleranno (e litigheranno) in cielo"* en la revista "Corriere dello Spazio", Anno II, No. 20, L, 150, Novembre 1960, pág. 39.

(48) Ambrosini, en el Prefacio de la obra de Carlos Alberto Pasini Costadoat. pág. 17.

(49) Cooper, John C., *"High Altitude Flight and National Sovereignty"*, conferencia pronunciada en México, D.F. el 5 de enero de 1951.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El límite *técnico* de la "aeronáutica" coincide con el límite *jurídico* (aunque no nos ocupemos, por ahora, sino tangencialmente de este problema). En consecuencia, *el "espacio aéreo" de la Convención de Chicago no va más allá de los límites permisibles (máximos) de la "navegación aérea".* Es indudable que *el "espacio atmosférico" de la Convención de París es equivalente al "Espacio aéreo" de la Convención de Chicago y ambos se definen sobre la base o en función de la actividad aeronáutica.*

No existe duda acerca del hecho de que la aviación "aérea" ("aeronáutica") llega hasta sus límites técnicos *posibles* (los 100 Km aproximadamente). Hasta allí cabe hablar de una "aeronáutica" y de una "aeronave". ¿Más allá de esa distancia, estamos ya en el "espacio interplanetario"?

Pasini Costadoat, que —como hemos visto— extiende el derecho de soberanía de los Estados hasta el "límite gravitatorio terrestre", dice lo siguiente: "No se nos escapa el formular nuestra teoría que una declaración de un punto ideal límite de la gravitación terrestre es ingenua, *pues tal límite sólo existe en tanto y en cuanto se equilibren dos fuerzas: la centrípeta y la centrífuga.* Es decir, que preciso es la existencia de otra fuerza que la equilibre, la cual no puede darla sino el hombre. Por ello, el punto límite de la soberanía estatal de nuestra teoría lo marcaría la *realización humana,* es decir, el *satélite artificial más cercano a la Tierra* que por su propio movimiento cinético libre acompañaría a la Tierra en su traslación arrastrado por la influencia de la gravitación "planetaria". Y reproduce palabras de Eugene Sänger:[50] "Por encima de la frontera de los cien kilómetros —dice este autor— la aeronáutica se convierte en "astronáutica", el vuelo se transforma en movimiento cinético libre análogo a la gravitación planetaria. . .; el eventual ocupante de uno de esos aparatos no sentirá la atracción terrestre ya que en él se equilibran las fuerzas centrípetas y centrífugas".

"La trayectoria circular alrededor del centro de la Tierra a altitudes superiores a los cien kilómetros representa un particular interés en vista del establecimiento de *estaciones siderales* habitadas o no. Dicha trayectoria permitiría a un astromóvil gravitar indefinidamente y *sin propulsión,* alrededor de la Tierra".

Finaliza Pasini Costadoat diciendo que tal realización marcaría, según su doctrina, "el límite del territorio aéreo del Estado".[51]

El Dr. Strughold jefe del Departamento de Medicina Espacial de la Escuela de Medicina Aeronáutica de la Fuerza Aérea Estadounidense, establece que, "el nivel de los 193 Km es la órbita más próxima posible para una estación espacial permanente".[52]

Como puede notarse, este "límite gravitatorio terrestre" es sumamente *elástico* y podría extenderse bastante más aún de los 100 Km propiciados por el Dr. Sänger.

3. La determinación precisa de lo que se entiende por "atmósfera" es una de las cuestiones más difíciles con las que tropieza el jurista que se interna por los campos de la "ciencia del Espacio".

También aquí —como lo hicimos notar al hablar del "espacio aéreo"— no existe un criterio uniforme ni "físico" ni "jurídico" (espacio atmosférico).

Diremos, ante todo, que la "atmósfera" es la "Envoltura de aire de altura no determinada que rodea el globo terrestre, constituida principalmente por la mezcla de oxígeno, nitrógeno, anhídrido carbónico, vapor de agua, argón y cantidades pequeñísimas de otros gases. Se consideran en ella dos grandes capas o zonas: la inferior, *troposfera,* desde el suelo hasta unos 11 Km de altura, donde la temperatura desciende unos 0,6 grados C. por cada 100 m. de elevación, y la superior, *estratosfera,* donde la temperatura permanece casi constante. La transición de una a otra zona se denomina *tropopausa* y la altura de ésta varía con la latitud, la estación y el estado de la atmósfera. En la troposfera, y señaladamente en su mitad inferior, se producen los procesos meteorológicos ordinarios, que se deben a los movimientos ascendentes del aire y condensación y precipitación del vapor de agua. No muy lejos de la tropopausa se observa una capa de un contenido elevado de ozono, a unos 35 Km de altura donde se observan las llamadas *nubes nacaradas o de madreperla.* Entre esta capa de ozono y la tropopausa, la

(50) Sänger, Eugene, "*Las leyes de la cinética general*"; pág. 56.

(51) Pasini Costadoat, op. cit., pág. 87.

(52) Stewart, Walter R., "*Vuelo en el Espacio Exterior*", en la "Revista Nacional de Aeronáutica" de marzo de 1957, págs. 12 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estratosfera se presenta siempre libre de nubes y en calma perfecta y es por donde discurren los vuelos estratosféricos. Entre los 40 y los 80 Km , de altura —se agrega— parece encontrarse una capa de aire de temperatura elevada, entre 60 y 70 grados C., pues sólo entre aquellas latitudes son visibles las estrellas fugaces, y los estudios hechos con la propagación de las ondas acústicas conducen a aquella conclusión. Dentro de esta zona de aire caliente se encuentra una capa a 60 Km que bajo la influencia de los rayos solares tiende a absorber las ondas radioeléctricas. Más arriba de los 80 Km se halla la *ionosfera,* caracterizada por el estado de ionización de los gases del aire; en ella se producen las auroras polares y se encuentran las capas de *Kennely-Heaviside* y de *Appleton.* La primera de aquellas capas está situada entre los 90 y los 130 Km , de altura, pero la de Appleton es muy difusa y se localiza entre los 190 y los 250 Km de altura. Mediciones recientes —se aclara— señalan posibles auroras boreales hasta a 1.200 Km de altura, lo que supone la existencia de materia gaseosa aún a aquellas enormes altitudes".[53]

Si pensamos que la "atmósfera" es la "envoltura de aire de altura *no determinada* que rodea el globo terráqueo", comprenderemos la necesidad de fijar un límite (convencional cuanto se quiera) al "espacio atmosférico". Esta necesidad se agudiza por la circunstancia de que hoy en día se habla corrientemente de un "espacio atmosférico" contrapuesto a un "espacio extra-atmosférico o interplanetario".

Por otra parte, algunos identifican al "espacio atmosférico" con el "espacio aéreo", ya que el primero —como vimos— puede "definirse" sobre la base del elemento "aire". Sin embargo, *tampoco* es esta una referencia absoluta para la determinación del concepto de "espacio atmosférico".[54] Por esa razón, ante la imposibilidad de dar un límite real a tal espacio, Pasini Costadoat opta por el concepto del "límite gravitatorio terrestre" que fundamenta en "la propia naturaleza de las cosas". Sin embargo —y aunque esto exceda por ahora nuestro tema— la fuerza de gravedad terrestre "no cesa, sino que está siempre presente" como hace notar el profesor Schütte[55] o, en otras palabras "teóricamente, la fuerza de la gravedad no desaparece nunca".

"Espacio aéreo" y "espacio atmosférico" son para muchos aerojuristas, términos equivalentes. A pesar de ello, *el "espacio aéreo" en un sentido jurídico, es una región del "espacio atmosférico" en un sentido físico.* Su límite máximo estará dado por las posibilidades de la "aeronáutica". ¿Podemos decir que más allá del límite técnico de la "navegación aérea" comienza el "espacio extra-atmosférico"? Si contestáramos afirmativamente declararíamos la *identidad* de los vocablos señalados. Pero no todas las condiciones de "equivalencia cósmica" se cumplen de esta manera. Veremos en este mismo capítulo, lo que debe entenderse por "equivalencias cósmicas". Haremos la salvedad que a nosotros nos interesan *únicamente* las equivalencias cósmicas en función de la aviación (en un sentido general y amplio). Los únicos límites en el espacio de importancia para el jurista especializado son *aquellos que se oponen al avance de las máquinas volantes hacia los espacios interplanetarios.*

Este proceso —menester es adelantarlo— se cumple de dos maneras diferentes. Una a través de la astronáutica (que *no es una evolución de la aeronáutica)* y otra a través de la "navegación atmosférica", (que es aquella aviación *verdadera evolución de la navegación aérea)* que tiende a identificarse con el fenómeno técnico que utiliza el cohete como instrumento para la realización de sus objetivos.

Esta "aviación" destinada a superar los límites aéreos (aproximadamente los 100 Km. de altura) habrá de imperar en las altas capas de nuestra atmósfera terrestre (en un sentido físico), pero su radio de acción está limitado como en el caso del X—15 norteamericano (avión-cohete) a una altura menor de los 200 Km.

Hemos llamado a esta aviación "navegación atmosférica" para señalar el hecho de que sus aparatos significan la superación de la antigua "aeronáutica" que a través de ella tiende a fusionarse con el fenómeno de la actividad astronáutica. En rigor de verdad, las características de la aviación de límites atmosféricos son manifiestamente "astronáuticas".

---

(53) Diccionario Enciclopédico Salvat, Tomo II (ANT-BEK), pág. 535.

(54) Consúltese: Pasini Costadoat, op. cit., pág. 130.

(55) Schütte, Karl, "*La astronáutica en marcha*", Barcelona, 1959, pág. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También el "ambiente" de esta actividad en experimentación será *análogo* en casi todos los sentidos al ámbito interplanetario. La aviación atmosférica va derrumbando todos los límites que se le oponen con el fin de identificarse con la navegación interplanetaria.

Cuando exceda el "límite gravitacional terrestre" será, plenamente, navegación espacial. Veremos más adelante cómo los hechos técnicos están anunciando la futura concreción de una aviación que realizará sus actividades en un "Espacio" de índole universal.

El "espacio atmosférico" para nosotros no puede ir más allá del "límite gravitacional terrestre" (velocidad de liberación), porque más allá de él ya no hay límites que se opongan a la conquista en los espacios interplanetarios y las condiciones ambientales son *en un todo* equivalentes a las cósmicas.

Expuesto lo que antecede, sólo nos cabe agregar que la importancia de distinguir un espacio atmosférico de un espacio extra-atmosférico o interplanetario es puramente transitoria. Antes de lo que podamos prever se habrá realizado la superación del último límite del espacio y la posición monista del profesor Antonio Ambrosini cobrará toda su enorme importancia teórica y práctica.

4. Pone de manifiesto Walter R. Stewart en un interesante artículo, titulado *"Vuelo en el Espacio Exterior"* [56] que en el espacio exterior en la cota de los 193 Km el aire está tan rarificado que no puede ni aun soportar una onda sonora. Esa cota, hace notar, ha sido llamada "frontera acústica" por el Dr. Hubertus Strughold, jefe del Departamento de Medicina Espacial de la Escuela de Medicina Aeronáutica de la Fuerza Aérea Estadounidense.

Recuerda el articulista que al presentar una película referente a medicina espacial, el Dr. Strughold comenzó trazando una línea de distinción entre el término popular "viaje interespacial" y el más exacto a su juicio de "vuelo espacial". Viaje espacial lleva implícito, dijo, el atravesar grandes distancias con el fin de alcanzar lugares remotos y desconocidos, por ejemplo, la Luna; contrariamente, el vuelo espacial está más relacionado con el ir de un punto al otro de la Tierra, pero pasando en ruta a altura con las mismas características del espacio exterior. El Dr. Strughold es de la opinión que si los problemas del vuelo espacial se solucionan, los viajes interespaciales se desarrollarán por sí mismos. "El vuelo espacial en los últimos años es un hecho; en realidad estamos actualmente en la mitad de su desarrollo".

Las diferencias principales entre el espacio exterior y la atmósfera terrestre, son las siguientes:

1) La atmósfera contiene oxígeno en una elevada concentración; en el espacio exterior no hay oxígeno.

2) La atmósfera ejerce sobre nosotros una presión constante y mantiene nuestros fluidos orgánicos en estado líquido; en el espacio no existe esa presión y por lo tanto los fluidos orgánicos hierven.

3) Hasta cierta altura en la atmósfera, la propia tensión de ésta puede ser utilizada para alimentar las cabinas a presión; en el espacio no existe aire libre que pueda ser comprimido con ese objeto.

4) En las zonas inferiores de la atmósfera estamos protegidos de las intensas radiaciones solares y cósmicas por el filtrado que efectúa el aire; en el espacio no podemos contar con esa protección.

5) Además la atmósfera nos proteje de los meteoritos; en el espacio esta protección no existe.

6) Las moléculas de la atmósfera también dispersan la luz y producen nuestra luz difusa azul diurna; pero en el espacio encontramos un misterioso y permanente estado de oscuridad.

7) La atmósfera provee sostén y empuje a los aviones; en el espacio la condición cercana al vacío existente no ofrece apoyo, un factor que conduce a la alarmante situación de la gravedad cero.

8) En la atmósfera encontramos fricción resultante de la colisión entre las moléculas del aire y el avión lanzado a alta velocidad; en el espacio encontramos una situación absolutamente sin fricción.

En cuanto al problema de dónde termina la atmósfera y comienza el espacio cósmico, expresa Stewart que teóricamente la atmósfera se extiende unos 960 Km, siendo éste el límite reconocido por astrónomos y físicos. Pero para el

(56) Stewart, Walter R. *"Vuelo en el Espacio Exterior"*, Publicado en la "Revista Nacional de Aeronáutica" de marzo de 1957, Buenos Aires, Págs. 12 a 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

piloto espacial esta información carece prácticamente de valor. El Dr. Strughold insiste en que el límite material actual de la atmósfera no tiene importancia para nosotros. Lo que es vitalmente importante son las diferentes funciones de la misma.

De sus observaciones acerca de tan importante cuestión, extraemos las siguientes conclusiones:

1) Sabemos que el hombre necesita oxígeno para vivir y que hasta los 3 kilómetros de altura hay suficiente oxígeno para mantener la vida. Entre los 3 kilómetros y los 6 kilómetros y medio el suplemento de oxígeno decrece a niveles críticos. a 15 Km, la atmósfera carece de oxígeno. Expuestos bruscamente a esta situación dependeríamos exclusivamente de nuestra reserva de oxígeno orgánico —aproximadamente un litro— que nos permitiría actuar unos quince segundos. Podremos concluir que por encima de los 15 Km en lo que a oxígeno se refiere, tenemos las mismas condiciones que en el espacio exterior, el equivalente espacial para el oxígeno, es por lo tanto, de 15 Km.

Apenas un poco más alto, a los 19 Km, encontramos otro equivalente espacial. A esta altura nuestros líquidos orgánicos comenzarían a hervir. Esta reacción ocurre debido a la caída de la presión atmosférica.

2) Las cabinas a presión desarrolladas en la tercera década de este siglo, son mecanismos diseñados para contrarrestar los efectos de la disminución del oxígeno y de la presión atmosférica. A los 24 km, aproximadamente el sistema de cabina a presión es inútil.

3) Hasta los 18 km, de altura estamos expuestos a los rayos cósmicos secundarios; por encima de esa altura y hasta los 36 km, estaremos sujetos al bombardeo cósmico.

4) La exposición a la luz ultravioleta llega a su máxima fuerza por encima de los 43 km, otra zona de equivalencia espacial.

Aproximadamente a los 122 km, encontramos la titilación del espacio. Aquí las moléculas del aire están tan dispersas que no encontramos la luz difusa azul-diurna que nos es familiar en la Tierra. A esta altura, encontramos el límite del Dr. Strughold, el comienzo del espacio silencioso.

5) Entre los 40 y 120 km sobre el nivel del mar, la mayoría de los meteoros se queman por la fricción con la atmósfera. Por los 120 km un avión cohete está más allá de la "barrera de seguridad" respecto a los meteoros.

Hace notar Walter R. Stewart, que todos los equivalentes espaciales que hemos mencionado tienen un factor común. Cada uno se encuentra en un cierto nivel fijo de la atmósfera y sus efectos serán experimentados por un cuerpo flotante estacionado.

6) Dentro de la atmósfera existe un importante equivalente espacial que es resultado directo del movimiento propio de la nave espacial. Esta condición es llamada ausencia de peso o "estado libre de gravedad".

Aproximadamente, a los 193 km, la densidad del aire es demasiado baja para producir "arrastre" a cualquier velocidad que sea. Esta altura es el límite funcional del estado libre de gravedad. Más allá de esta altura tenemos el equivalente espacial permanente de la gravedad cero.

7) El Dr. Strughold establece que el nivel de los 193 km, es la órbita más próxima posible para una estación espacial permanente.

8) Además de arrastre, los vehículos de alta velocidad producen calor por fricción con las moléculas del aire. Este efecto es conocido como la "barrera térmica". Esta barrera térmica se desvanece también a los 193 km de altura. Por encima de esta altura el clima de la cabina de una nave cohete estaría sujeto solamente a las radiaciones solares.

Con la presentación de estos dos límites funcionales dinámicos, señala el articulista, podemos eliminar nuestro concepto de los equivalentes espaciales, porque, finalmente, estamos en el espacio exterior. Esta audaz aseveración debe ser atemperada, se aclara, por la suposición de que podemos ignorar factores de menor importancia, tales como la masa de la Tierra, su velocidad y el campo magnético.

Al preguntarse dónde termina la atmósfera, expresa Karl Schütte que, como es natural, el progresivo enrarecimiento de la misma obedece a una ley distinta de la que regula la debilitación de la fuerza de la gravedad. Sin embargo, no puede decirse lisa y llanamente, aclara, que la atmósfera termine a una altura determinada, aunque la densidad del aire disminuya muy rápidamente a medida que nos elevamos, el ritmo de su enrarecimiento se hace pronto mucho más lento, hasta no poderse notar apenas variación; todo lo más que pueda decirse es que, en la práctica, la atmósfera termina cuando se ha vuelto tan enrarecida que su acción no puede ya percibirse.

Es útil referirnos al esquema de las capas que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

constituyen la atmósfera, que este autor incluye en su notable obra *"La astronáutica en marcha"*. En dicho esquema se puede apreciar que, a los 15 km aproximadamente, la densidad no es más que 1/10 de la que priva en la superficie terrestre, y a los 30 km es sólo 1/10.000, y a los 110 no es probablemente más que 1/1.000.000 de la densidad al nivel del mar. A partir de esta altura hace notar el mismo Schütte la densidad de la atmósfera sigue descendiendo aún. Pero en ninguna parte encontramos un límite tajantemente definido, aunque existen motivos para sospechar que, por ejemplo, a los 1.000 o quizá a los 1.500 km sobre la superficie de la Tierra, la densidad del aire es tan exigua, o sea, el número de moléculas aún presentes se ha reducido tanto, que su roce no ejerce ya resistencia alguna observable en un objeto que se mueva por aquellos parajes, v. gr. un satélite.

También es conveniente destacar que la montaña más alta de la Tierra, el monte Everest, con sus casi nueve kilómetros de altura, penetra en la capa inferior de la atmósfera. Es la llamada *troposfera,* en la que se desarrollan la mayor parte de los fenómenos atmosféricos. En globo tripulado, la altura más alta alcanzada hasta ahora ha sido de 30 km, en la ascensión realizada en el verano de 1957 por el mayor americano SIMONS. Ya a esta altitud dice este autor, es el aire tan tenue, que la dispersión de los rayos solares en las moléculas de aire resulta muy pequeña, lo cual tiene por efecto que el cielo aparezca mucho más obscuro y que en el firmamento se vean, junto al Sol, las estrellas fijas más brillantes. La marca de altura con un globo no tripulado es de más de 40 km.

A estas altitudes sobre la superficie terrestre se observan también cambios en la composición de la atmósfera. Junto a la superficie, nuestro aire consta de setenta y ocho por ciento de nitrógeno, veintiuno por ciento de oxígeno y uno por ciento de otros gases. A los 40 km de altura, el contenido en nitrógeno ha aumentado hasta el ochenta y seis por ciento, y el de oxígeno ha disminuido hasta el doce por ciento. A partir de allí disminuye muy rápidamente la proporción de nitrógeno y de oxígeno. A los 100 km de altitud sólo quedan uno coma seis por ciento de nitrógeno y cero coma cero siete de oxígeno, y la parte más importante de la atmósfera está formada allí por hidrógeno, que llega al noventa y siete coma ocho por ciento, al que, entre tanto, se ha mezclado una pequeña cantidad de helio, aproximadamente un cero coma cinco por ciento. Más arriba la atmósfera se compone casi exclusivamente de hidrógeno.

Destaca, asimismo, Karl Schütte, que hacia los 80 km empiezan las llamadas nubes noctilucentes, o sea, nubes que están tan altas que a veces las podemos ver iluminadas hasta muy entrada la noche. A los 90 km se sitúa una capa, conocida con el nombre del físico inglés O. HEAVISIDE, que es la de mayor importancia para todos los radioyentes.

A una altura mayor aún aparecen los meteoritos y —sobre todo en las altas latitudes y cuando hay perturbaciones en la superficie del Sol— las auroras boreales.

Pero el factor atmosférico que más importancia tiene para el lanzamiento de un cohete es el de la resistencia por frotamiento, pone de manifiesto este autor. Por consiguiente, la velocidad que hay que imprimir a un cohete en el momento de su despegue debe ser mayor que la que nos indicaría un cálculo que prescindiera del rozamiento del aire.

Con el título de "Dónde empieza el espacio cósmico y qué peligros encierra", desarrolla el mismo Schütte uno de los temas de mayor importancia para los cultores de las Ciencias Jurídicas interesados en los problemas de la "Era del Espacio".

Afirma este autor que desde el punto de vista del astrónomo o del físico, los límites de la atmósfera están situados a los 800 ó 1000 km; están, en todo caso, allí donde el número de las moléculas de aire aún presentes es tan pequeño, que en la práctica carecen de todo significado. En cambio, dice, para un ser viviente, o para un hombre, el espacio cósmico no empieza en este punto, sino allí donde las condiciones de la atmósfera son equivalentes a las que reinan en el espacio cósmico, en relación con las funciones del organismo humano. Es muy probable, agrega, que exista todavía una parte más o menos considerable de atmósfera; pero en la práctica, es decir, hablando en términos de la fisiología, la situación es la misma que si no existiera en absoluto. En otra palabra, a partir del punto descrito, nada le importa al hombre que se encuentre o no en el espacio cósmico. Para su fisiología, el espacio cósmico ha empezado ya.

De acuerdo con lo expresado, agrega Schütte que es de enorme importancia el saber dónde se sitúa el límite de la atmósfera con respecto a las distintas funciones orgánicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Resumiremos las conclusiones a las que llega este distinguido autor en las proposiciones siguientes:

1) Para la respiración, la más importante de las funciones vitales, la equivalencia del espacio cósmico empieza ya a los 15 km de altura, a pesar de que a los 100 km todavía se encuentra algún oxígeno.

2) El equivalente cósmico con respecto a la presión atmosférica empieza muy poco después que para el aire respirable.

3) El límite de utilización de una cabina de presión está a unos 25 km de altura.

4) El intercambio térmico no perderá su importancia práctica hasta llegar a determinada altura, que puede fijarse en unos 20 km.

Pero este límite depende en gran medida de la velocidad. El límite superior en que cesa todo calentamiento atmosférico provocado por rozamiento y en que la atmósfera ya no puede influir sensiblemente sobre la temperatura del casco de la nave está alrededor de los 150 km. Para ello se requiere sin embargo, que la velocidad sea muy grande. Se sabe por experiencia que los aparatos que vuelan a gran altura y con velocidades muy grandes, se encuentran ya de hecho en las condiciones de un puro clima de irradiación.

5) La mitad de los rayos primarios, consistentes sobre todo en protones, entran en la atmósfera hasta unos 20 km de altura.

Por lo demás, la irradiación cósmica aumenta muy rápidamente con la altura, y podemos calcular que el límite superior de absorción de estos rayos está a 40 km; el equivalente cósmico, con respecto a estos rayos, deberíamos, pues, situarlo a 40 km de altitud.

6) A los 120 km poco más o menos, el cielo está tan obscuro como en una noche de Luna en la superficie terrestre. Los últimos vestigios de luz diurna desaparecen ya a los 95 km. Allí empieza el equivalente cósmico.

Para la irradiación ultravioleta el equivalente cósmico empieza ya a los 45 km.

En las ondas más cortas, la eficacia fotoeléctrica y fotoquímica es todavía mayor, o sea que bastan pequeñas capas de aire para absorber la irradiación. Los límites del equivalente cósmico se desplazan, pues, cada vez más arriba, cuando pasamos de los rayos ultravioletas a los rayos X blandos. Sólo los rayos X duros penetran más lejos, hasta unos 50 km.

7) Cesa de transmitirse el sonido por el aire cuando la llamada longitud de onda libre de las moléculas del aire es del mismo orden que las ondas sonoras. Esto fue demostrado ya en 1917 por E. SCHOOEDINGER, a base de cálculos puramente teóricos. Semejante estado se produce a alturas comprendidas entre 130 y 140 km; este dato ha sido últimamente confirmado por experimentos con cohetes. Por encima de este límite no hay ya en la atmósfera ninguna barrera del sonido. Se ha alcanzado la equivalencia cósmica sonora.

8) Más grave que el peligro de la irradiación cósmica es quizá el de ser alcanzado por meteoritos. El número de meteoritos que penetran en 24 horas dentro de la atmósfera terrestre acaso sea del orden de billones. La inmensa mayoría de estos meteoritos consiste en finísimas partículas de polvo; las partículas de un gramo y más de peso son ya relativamente raras. Todas estas partículas quedan destruidas en la atmósfera antes de llegar a los 80 ó 90 km de altura. A veces, algunos meteoritos se hacen visibles ya a los 150 km; pero, por lo común, aparecen hacia los 100 km.

El profesor Karl Schütte agrupa en un cuadro las diversas alturas a que empiezan los equivalentes cósmicos:

Respiración (falta de oxígeno)	15 km
Presión atmosférica (punto de ebullición de los líquidos orgánicos)	19 km
Cabina de presión	25 km
Rayos cósmicos primarios	40 km
Irradiación ultravioleta del Sol	45 km
Obscuridad del espacio cósmico	120 km
Peligro del choque con meteoritos	120 km
Silencio del espacio cósmico	120 km

Podrían completarse estos datos añadiendo la observación de que a partir de los 200 km el movimiento de un satélite o vehículo no encuentra apenas resistencia por frotamiento.

Termina señalando el autor citado, que en lo que respecta al estado de ingravidez, éste se produce siempre que se alcanza la velocidad orbital. En la práctica equivale a decir que la ingravidez empieza con el cese de la combustión del cohete de par-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tida, lo cual puede ocurrir también a alturas superiores a los 200 km. Podemos decir, en resumen, que el estado de equivalencia cósmica se produce en alturas comprendidas entre 15 y 200 km, o sea, mucho antes de lo que, en general, se había supuesto anteriormente, y también a alturas muy inferiores a los límites astronómicos o físicos de la atmósfera.[57]

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI, Antonio, *Instituciones de Derecho de la Aviación,* Buenos Aires, 1949.

COOPER, John, C., *High Altitude Flight and National Sovereignty,* México, D.F., 1951.

DARIO Y BASUALDO, Rubén, *Régimen Jurídico del Espacio Aéreo,* Buenos Aires, 1956. *La política en la era del espacio,* Buenos Aires, 1960.

Astronáutica y Derecho, Managua, D.N., 1960.

GAY DE MONTELLA, Rafael, *Principios de Derecho Aeronáutico,* Buenos Aires, 1950.

LE GOFF, Marcel, *Traité théorique et pratique de Droit Aérien,* París, 1934.

Manual de Droit Aérien, París, 1954,

LENA BAZ, Juan, *Compendio de Derecho Aeronáutico,* Buenos Aires, 1959.

PASINI COSTADOAT, Carlos Alberto, *El espacio aéreo* (dominium coeli), Buenos Aires, 1955.

SCHACTER, Oscar, *Tra poco toghe e pandette voleranno (e litigheranno) in cielo,* en la revista *Corriere dello spazio,* Anno II, No. 20, L 150, noviembre 1960.

SCHÜTTE, Karl, *La astronáutica en marcha,* Barcelona, 1959.

STEWART, Walter R., *Vuelo en el espacio exterior,* en la *Revista Nacional de Aeronáutica* de marzo de 1957.

TAPIA SALINAS, Luis, *Manual de Derecho Aeronáutico,* Barcelona, 1944.

VIDELA ESCALADA, Federico N., *El Derecho Aeronáutico Rama Autónoma de las Ciencias Jurídicas,* Buenos Aires, 1948.

***

(57) Schütte, op. cit., págs. 143-151.

Revista Judicial. Costa Rica. Año X, No. 34, setiembre 1985

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS SOCIEDADES UNIMEMBRES

EL EMPLEO DE LA PERSONALIDAD EN ALGUNAS FORMAS PARTICULARES SOCIETARIAS

LIC. CARLOS HERNAN ROBLES MACAYA
LIC. VICTOR MANUEL GARITA GONZALEZ

SECCION PRIMERA: FORMAS UNIMEMBRES

Ha merecido especial interés para los autores —dentro de la utilización de la personalidad jurídica en algunas formas societarias particulares— la posición actual del tema de las sociedades unimembres dentro de la doctrina y el Derecho Comparado. Ello ha motivado que, dentro de este título, comparta su tratamiento con el tema de las formas de uniones de empresa y medios de control.

Nos atrevemos a decir que, dentro del derecho societario, el tema de la unimembricidad de socios representa uno de los aspectos más debatidos y polémicos, no sólo del derecho contemporáneo, sino que, posiblemente, de todas las discusiones del presente siglo en materia de derecho de sociedades.

Y en realidad opinamos que no podría ser distinto. El tema obliga a tratar con todas las formas posibles de analizar la institución jurídica de la "sociedad". Desde un punto de vista histórico, las sociedades surgen como un mecanismo apto para dar cabida al sentimiento de asociación y de esfuerzo en común —aunque por supuesto no es el único—, desde un punto de vista de regulaciones puramente positivas, fue tratado en sus inicios, y aún podemos decir que lo sigue siendo predominantemente, precisamente como un ente, que si bien aparecía como único en su aspecto externo gracias al fenómeno de la personalidad, presuponía necesariamente un sustrato humano plural y, si quisiéramos agregar uno más, tendríamos que decir que el vocablo "sociedad" evoca, aún en la mente de los que no son juristas, la idea de unión.

A lo anterior hay que agregar, necesariamente, todo el esfuerzo de una notable tradición jurídica de muchísimos años, tendiente a concebir el derecho de sociedades, y la sociedad misma, como algo que existe, indisolublemente, a la par de un presupuesto casi ontológico: la pluralidad de socios.

De ello tenemos que, al hablar de sociedades unimembres, en no muy pocos casos, los juristas sienten que más que tratar un aspecto más del derecho de sociedades, o con un elemento más a discutir, se está manejando elementos que constituyen casi la negación del principio mismo de sociedad; Barrera Craf en una apología de la sociedad como entidad plural decía en una, por cierto nada reciente, publicación: "Pero en verdad, la sociedad unimembre no es sociedad. Y no sólo se trata de un problema semántico, sino conceptual, porque se atenta contra la naturaleza misma de la sociedad, y ello, tanto en la fase constitutiva, como en la de organización y funcionamiento".[1]

Pero además de las dificultades o implicaciones conceptuales, que de por sí implican el problema de las sociedades unimembres, es también en la esfera puramente dogmática de donde se han obtenido, por parte de los juristas, gran cantidad de argumentos en contra de las sociedades unimembres.

Por un lado, la tesis de la pluralidad en el momento constitutivo resulta ser un obstáculo insalvable. La tesis contractual sobre el acto constitutivo ha sido predominantemente —aunque en nuestra opinión ya superado por lo menos en sus

1. BARRERA CRAF, Jorge, *La sociedad unimembre en el Derecho mexicano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, No. 35, 1979, p. 333.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

concepciones clásicas– el argumento favorito para impedir la admisibilidad de las sociedades unimembres en la mayoría de los países. Por otro lado, no ha aparecido que la estructuración orgánica de las sociedades, especialmente las de capital: cuerpos administrativos, órganos de deliberación social tendientes a obtener la "voluntad" del sujeto, etc., encaje dentro del giro necesario para una sociedad unimembre.

Pesa también, entre los argumentos en contra de las sociedades con un sólo socio, el hecho de que el concepto de personalidad jurídica se ha desarrollado históricamente como una necesidad de funcionar como centro de unidad normativo, organizativo y hasta económico, de un grupo de sujetos con vínculos asociativos entre sí. Por lo que, en ausencia de dichos presupuestos, no parece necesario, ni adecuado, la aplicación de dicho concepto a presupuestos que no corresponden a la misma necesidad histórica. Las teorías clásicas sobre el patrimonio, y, fundamentalmente, sobre el concepto de la responsabilidad ilimitada de las personas sobre sus obligaciones con la totalidad de sus bienes y la indivisibilidad del patrimonio, representan serios obstáculos tendientes a frenar la posible admisión, en vía legislativa o doctrinal, de las sociedades unimembres.

En síntesis, podemos decir, también las palabras de Barrera Craf, que "en efecto, como ya hemos dicho repetidamente, durante la etapa constitutiva, se viola el carácter contractual, la finalidad común, la formación del capital con aportaciones de varios socios, que justifica la división del capital social y del de cada uno de los socios; la personalidad moral, que en materia de sociedad es un atributo que la ley concede en función de la pluralidad o colectividad de socios (universitas personarum), la responsabilidad limitada que como régimen de excepción al principio general del artículo 2964 del Código Civil, se estaría aplicando a una institución para la que no fue prevista y a la que no está concebida".[2]

La realidad presente, en toda esta serie de objeciones que se hace a la posible admisión de las sociedades unimembres dentro del derecho societario, es la de que la idea preconcebida en la figura de las sociedades y especialmente en las de capital, obtenida a través de un largo proceso histórico cuyos antecedentes en alguna medida hemos ya señalado en otra parte; no lo fue en ninguna medida pensada para la posibilidad de que las sociedades funcionaran y, aún menos, se constituyeran fuera del presupuesto de la pluralidad. Las sociedades surgieron y se han desarrollado como un fenómeno social.

Las compañías de Indias Holandesas, que se consideran ser el antecedente más inmediato de la actual sociedad anónima, reflejan los fundamentos históricos que orientaron todo el derecho de sociedades posterior, por lo menos en lo que se refiere al punto en cuestión: pluralidad de personas, aportación de capital social, limitación de riesgo a través de limitar la responsabilidad social, cuotas sociales, bienes en común: elementos todos ausentes en las sociedades unimembres, en opinión de algunos.

Por ello es que resulta lógica y justificada la gran polémica que se ha desarrollado en relación con las sociedades unimembres. El régimen de las sociedades no ha sido diseñado para solventar necesidades de carácter individual (por lo menos en la gran mayoría de los países). Ante la presencia de un único socio, es de preguntarse sobre la necesidad y la validez, por ejemplo, de la asamblea de socios y de los órganos de gestión concebidos en el caso de las sociedades anónimas por lo menos sobre la base de una diferencia entre la persona de los socios y de los administradores, que se dice no ser justificada y ni siquiera existente en las sociedades unimembres.

Sin embargo, los argumentos y objeciones anteriormente señalados, y muchos otros que se podrían considerar, más parecen puras especulaciones teórico-abstractas de los juristas, que elementos reales que operen como impedimentos reales en la utilización y existencia de las sociedades con un solo socio, obtenidas dentro de la más variada e inimaginable cantidad de mecanismos y subterfugios.

La realidad es que las sociedades unimembres no han dejado de operar en ningún país del mundo, independientemente de su reconocimiento o no. Y todos los sistemas que emplean o aplican sanciones contra la existencia de las sociedades unimembres, han debido de soportar la existencia de este fenómeno societario. Vanos han sido todos los mecanismos empleados para intentar erradicar el empleo de las sociedades unimembres, o dicho de otra manera, vanos han sido los intentos para que la figura de la sociedad no haya sido emplea-

2. **BARRERA CRAF**, *op. cit.*, p. 333.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

da para fines distintos para los que fue concebida. Ello ha generado, dentro del Derecho Comparado, una gran variedad de posiciones respecto a las sociedades unimembres: desde los ordenamientos que sancionan su existencia hasta los más francos reconocimientos.

Sin embargo, ya sea en presencia de sanciones o no contra su existencia, la realidad es que el fenómeno de las sociedades con un solo socio es universalmente considerado como uno de los problemas societarios más importantes.

La realidad ha sido que la práctica y utilización de las sociedades unimembres ha avanzado, posiblemente, más rápidamente que la capacidad de la mayoría de los ordenamientos en dar un tratamiento más adecuado a dicho problema. Lo anterior ha producido, desde hace ya muchos años, una sensible variación en muchos ordenamientos jurídicos del mundo, y, lógicamente, en los juristas de este siglo, tendiente a dar un tratamiento más adecuado al fenómeno societario unimembre. Debemos reconocer sin embargo, que, como en otros casos, el Derecho va, desgraciadamente, detrás de la realidad.

Ello ha producido, como ya lo señalamos, un cambio en muchos de los países que han renovado, de una manera u otra sus legislaciones. Veamos la opinión del maestro Garríguez, en un comentario a la exposición de motivos de la ley de sociedades anónimas españolas: "Esta misma actitud agnóstica ante la realidad de las sociedades anónimas modernas es la que se refleja en la exposición de motivos de nuestra ley de sociedades anónimas, cuando dice: "Rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano, etc.". La omisión que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que viene impuesta por la estructura de la sociedad, como organismo que presupone pluralidad de personas, no es sino un homenaje a la sinceridad que obliga a todo legislador cuando advierte un divorcio entre la realidad y el derecho legislado. Esta realidad exige que, en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano (que con harta facilidad puede lograrse mediante la interposición de testaferros), no deba producirse la inmediata disolución de la sociedad, al menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se alcance, restableciéndose la pluralidad de socios".[3]

Dentro de la anterior corriente se enmarca también nuestro actual Código de Comercio, que no sólo no menciona como causa de disolución el hecho de que todas las acciones estén en manos de un único accionista, sino que expresamente señala que no lo es, en su artículo 202.

Es de mencionar aquí que, a pesar de todas las corrientes legislativas o doctrinarias que se empeñan en señalar la incompatibilidad de la sociedad con los esquemas unipersonales, la realidad señala que, muy por el contrario, ha podido llenar perfectamente las necesidades de los sujetos que quieran emprender el ejercicio de una actividad económica al amparo de una persona jurídica, por supuesto distinta de la suya, y bajo un régimen de responsabilidad limitada, lo que pone en tela de duda todas las consideraciones dogmáticas que alrededor de este problema se han hecho. Los antecedentes de la búsqueda de una solución adecuada al problema de las sociedades unimembres se conecta con los inicios de siglo. Pero vale la pena mencionar algo, aunque a estas alturas parezca pueril: el problema central se resume en el hecho de que un sujeto que quiera emprender una cierta actividad económica que implique un margen de riesgo, no puede acudir al uso de las formas societarias, para lograr una limitación de su patrimonio, de manera directa, sino que tiene que acudir fundamentalmente al uso de un testaferro —normalmente un hombre de confianza— para obtener su colaboración en la formación de una sociedad que, dependiendo del tratamiento que el ordenamiento le dé a la concentración posterior de las acciones en manos de un único socio, puede o no dejar su lugar al interesado.

Lo cierto es que, de una manera u otra, las sociedades unimembres funcionan como una muestra más de que la realidad del tráfico mercantil, es más grande que la previsibilidad de los códigos: "A primera vista esto parece un contrasentido pues toda sociedad, tanto al principio como después a lo largo de su vida, supone una pluralidad de personas, un *negotium expluribus conflatum.* Pero frente a este contrasentido, los juristas han optado por cerrar los ojos, y, lejos de escandalizarse, ceden ante una realidad del tráfico moderno".[4]

3. GARRIGUEZ, Joaquín, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias,* Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 166.

4. GARRIGUEZ, *op. cit.*, p. 41.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las razones por la que este fenómeno se ha desarrollado, tomando en cuenta el interés del socio único, son muchas. En algunos casos, cuando la actividad es emprendida por un sujeto físico, el ánimo es el de buscar una continuidad de la actividad a través de una sucesión familiar rápida y económica y, por supuesto, limitar su responsabilidad personal en el negocio. Pero no sería correcto imaginar que el fenómeno sólo se localiza en la pequeña empresa: "En el caso de las grandes empresas: la necesidad de dar autonomía regional a la organización de determinadas ramas de su actividad a nivel técnico además de contable, situación esta que, en la hipótesis de sociedades extranjeras, puede tener por objeto intereses apreciables sólo en relación con el juego de normas concretas de derecho internacional privado o bien otras finalidades específicas, como la de eludir normas que discriminan entre ciudadanos y extranjeros, entre residentes y no residentes, desde el punto de vista del control".[5] Por supuesto, que en el caso de las sociedades unipersonales, se excluye el interés de organizarse y de poner bienes en común en el ejercicio de alguna actividad económica. Para lograr la justificación de las sociedades unimembres, se ha desarrollado —principalmente por la doctrina inglesa y alemana— la opinión de que no se debe ver en la sociedad un contrato al que se le atribuye una finalidad económica y lucrativa, sino que "sólo consiste en una técnica o un modelo de organización de empresas, que se adapta a ciertas sociedades y asociaciones tradicionales, pero también a otros fenómenos e instituciones que se van creando para atender nuevos requerimientos, como sucede con los grupos de sociedades, con la sociedad unimembre, con las empresas mismas". [6] También en nuestro país se ha explicado y justificado el problema de las sociedades unipersonales.[7]

Así, tenemos que, de una manera u otra, ya sea por la vía jurisprudencial o legislativa, son muchos los ordenamientos que paulatinamente han ido reconociendo la validez de las sociedades con un sólo socio.

Podemos acoger parcialmente las categorías en que Brunetti asocia los grupos de países con relación al tipo de reconocimiento que se le haya dado a la sociedad unimembre: "Los diversos sistemas legislativos pueden dividirse en tres grupos:

a) Países en que la reunión de las partes o acciones en un sólo socio provoca la nulidad de la sociedad. Es la posición clásica de Francia, adoptada por muchos países latinos de Europa y América, y algunos escandinavos.

b) Países que admiten la validez de la sociedad unipersonal sin otras responsabilidades que las derivadas del derecho común. Es el sistema germánico, adoptado por Suiza y otros países europeos, y por las legislaciones de los Estados Unidos.

c) Países que admiten el funcionamiento de la sociedad unipersonal, pero con responsabilidad del socio único prevista especialmente por la ley. Es el sistema adoptado por Gran Bretaña e Italia".[8]

Sin embargo, pensamos que esta clasificación, posiblemente, era válida para la época en que Brunetti escribía su tratado de sociedades, porque, como ejemplo del avance paulatino, pero indiscutible, del reconocimiento cada vez más acentuado en favor de las sociedades unimembres, habría que incluir una categoría adicional muy importante, en nuestra opinión, de la que hablaremos posteriormente: la de los países que admiten la constitución de sociedades por una sola persona. Además veremos oportunamente que la posición del Derecho francés ya no puede ser ligada con la que él le atribuye en la anterior clasificación.

Es de mencionar también que, dentro de las distintas posiciones que se han adoptado en relación al problema de las sociedades unimembres, se distinguen dos tipos de juristas: los que mantienen a ultranza las posiciones clásicas sobre el derecho societario basados fundamentalmente en concepciones puramente dogmáticas, y los que, en presencia de una arrollante realidad, opinan en favor de la ductilidad del ordenamiento ante esa evidencia. Es indudable que en el trasfondo de estas dos posiciones se encierran, además, dos concepciones totalmente distintas sobre el papel del Derecho.

Sin embargo, es de comentar también que los juristas y los ordenamientos que han aceptado las sociedades unimembres casi como en una posición

---

5. GRISOLI, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*, Madrid, Editorial, Revista de Derecho Privado, 1976, p. 70.

6. BARRERA, *op. cit.*, p. 332.

7. Ver en ese sentido: CERTAD, Gastón, *Empresa individual de responsabilidad limitada*, Revista Judicial, San José, No. 9, año 1971, pp. 27-32 y Conferencia del Lic. Octavio Torrealba Toruño, Seminario sobre el Código de Comercio, 19, pp. 3-16.

8. BRUNETTI, Antonio, *Tratado del Derecho de las sociedades*, Buenos Aires, Editorial Uteha, T. I, 1960, p. 197.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de resignación, no han logrado desarrollar paralelamente a esta posición que nosotros compartimos, una riqueza conceptual y científica que pueda desde un punto de vista dogmático, anular los argumentos que en contra de las sociedades unimembres se esgrimen, y, lo más importante, posiciones que podrían en algún momento generar la creación de soluciones cada día más adecuadas al problema en cuestión.

Quisiéramos volver sin embargo, sobre los antecedentes que han generado el cambio de posiciones anteriormente señalado, en algunos de los más meditados factores: nos referimos a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como uno de los elementos que indirectamente han contribuido más en una apertura en el derecho de sociedades.

Nos interesa en este comentario —en el que seguiremos francamente a Crisoli— evidenciar la importancia que han tenido todas las elaboraciones legislativas y doctrinarias en relación al origen y desarrollo de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con respecto a la admisibilidad o no de las sociedades de un solo socio como categoría legítima del derecho societario.

El origen de la institución en cuestión se remonta, en sus orígenes, a finales del siglo pasado, en los trabajos de una serie de autores alemanes, tales como Lebmann y Passow, que propugnaban abiertamente por la extensión de la limitación de la responsabilidad al empresario individual, como resultado de la experiencia positiva que había obtenido la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Alemania. Es precisamente de esta fuente de donde se nutre Pisko, el famoso jurista austriaco, para la elaboración, de su muy famoso proyecto de principios de siglo sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada tendiente a permitirle al empresario individual el logro de una responsabilidad limitada en el ejercicio de su actividad económica, sobre la base de la separación de parte de su patrimonio y su destinación a un fin específico. La preocupación evidente de Pisko, que al parecer era de gran actualidad en la época en que construyó su proyecto, era la de lograr, desde el punto de vista doctrinario, romper con la inflexibilidad de la indivisibilidad del patrimonio, teniendo como base para ello, según se ha dicho, fundamentalmente la experiencia alemana de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la corriente doctrinaria que alrededor de esto se formó. Con ello desarrolla Pisko su proyecto de sesenta y nueve parágrafos a principios del presente siglo que en el año 1926, es acogido por el Principado de Liechtenstein, con algunas modificaciones, instaurándose en este pequeño país por primera vez en el Derecho, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

Es de señalar, sin embargo, que, aparte del interés señalado anteriormente, no estaba en la idea original de Pisko, la de elaborar una figura que intentara combatir el fenómeno, ya presente en esa época, del "abuso" de las formas sociales en figuras anormales de sociedades unimembres.

Es al jurista Paul Carry, a quien se le atribuye ser el primero, no sólo en introducir la discusión de la responsabilidad del empresario individual, dentro de la literatura latina, sino fundamentalmente, y como innovación a la concepción de Pisko, la de que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, era la figura adecuada para combatir la utilización anormal de las figuras societarias por parte de socios unimembres. Ello tuvo su origen en una muy famosa lección inaugural que diera el citado autor en el año 1928 en la Universidad de Ginebra. Como ya se señaló, no existía en la concepción de Pisko sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la idea de combatir con su medio los abusos que ya se presentaban en esa época en el tráfico diario del derecho societario, y es, precisamente, en esto, en donde radica el primordial aporte a las tesis de Carry. Sin querer entrar a polemizar al respecto, parecen en cierto modo no del todo justas, las atribuciones que se le hacen a Carry como el verdadero promotor del movimiento de reforma en materia de responsabilidad limitada para el empresario individual, cosa que, en nuestra opinión, más merece ser atribuida a Pisko, sin con ello demeritar la inmensa labor de Carry.

A partir de los citados antecedentes, ha sido un mar de propuestas legislativas y doctrinales las que no se han desatado en favor y en contra de la referida institución, dándose el curioso dato que ha sido en la mentalidad de los juristas latinoamericanos en donde más ha tenido acogida la nueva institución, aunque no ha pasado más de ser del nivel de las especulaciones, ya que solamente en Costa Rica, Panamá y El Salvador, se han instaurado a nivel legislativo, a pesar de los serios intentos que en algunos países se han dado.

De la confluencia de las dos corrientes de opinión generadas por Pisko y Carry, se alimentó el pensamiento de Vivante, el gran jurista italiano,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para que en el año 1934 enfrentara el problema de la generalización irregular del uso de formas societarias en formas unimembres. A pesar de que tenía en común con sus precedentes, el hecho de que el presupuesto necesario para todos era la limitación de la responsabilidad, la diferencia, al menos con Pisko, es la de que "al contrario que el mercantilista ginebrino, Vivante estaba movido por la preocupación de ofrecer algún remedio a la difusión de abusos conexos con el empleo de sociedades ficticias, y no, por tanto, como Pisko, por el estímulo de llevar a cabo un diseño ya preparado con adopción de un texto legislativo sobre la responsabilidad limitada: es decir, por preocupaciones de índole prevalentemente doctrinales".[9]

Pero, además de la diferencia en sus motivaciones e intereses, la diferencia radical en la tesis de Vivante con respecto a los otros dos autores, radica en la disimilitud de los medios utilizados que, en nuestra opinión, siguen marcando las dos posiciones radicales que se sostienen en relación a la responsabilidad limitada del empresario: "En este sector, en cambio el derecho —en palabras de nuestro autor— debería ponerse ". . .de acuerdo con la realidad, único remedio para la seriedad de su función. . .". Para llegar a esto, el ordenamiento debería permitir el reconocimiento legal de las sociedades anónimas con un solo accionista, porque sólo haciéndolo así, se puede esperar el librarse de la práctica comercial ". . .de las formas simuladas con las que. . . se busca cubrir con testaferros el dominio de un solo socio".[10]

Lo anterior llevó a Vivante a proponer la existencia de una sociedad anónima constituida y operada con un único socio, bajo algunos supuestos particulares, distintos a los de la sociedad anónima con pluralidad de socios.

Es de hacer notar aquí, que no es la propuesta de Vivante la primera especulación que se hizo alrededor de la anónima funcionando con un único socio. Ya desde el año 1925 el Principado de Liechtenstein había acogido, en la reforma que hizo a su derecho de sociedades, a nivel legislativo la sociedad anónima con un solo socio.

Otro gran autor italiano, Mario Rotondi, se pronunciaba ya abiertamente en contra de cualquier posición legislativa que atentara contra la posibilidad de que se limitara la responsabilidad por parte de los sujetos individuales. De ahí que en un trabajo que hiciera denominado "Parecer sobre el Proyecto Preliminar del Nuevo Código de Comercio", preparado en 1942, con base en una solicitud ministerial, propusiera un franco reconocimiento a las sociedades que un momento posterior a sus génesis terminaran perteneciendo en su totalidad de acciones a un solo socio: ". . .Aparte de la respuesta que ordinariamente se da, por quien quiere prefijar un mínimo de socios, a los ya citados inconvenientes, respuesta en el sentido de que en la práctica, a través de personas de confianza, se da el conseguir aquella pluralidad y aquel límite numérico que la ley quiere (a lo que obviamente se puede responder, que con esto continúa el supuesto abuso y se le agrava con la simulación segura, y quizá con un fraude) por mi parte no tengo ningún inconveniente en afirmar que, prescindiendo de la exigencia originaria de una pluralidad de sujetos para la constitución de la relación contractual, considero completamente injustificada la prevención contra la posibilidad de que, a continuación, la sociedad anónima se transforme y sobreviva con un solo socio".[11]

Como se nota, a pesar de la abierta posición de Rotondi en relación con las sociedades unimembres, no llegó, como lo hizo Vivante, a admitir la posibilidad de que la sociedad anónima se llegara a constituir con un único miembro. Podríamos decir también que Brunetti, en esta línea de pensamiento opina que una admisión y reglamentación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sería una solución loable, para el derecho italiano, que vendría a combatir la existencia de sociedades con un solo socio y permitiría dividir el patrimonio y limitar la responsabilidad por parte de un sujeto físico: "En lo que nos concierne hemos mantenido nuestra adhesión a esta fórmula jurídica, porque con ella se reconocería en las leyes una realidad de los hechos y no se estimularía la creación de sociedades de un solo socio, que son empresas individuales disfrazadas de sociedades, con todos los inconvenientes que resultan de tal situación. Y no vemos inconveniente ni de orden técnico ni de orden moral. Se alega, en

9. GRISOLI, *op. cit.*, p. 63.

10. VIVANTE citado por GRISOLI, *op. cit.*, p. 63.

11. ROTONDI citado por GRISOLI, *op. cit.* p. 67.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los países en que impera la doctrina de la indivisibilidad del patrimonio, que el patrimonio de la persona no puede dividirse afectando una parte del mismo a una finalidad concreta, y limitando a esta parte la responsabilidad del titular del patrimonio. Pero en estos mismos países existen excepciones al principio de la indivisibilidad, que cada día son más numerosas e importantes. Y en cuanto al aspecto moral, no vemos por qué puede negarse a una persona física la ventaja que se le concede cuando se reúna con otra formando una sociedad".[12]

Como se desprende de los anteriores datos históricos, el papel de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en la apertura de un camino tendiente a brindar al empresario individual el ejercicio de su actividad con responsabilidad limitada de manera reconocida y, fundamentalmente, en la incidencia en la doctrina y la legislación tendiente a dar una solución al problema, cada día más agudo, del uso de formas societarias para tal efecto, sin ser ello reconocido y legítimo, ha sido realmente infinito. Nuestro país no ha estado del todo alejado del anterior desarrollo doctrinario y legislativo. Con motivo de la promulgación del Código de Comercio en el año 1964, se aprovechó el momento para la introducción en nuestra legislación mercantil de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, constituyéndose Costa Rica en el segundo país del mundo, primero en Latinoamérica, en acoger legislativamente la citada institución.

Para ello, el legislador, denotando una gran amplitud, y posiblemente con el ánimo de solventar con ello el problema de las sociedades con un solo socio, hizo caso omiso de todas las críticas que se han dirigido contra estas instituciones, dando inicio a una tradición jurídica que, esperamos nosotros, termine en logros aún más satisfactorios en la materia de sociedades con un solo socio. En esta misma línea de pensamiento, nuestro Código de Comercio en su artículo 202 dispone expresamente, como ya se ha señalado, que no es causa de disolución de la sociedad el hecho de que todas las acciones pertenezcan a un único socio.[13]

Sin embargo, a pesar de la vida relativamente corta que ha tenido la empresa individual, fue desde su origen[14] y sigue siendo objeto de críticas, producto de la deficiente regulación de que fue objeto por parte del legislador del 64[15], sin embargo, es de reconocer que ninguna de estas críticas tiende a poner en duda la existencia misma de la institución, ni mucho menos se critica a la luz de las concepciones tradicionales sobre autonomía patrimonial o personalidad jurídica, sino que más bien se orientan a deficiencias técnicas de la institución, alabándose en términos generales su introducción dentro de nuestro marco jurídico.

Como detalle que nos parece de especial interés, a los efectos del presente trabajo, señalamos que en el aspecto propio de la personalidad jurídica nuestra legislación en la materia se aparte de las concepciones originales de Pisko quien, teniendo esto como uno de los aspectos más importantes, negaba el atributo de la personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada. Según Pisko, el atribuir la personalidad jurídica a la empresa significaría un acentuamiento extraordinario e inadecuado de la separación del patrimonio de su titular con respecto al de la empresa y no una simple separación de parte de su patrimonio para ser destinado a un fin.

"¿Cuáles son las razones de una tan radical aversión"? Se puede tratar de sintetizarlas como sigue:

1) Ante todo —según Pisko— el "velo" de la personalidad haría problemática la aplicación de ciertas normas de derecho y de policía industrial que afectan al comportamiento correcto, a la honestidad, a la habilidad del empresario, las cuales, en el caso de una empresa personificada, acaban por referirse a individuos que nada tienen que ver con el "empresario persona física" previsto por el legislador, al tratarse normalmente de órganos despersonalizados y anónimos de un "ente".

2) Con la atribución de la personalidad se acentuarían inoportunamente los propios contornos de la limitación de la responsabilidad, extendiendo su alcance más allá de su ámbito natural y por los que se refieren estrictamente".[16]

12. BRUNETTI, *op. cit.*, p.
13. Ver en igual sentido: OZORES, Renato, *La sociedad anónima*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 5, San José, Mayo 1965, pp. 195-237.
14. TORREALBA, *op. cit.*, p. 13-14.
15. CERTAD, *op. cit.*, p. 30.
16. GRISOLI, *op. cit.*, p. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, nuestro legislador, se mostró abiertamente decidido al reconocimiento de la personalidad jurídica a la empresa individual sin atender, percatándose o no para ello, las objeciones que Pisko había señalado. Ello merece algún comentario.

Por un lado, parece razonable la posición de Pisko en relación a su Proyecto de Empresa. El concebía su problema dentro del marco fundamental del patrimonio. Como se señaló anteriormente, su interés estaba orientado en principio a la búsqueda de una figura que permitiera al empresario individual la aplicación de normas que limitaran su responsabilidad, pero también, y fundamentalmente, el interés del jurista austriaco estaba orientado a resolver desde un punto de vista doctrinario, el problema de la indivisibilidad del patrimonio. A este problema había dado ya solución el Derecho alemán de finales del siglo pasado, a través de la creación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero referido a una forma social. Pisko estaba empeñado en lograr la aplicación de estos beneficios al empresario individual. Por ello, es lógico entender que dentro de la concepción de Pisko, el atributo de la personalidad a la empresa no solamente era un requisito no necesario, sino que de atribuírsele sacaría su institución de los límites en que él la concebía. Recordemos que este autor no estaba inmerso dentro de la problemática de buscar una solución al problema del uso irregular de las formas societarias en formas unitarias de socios, como sí lo estaba Carry o Vivante.

Por ello, un marco jurídico que brindara la posibilidad de separar parte del patrimonio individual para ser destinado a un fin específico y un grupo de normas que aseguraran la limitación del riesgo eran más que suficiente marco para su institución.

En contraposición a este antecedente, nuestros legisladores denotando, si es que se hizo conscientemente, una gran amplitud en los términos en que concibió la institución, ha ampliado, en nuestra opinión, el marco de su aplicación. Esto deviene, pensamos, en el hecho de que es evidente que nuestro legislador sí tuvo en mente, a la hora de crear la institución, el hecho de que podría con ello combatir el fenómeno del supuesto uso irregular de las sociedades de un solo socio, creado a través del uso de testaferros.

Además, es de señalar también, que con ello el legislador introduce una nota muy particular a la figura. Por un lado, es obvio que la empresa no es una sociedad al estar fuera del capítulo de las sociedades, y por otro, es evidente que la figura está impregnada de una base subjetiva indiscutible. Además, sin poder abstraerse de los antecedentes históricos que dieron origen a la institucion, la figura en nuestro Código implica una toma de posesión dentro de la polémica de la posibilidad de separar o no el patrimonio, por lo que importa también efectos de naturaleza real sumamente importantes.

Sin embargo, dentro de este concepto, la atribución de personalidad traspasa aparentemente, los límites naturales de la institución: recordemos que ya señalamos —en otra parte— que nuestro ordenamiento —en materia de personalidad— se muestra francamente abierto en favor de la teoría que atribuye la personalidad a todos los tipos de sociedades, debidamente inscritas. Opinamos nosotros que en este campo no pudo nuestro legislador abstraerse de esa influencia. Ahora, la dificultad de justificar el porqué solamente se admite la Empresa Individual y no el empleo de formas societarias originariamente unimembres, se está haciendo cada día más difícil. Más difícil es aún esta explicación en nuestro ordenamiento en donde, empezando por el aspecto de la personalidad, son enormes las semejanzas que contienen. En síntesis, opinamos que la manera en que nuestro legislador reguló la empresa individual, tiende, en buena hora opinamos nosotros, a abrir un tratamiento cada día más franco y abierto en favor de la sociedad unimembre. Por supuesto, no se ha producido en nuestro país una seria discusión doctrinal al respecto, pero creemos que el día que eso suceda, y en algo esperamos puedan contribuir estas notas, va a ser sumamente difícil mantener la opinión de que existen argumentos sólidos en nuestro ordenamiento para no admitir la posibilidad de constituir sociedades por parte de un único sujeto. Pero posterguemos este comentario para otro momento ulterior. Volvamos sobre el problema de la personalidad de la empresa individual. Como ya señalamos, uno de los aspectos vitales del proyecto de Pisko era la ausencia de personalidad para su figura. Señalamos también, la furibunda defensa que en ese sentido hizo, y, además, la enorme claridad con que se abocaba al problema, fundamentado, opinamos, en el hecho de que dentro de los supuestos en que la planteaba tenía, indudablemente, gran solidez.

Sin embargo, no parece que todo el movi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento doctrinal y legislativo que originó su proyecto tuviera exactamente la misma claridad sobre el problema. En efecto, dentro de los países que le han reconocido por la vía legislativa, tenemos por un lado a Costa Rica que le imputa abiertamente la personalidad y por el otro el Principado de Liechtenstein que, siguiendo en este aspecto fielmente el proyecto de Pisko, le niega la personalidad a la Empresa.

En el aspecto de doctrina, que es donde la institución parece haber sido mejor recibida, la situación no es distinta. Por un lado, nos encontramos el sector de la doctrina que niega el derecho a la Empresa de gozar de personalidad entre algunos autores están Wieland, Apeiser, Lebmann, Hachenbur, y, en especial, Pisko. Por otro, se encuentra una posición que tiene la particularidad de no tomar una posición abiertamente a favor de la personalidad jurídica en favor de la Empresa. Se limitan estas corrientes, plasmadas en algunos proyectos de América Latina, a decir que "Se crea una entidad jurídica", sin decir si goza o no de la personalidad jurídica: sin embargo se supone que ello implica un reconocimiento tácito o indirecto de la personalidad: esta posición se encuentra en juristas como Gómez del Junto —quien elaboró un Proyecto—; el brasileño Freitas, también el argentino Stratta y otro de Solá Cañizares, autor muy conocido en nuestro medio. El tercer grupo está formado por los que reconocen abiertamente la personalidad como atributo necesario para el correcto funcionamiento de la Empresa. Entre los defensores de esta tesis se encuentran el jurista suizo Róger Ischer, el argentino Michelson, Mario Rotondi en Italia y Lucrecia Maish von Humboldt, de nacionalidad peruana, redactora de un proyecto latinoamericano que ha tenido bastante acogida en gran parte de la doctrina del continente. En relación a este proceso evolutivo que se ha desarrollado en este campo es importante citar los motivos que en opinión de la autora Maish von Humboldt han motivado este proceso: "...no creyeron necesario el reconocimiento formal por el orden normativo de la personalidad jurídica de la empresa. Posición que se explica pues ellos fueron los primeros en ocuparse de la necesidad de conceder limitación de la responsabilidad al comerciante individual y naturalmente, la evolución de las ideas se desarrolló en forma gradual, sin pretender romper abruptamente con las concepciones tradicionales. Resulta explicable la posición del jurista austriaco —se refiere a Pisko quien seguramente por ser autor del primer Proyecto al respecto, no creyó conveniente otorgar dicho reconocimiento formal pese a que en toda su obra insiste en que el elemento pluripersonal no es el sustratum básico de la limitación de la responsabilidad (y por ende en nuestro concepto de la personalidad jurídica) que reside, de acuerdo con su tesis en la afectación de un patrimonio a un fin determinado. Fundamentando su teoría, este jurista expresa que si las mismas personas constituyen sociedades diversas, se crean patrimonios diferentes, por la diversidad de objetos a realizarse".[17]

A pesar de ser cierto en lo fundamental la tesis de la autora, al sugerir que lo que ha ocurrido con el proyecto es la evolución propia de toda institución jurídica, a la que por supuesto nosotros opinamos debe ser sensible el jurista, creemos que sin embargo se deja por fuera el aspecto quizá más importante. No menciona ni reconoce la autora las distintas necesidades para las que concibió Pisko su Proyecto en relación con la actual problemática del derecho de sociedades vinculada a las sociedades unimembres. No hemos dicho, ni lo vamos a decir, que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sea una sociedad. Sin embargo, ya hemos sugerido anteriormente, y lo reafirmamos ahora, que el proceso evolutivo que ha sufrido la figura ha ido haciendo cada día más tenues y estrechas las incompatibilidades que se han alegado entre la sociedad unimembre, en todas sus formas, y el concepto tradicional de sociedad. Si es posible para un sujeto físico separar parte de su patrimonio y destinarlo a un fin específico, si también se le reconoce la posibilidad de que emprenda el despliegue de una actividad económica limitando su responsabilidad y su riesgo a través de una persona jurídica distinta a la suya —como sirve para ambas cosas la empresa individual de responsabilidad— y, por otro lado, la tendencia a reconocer la legitimidad de las sociedades que están concentradas en la mano de un único accionista, es casi universal, con base en ¿qué argumento es posible negar la legitimidad y validez de las sociedades originariamente unipersonales?

17. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Empresa individual de responsabilidad limitada. Proyecto de ley tipo para América Latina*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Departamento Académico de Derecho Privado, 1970, p. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En realidad que no encontramos argumentos de seriedad suficientes para negar esa posibilidad. Falta, además, señalar el efectivo recibimiento que ha tenido la empresa individual de responsabilidad limitada. A pesar de que se señaló el hecho de que en América Latina existe una gran corriente doctrinaria en favor de su admisión, es lo cierto también que sólo tres países la han acogido. En nuestro país, a pesar de todas las justificaciones y motivaciones que se han dado en favor de su recepción, la realidad es que en el tráfico jurídico y económico, la institución es poco más que intrascendente.

Sobre la triste acogida que ha tenido esta figura en América Latina está la opinión de Grisoli: "Más asombrosa es, en cambio la constatación de que, en la adopción de esta significativa solución, también se ha quedado aislado el ejemplo de Liechtenstein no encontrando imitadores ni siquiera en la América Latina donde, atendiendo a la extensión que se ha dado a este punto en la importante literatura especializada, hubiera sido lícito esperar alguna experiencia legislativa en esta misma dirección". [18]

Todo lo anterior demuestra que, una vez más, las construcciones dogmáticas de los juristas no se ajustan a la realidad del tráfico mercantil. Con fundamento o no, resulta ser que, a pesar de que llena el espíritu de algunos juristas, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no ha sido suficientemente apetecible para desestimular el uso de las formas societarias unipersonales. La literatura jurídica más moderna sigue ocupándose, existiendo o no la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, del fenómeno societario relacionado con la tendencia de los sujetos de derecho, al uso de las formas sociales, valiéndose para ello de toda la gama posible de mecanismos: Sociedades simuladas, uso de testaferros, sociedades de comodidad, negocios indirectos, etc.

En nuestra opinión, el problema es que la solución buscada a través de esta institución está mal concebida. El problema que afronta el derecho societario debe ser resuelto precisamente en su campo, en sus fuentes y en sus regulaciones y no en campos y figuras ajenas a él. Debe ser a través de un replanteamiento de las concepciones mismas sobre el derecho de sociedades y aún del Derecho Mercantil, de donde podrá salir soluciones correctas para el problema de las sociedades unimembres. Pero, además, se requiere de juristas que sin perder su posición de orientadores de las relaciones sociales, estén abiertos y permeables a la realidad que ante ellos se desarrolla. El jurista debe ser además un interpretador de los fenómenos sociales, y, para ello, debe estar abstraído y no apresado por la fascinación de los conceptos y los dogmas.

El aporte de Pisko a las instituciones del Derecho Mercantil es infinitamente positivo. El intento de evolución que se ha querido desarrollar a partir de la figura que él concibió es válido en la búsqueda de solución a una serie de problemas del derecho de sociedades. Sin embargo, en nuestra opinión, padecen el problema de haber perdido de vista el derecho como elemento social y que tiene —en no pocos casos y como paradoja— una línea distinta de la que trazan los juristas. Difícilmente existe otro autor de Derecho Mercantil de habla española que tenga una concepción tan aguda y desarrollada sobre el papel del Derecho y de los abogados como el maestro Joaquín Garríguez; "En el campo, cada día más extenso, de la sociedad anónima, he preferido alejarme de la seca construcción jurídica para elegir un tema de amplias perspectivas, de visión panorámica del ordenamiento jurídico de la sociedad anónima, estudiando el Derecho vivo en vez del Derecho inerte, literalizado en los Códigos. Para esta preferencia he atendido a dos razones principales: primeramente, la de reconocer que en el Derecho de Sociedades Mercantiles, el subsuelo económico está más cerca de la superficie que en ningún otro sector jurídico (Lasting decía que el contrato de sociedad pertenece, en primera línea, a la Economía y no al Derecho). No conviene sin embargo, exagerar la preponderancia económica de la legislación de sociedades confundiendo el aspecto económico con el jurídico, porque el objeto de la ciencia jurídica son siempre las normas y no las leyes económicas y naturales. Para el jurista el punto dominante ha de ser esencialmente jurídico, aún cuando huya del puro dogmatismo y de las construcciones abstractas predeterminadas por la solución que se busca". [19]

También en relación a un problema dentro del Derecho Mercantil, análogo al de las sociedades unipersonales, en cierto sentido al menos, opinaba

18. GRISOLI, *op. cit.*, p. 36.

19. GARRIGUEZ, Joaquín, *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil, Escritos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 20.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el maestro Garríguez: "Y pensé entonces, en este tema que hoy voy a desarrollar ante ustedes, 'Los Sindicatos de Accionistas' como uno de esos temas marginales que viven o acampaban fuera de la ley, pero que gozan al propio tiempo, de un gran prestigio y de una gran atracción entre los hombres de negocios. Prestigio que, por cierto, corre parejas con el desprestigio que este mismo tema tiene en los libros y en las monografías de Derecho Mercantil.

Porque, en efecto, mientras los mercantilistas dedican muchas páginas a denigrar los sindicatos de accionistas, los hombres de negocios, por el contrario, indiferentes o despectivos hacia la doctrina se pasan la vida tejiendo pactos de sindicación de acciones".[20]

Los párrafos citados traslucen claramente el problema planteado a los juristas que operan del todo alejados de la realidad social.

En el tema de las sociedades unimembres se ha dado una situación, en nuestra opinión, muy particular. Por un lado la realidad viva del Derecho impone ya desde hace mucho tiempo la presencia evidente de las formas societarias unimembres, y, por otro, la construcción dogmática elaborada alrededor de las sociedades ha sufrido ya bastantes embates como para que, aún dentro de ese único contexto, se entre en una exhaustiva revisión de conceptos.

Parece oportuno en relación al tema planteado, hacer una revisión del tratamiento que se le ha dado en el derecho comparado de algunos países en relación con categorías, que si bien son en todos casos figuras unimembres, responden también a particularidades específicas que ameritan un tratamiento, en el presente trabajo, técnicamente separado; y lo que es más importante, el tratamiento jurisprudencial y legislativo que han recibido estas categorías ameritan su diferenciación.

En la introducción que hace Grisoli a su obra, ya tantas veces citada y que lo va a ser obligatoriamente en el resto de esta parte del trabajo, uno de los problemas que se tiene al tratar el aspecto de las sociedades unimembres es de tratar el fenómeno sin distinciones internas de ninguna naturaleza, lo que no ha generado un tratamiento doctrinario verdaderamente sistemático. Grisoli, después de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, legislación y doctrina de una veintena de países —labor que por cierto le tomó cerca de un quinquenio— llega a la conclusión de que son tres fundamentalmente las categorías en que debe analizarse el problema de las sociedades con un solo socio: "De acuerdo con las consideraciones anteriores, me ha parecido oportuno escoger como hipótesis base para el estudio global de las sociedades unipersonales las tres situaciones siguientes:

a) Sociedades con un solo socio en el momento de la constitución (sociedades originariamente unipersonales).
b) Sociedades preordenadas a un solo socio.
c) Sociedades reducidas a un solo socio".[21]

Sin embargo, en nuestra opinión, e incluso la del mismo Grisoli quien al final del libro duda de la validez de su clasificación, creemos que las hipótesis b) y c) responden a una unidad de supuestos por lo que no ameritan ser tratados como categorías distintas por lo que reduciremos el problema a solamente las hipótesis de sociedades originariamente unipersonales y a las constituidas originariamente bajo una pluralidad de socios pero que han quedado reducidas a sociedades unimembres, sin importar, para efecto de la clasificación al menos, si estaban predeterminadas en su existencia a ser unimembres.

A. Sociedades reducidas o preordenadas a un solo socio.

Trata esta categoría, como ya se adelantó, de aquellas sociedades que, habiéndose constituido bajo una forma que podríamos llamar normal, es decir bajo pluralidad o bilateralidad de socios, llegan en un momento posterior a su génesis a convertirse en sociedades cuya totalidad de acciones pertenecen a un solo socio. Como también ya se insinuó, podría hablarse dentro de esta misma categoría de dos fenómenos distintos. Por un lado, el de aquellas sociedades que desde el mismo momento de constitución o nacimiento estaban ya predestinadas a ser unimembres en virtud de estar prevista tal situación, y por otro, se podría hablar de las sociedades que, por obra casual de su funcionamiento, llega a estar la totalidad del paquete de acciones en manos de un único socio, sin que ello

20. GARRIGUEZ, Joaquín, *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1978, p. 16.

21. GRISOLI, *op. cit.*, p. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se obtuviera como producto de una intención previa en tal sentido.

"El fenómeno, prácticamente inevitable, de la concentración de todas las acciones en la mano de una sola persona, ha producido aquel otro, bajo algunos aspectos patológicos, en virtud del cual un accionista consigue el ejercicio de la empresa en su propio interés con el importante beneficio de reducir su responsabilidad a los límites del patrimonio de la sociedad. El fenómeno es natural porque, sino se puede formar una sociedad con una sola persona, la adquisición del paquete de acciones por un solo accionista es absolutamente legítimo y está legitimada por la naturaleza negociable del título-acción, por lo que incluso continuando el patrimonio propiedad de la persona jurídica, pasa éste, de facto, a la incontrolada señoría del accionista. A las objeciones de los que consideran ilícita tal situación, que, en su opinión el legislador debía haber eliminado positivamente, se ha contestado que, por un lado, está siempre permitido conseguir el fin de la responsabilidad limitada personal cuando se utiliza uno de los esquemas establecidos por la ley y, por otro lado, que la sociedad responde siempre con todos sus bienes, por lo que está fuera de lugar alegar la prohibición de limitar la responsabilidad en forma distinta de la del patrimonio".[22]

Dentro del ámbito de las sociedades reducidas o preordenadas con un solo socio, merece un repaso, el campo del derecho comparado, tendiente a obtener algunas de las posiciones que han mantenido en los distintos ordenamientos, en relación con el tema en estudio. Como ya lo dijimos, trataremos la categoría al interno, sin establecer ninguna diferenciación, basados en el hecho ya señalado, de que no amerita tal distinción. Los dos grandes bloques en que se han dividido las posiciones en relación con las sociedades unimembres, después de su constitución, están guiados por un lado, por los que no aceptan ni reconocen el fenómeno como legítimo, y por otro, los sistemas que reconocen abiertamente las sociedades unimembres.

Dentro de los países que mantienen la primera posición, sea el rechazo de las sociedades reducidas o preordenadas a un solo socio, merece una especial atención la posición mantenida por Francia. Se basa este sistema en un riguroso rechazo a las sociedades reducidas a un solo socio, aplicando para ello el régimen de la nulidad a las sociedades cuyas acciones han llegado a pertenecer a un único accionista. El origen normativo para la aplicación de tal régimen, se basa en la más tradicional posición de ver en el origen de la sociedad un contrato cuya pluralidad de miembros, debe ser mantenida aún en un momento posterior a su génesis.

En ello se ha basado toda una gran construcción jurisprudencial y legislativa que sanciona de manera rigurosa el fenómeno de las sociedades unipersonales en Francia. "De este modo se condena en Francia la Sociedad de un solo hombre, admitida en ciertos países extranjeros. Tal es el caso de Inglaterra (One man company) y de Alemania (Finmanngesellschargt). Pero la misma no se concilia con la concepción francesa de la unidad del patrimonio, pues reposa esencialmente sobre la idea del patrimonio afectación (núm. 590). Según la ley francesa, la reunión de todas las partes o de todas las acciones en manos de un solo socio comporta de pleno derecho la disolución de la sociedad (núm. 1425)".[23] Este tipo de solución planteada por el Derecho francés constituye, sin lugar a duda, una de las soluciones típicas al problema de las sociedades unimembres. Es de aclarar, sin embargo, que con la última reforma legislativa del año 1966, en materia de Derecho societario, la posición anteriormente señalada ha variado notoriamente. La rigurosidad de la sanción incidió de seguro en la toma de una posición que, si bien mantiene reminicencias del sistema anterior, representa una variación importante en el régimen. Los problemas que originó la posición tradicional fueron muchos; la posición implicaba, necesariamente, que, en aras de la protección del contrato como figura, se crearan serios perjuicios y problemas en relación con los terceros que se relacionaban con una sociedad que después era declarada nula. Es claro que los problemas que generaban una posición así, en relación a estos terceros, eran de suma gravedad. "Aún manteniéndose que una sociedad anónima debe tener, cuando menos siete socios, y que la disminución del número de socios puede llevar a la disolución de la sociedad a petición de cualquier interesado si la pluralidad no

22. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 171.

23. RIPERT, George, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, Traducción de la 2a. Edición, Tomo II, 1954, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

es restablecida en el plazo de un año, la nueva ley se aleja sensiblemente del régimen antiguo".[24]

Como se nota, el sistema se diferencia del anterior en que, podemos decir, se da una especie de reconocimiento indirecto o condicionado de las sociedades cuya pluralidad de socios inicial haya decaído. A diferencia de la posición anterior del sistema en que podía incluso llegar a producirse una nulidad "ipso iure", el sistema actual francés, aunque colocable dentro del de los que no admiten como fenómeno normal el de las sociedades unimembres, se atenúa profundamente en el artículo noveno de la ley de sociedades en donde se señala expresamente que la concentración de las acciones en manos de un solo socio no produce la disolución de "plein Droit de la société", aunque cualquier interesado podría pedir la disolución de la sociedad si no recobra su pluralidad de socios en el término de un año. Se nota que se cambia la posición clásica presente en la opinión de Ripert, anteriormente señalada, por una de mayor tutela de los intereses de terceros que podrían verse afectados por la caída de la pluralidad de socios. Es de comentar, sin embargo, que en el fondo, no deja de existir repudio a la sociedad unimembre, ya que, si bien es una variación de la tradicional, tampoco se puede considerar implícito un reconocimiento abierto del fenómeno en cuestión.

Como un comentario adicional a la posición francesa es de señalar que, a pesar de la rigurosidad con que se trataban las sociedades unimembres, basado en las más puras concepciones clásicas sobre el patrimonio y la sociedad, no había inconvenientes en el Derecho francés para aceptar, sin ningún reparo, la excepción al principio en materia de sociedades anónimas controladas o creadas sin pluralidad de socios, por parte del Estado: "Es preciso, sin embargo, observar que algunas sociedades nacionalizadas han sido mantenidas bajo la forma de sociedad, a pesar de que el Estado ha reunido en sus manos todas las acciones".[25]

Merece también un comentario el hecho de que, dentro del Derecho francés, el fenómeno de las sociedades unimembres se encuentra subsumido en uno más comprensivo cual es el fenómeno del abuso de las formas sociales. Podríamos decir que es en este campo en donde se encuentra mayores aciertos en el Derecho francés, producto de una muy fructífera labor jurisprudencial que plasmó en un recibimiento legislativo. Nos referimos a la teoría del "socio tirano", desarrollada por la jurisprudencia y recogida posteriormente en una reforma legislativa, según la cual puede ser declarado en quiebra el socio que, parapetado detrás del escudo de la personalidad, haya desplegado una actividad económica a la par de la sociedad, sin establecer una diferencia entre su persona y la de la sociedad y confundiendo su patrimonio con el de la sociedad sin ningún control ni límite.

Señalaremos solamente, que, ubicada la posición francesa dentro de los sistemas que rechazan la admisibilidad de las sociedades unimembres, se ha pasado en este país de una posición abierta de rechazo, declarando para ello la nulidad de la sociedad, fundada en la concepción clásica del contrato de sociedad, con graves problemas en relación con los terceros relacionados con el ente, a una posición que, aunque siempre implica una no aceptación del fenómeno de la unimembricidad, se ha transformado en una posición de mayor "tolerancia" dentro de la cual la disolución es el mecanismo por medio del cual se puede atacar una sociedad unimembre; pero sólo es posible ello con base en una solicitud de un tercero cuando haya decaído la pluralidad; además, y a pesar de la rigidez de la posición, no ha habido obstáculo para legitimar, por la vía de la excepción, las sociedades unimembres en las que el Estado aparezca como único socio. También, la personalidad jurídica, es en el campo del abuso societario donde las soluciones que, tanto la jurisprudencia como la legislación francesa han construido con mayor acierto, opiniones más razonables que las propuestas al problema de las sociedades unimembres.

Se encuentra también, dentro de la categoría de los sistemas que rechazan abiertamente la existencia de las sociedades unimembres, el sistema mexicano. Este ordenamiento, a diferencia del sistema francés que en sus posiciones iniciales aplicaba la nulidad del contrato, sanciona con la disolución y liquidación la sociedad que haya perdido la pluralidad de socios. Por ello la sanción, dentro de su perspectiva, no puede ser el de la nulidad. Sin embargo, dentro de una valoración específica

24. GRISOLI, *op. cit.*, p. 143.

25. RIPERT, *op. cit.*, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de desaliento y rechazo a la sociedad unimembre, sancionan con la liquidación y disolución la sociedad a la que la pluralidad de socios le sea ajena: "En la etapa de funcionamiento, la pluralidad de socios no es esencial, por lo tanto, no da lugar a la nulidad, sino que sólo es causa de la liquidación ente".[26] Es decir, que a pesar de que dentro del ordenamiento mexicano se considera el acto constitutivo de la sociedad como un contrato con pluralidad de sujetos, dentro de su valoración, esta pluralidad es sólo un elemento indispensable para la génesis de la sociedad pero no para la etapa de funcionamiento.

Pero, y en esto si existe cierta semejanza con el sistema francés, después de la reforma del año 66, la sanción específica es la disolución y liquidación de la sociedad. Pero con varias particularidades. Por un lado la sanción es irremediable, y no optativa como en el derecho francés, y, por otro, no es a terceros a quienes corresponde pedir la disolución de manera exclusiva, sino que corresponde también ese derecho, y más que derecho como obligación, a los órganos sociales: "Normalmente, la presencia de un solo socio acarrea la disolución y liquidación del ente, que es el procedimiento que regula nuestro derecho de sociedades como sanción para que casos como éste y otros similares, según se desprende del Código Civil, artículos 2691 y 2696; LGSM, artículo segundo, párrafos segundo y tercero, 50 fracción III, en relación con los 230 y 239, fracción IV: LSC (Ley de Sociedades Cooperativas), artículo 46 fracción II: sin que se aplique el sistema de nulidades que rige para los contratos de cambio artículos 2225 y siguientes".[27]

Tenemos, además, dentro del sistema mexicano, el hecho de que "La disolución de la sociedad unimembre no opera de pleno derecho. La facultad de solicitarla judicial o extrajudicialmente, corresponde a los órganos sociales y a cualquier tercero interesado. A partir del acuerdo de disolución o de que se compruebe, por cualquier medio, la causa de ella, la sociedad no debe realizar nuevas actividades. Si lo hiciera, los administradores que hubieran intervenido responderán solidariamente por las operaciones efectuadas".[28]

Dentro de la modalidad que al inicio llamamos sociedades preordenadas a un solo socio, tenemos que dentro del sistema mexicano se regula con alguna particularidad. Los beneficios propios de la personalidad jurídica de la sociedad, se ven disminuidos, o mejor dicho perdidos del todo, cuando se logra demostrar que el único socio constituyó o adquirió todas las acciones sociales con el único objetivo de limitar su responsabilidad, generándose con ello una responsabilidad personal del socio único. Esta es una franca asimilación del sistema mexicano a la teoría de la unicidad e indivisibilidad del patrimonio en nuestra opinión francamente superada.[29]

Baste señalar, a manera de resumen, que el sistema mexicano se basa también en el rechazo de las formas societarias unimembres. Sin embargo, al no considerar que el funcionamiento de la sociedad permanece vinculado al contrato que dio origen a la sociedad, la pérdida de la pluralidad de socios no es motivo de nulidad de la sociedad. Pero no por ello se admite el fenómeno ya que, aunque por vías y supuestos distintos a los del sistema francés tradicional, y aún al nuevo, se rechaza las sociedades unimembres, sancionándolas con la disolución y liquidación de la sociedad, la cual debe ser obligatoriamente pedida por los órganos sociales y potestativamente por terceros. No sobra el decir que algún sector importante de la doctrina mexicana opina que es la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada el medio por el cual se puede dar solución al problema de las sociedades unimembres; "Debe reglamentarse la empresa individual de responsabilidad limitada para dar solución adecuada a los problemas y a los intereses que juegan y se plantean en torno a las llamadas sociedades unimembres".[30]

Baste con señalar, en este rápido y no exhaustivo análisis de ordenamientos, la posición mantenida por el derecho salvadoreño[31] y peruano[32]

---

26. BARRERA, *op. cit.*, p. 35.
27. BARRERA, *op. cit.*, p. 319.
28. BARRERA, *op. cit.*, p. 335.
29. Ibíd.
30. BARRERA, *op. cit.*, p. 336.
31. GONZALEZ, Claudio, *La sociedad anónima en Centroamérica*, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1965, p. 82.
32. MAISCH, *op. cit.*, p. 167.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que, considerando la concentración de las acciones en manos de un único socio como un fenómeno eventualmente temporal pero claramente anormal, sancionan con la disolución de las sociedades que no hayan logrado llegar a la pluralidad de socios en un término de seis meses.

Por otro lado se encuentra el sistema hondureño —posiblemente seguidor de la legislación mexicana— y el colombiano,[33] que no admiten la posibilidad de que la pluralidad de socios pueda llegar a obtenerse, sancionando con la disolución inmediata a la sociedad cuyas acciones llegan a estar en manos de un único socio.

Trataremos ahora la situación que se da en los sistemas en los que se admiten o aceptan las sociedades unipersonales, distinguiéndose entre estos, aquellos sistemas en que, admitiéndose el fenómeno, existen importantes modificaciones en relación con la limitación de responsabilidad del socio único, y, aquellos en que se admite las sociedades de un sólo socio sin que ello implique una modificación en el régimen normal de la responsabilidad del socio o de los socios de la sociedad.

Dentro del primer grupo se encuentra el Derecho italiano. La posición en términos generales, se puede encontrar ya en un considerando de una sentencia, por cierto nada reciente, que Grisoli [34] señala de la siguiente manera: "Es una secuencia axiomática del principio de la autonomía de la sociedad unipersonal, que el Tribunal de Casación italiano ha sostenido desde tiempo. Un considerando del lejano 1934 afirmaba, en efecto, explícitamente que: . . .Cualquiera que sea la persona a quién corresponda la disponibilidad del paquete de acciones, aún cuando la totalidad de las acciones pertenezcan a una sola persona, la personalidad jurídica de la sociedad sigue siendo autónoma y distinta de la de los socios: de donde que las disposiciones que por taxativa voluntad de la ley, deben ser observadas por la sociedad, en cuanto afectan a la buena fe de los terceros, a la forma y al contenido de los actos patrimoniales, no pueden ser discutidas. . .".

La tesis sostenida reiteradamente por la jurisprudencia italiana, se basaba en dos fundamentos. Por un lado la concepción de que la pluralidad de socios no era un requisito de validez para la existencia misma de la sociedad —recordamos nosotros que esta posición es totalmente distinta a la mantenida por la jurisprudencia francesa en sus oposiciones originales—, y por otro, el hecho de que la pérdida de la pluralidad de socios no estaba considerada expresamente como una de las causas de disolución de las sociedades.

Además, en palabras de Messineo: "Por otra parte, se ha considerado que, puesto que la sociedad por acciones adquiere la personalidad jurídica y la autonomía patrimonial perfecta, por efecto de la inscripción del registro y también en vista de la ya existente pluralidad de los socios, no es oportuno hacérsela perder cuando llegue a falta de pluralidad, incluso porque, en el caso concreto, la pluralidad puede resurgir de un momento a otro; en defecto, basta que el accionista único enajene también parte de las acciones para que se tenga dualidad o pluralidad de socios: lo cual es necesario y suficiente para que no deba hablarse de accionista único".[35]

Además de lo anterior, es de mencionar que, dentro de las concepciones más o menos aceptadas por la doctrina italiana, está la tesis de que no existe un riesgo adicional para los terceros vinculados de alguna manera con la sociedad unimembre. La garantía en el correcto manejo patrimonial de la sociedad no debía encontrarse en la cantidad de socios que tenga la sociedad, sino que es en las normas generales sobre sociedades en la materia: "Es cierto, observaba Ascarelli, que si la concentración de las acciones en una sola mano no compromete la permanencia de la sociedad, este único accionista acaba de hallarse en una posición análoga a la de quien ejerce el comercio bajo responsabilidad limitada. Por esto, precisamente en cuanto exista una anónima y en cuanto sean aplicadas las normas que regulan la vida de una sociedad anónima, es en estas normas donde los terceros encuentran su garantía, que no es distinta de la que consiguen cuando la anónima, en lugar de tener un solo accionista, tiene ciento".[36]

Sin embargo, es de decir que, a pesar de la aceptación explícita que se le ha dado en Italia a las sociedades unimembres, se da una particular

---

33. GRISOLI, *op. cit.*, p. 137.
34. GRISOLI, *op. cit.*, p. 351.
35. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, Buenos Aires, Tomo V, p. 385.
36. ASCARELLI, citado por BRUNETTI, *op. cit.*, p. 171.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

situación cuando la sociedad de un solo socio se encuentra en estado de quiebra.

De lo anterior podemos decir que, estando la sociedad en un normal cumplimiento de sus obligaciones sociales frente a sus terceros contratantes, era precisamente en el patrimonio social en donde se encuentra la seguridad para el cumplimiento de las obligaciones. Inicialmente se pensó que era sobre una consideración de los elementos esenciales del contrato que daba origen a la sociedad en donde se podía encontrar el derrumbamiento de la sociedad unimembre. Para ello se podría alegar la nulidad del contrato por simulación, por fraude de ley y por falta de causa. Tenemos que adelantar que no fue por esta vía por la que se orientó el Derecho italiano. Por supuesto que no podía haberlo hecho, partiendo, como ya se señaló, de un reconocimiento explícito de las sociedades con un solo socio.

Más bien fue en el régimen de la responsabilidad y de la autonomía patrimonial en donde tuvo modificaciones importantes la admisión de las sociedades unimembres. En efecto, mientras la sociedad esté funcionando con toda normalidad, no existe ninguna modificación en el régimen de la responsabilidad y la autonomía patrimonial. Es indiferente para los terceros, fundamentalmente los acreedores, la cantidad de socios que tenga la sociedad si sus intereses no están siendo afectados. Sin embargo, dentro de la concepción italiana que orienta este aspecto, si la sociedad se pone en una situación anormal en el cumplimiento de sus obligaciones, sí tenía que alterarse de alguna manera la responsabilidad patrimonial de la sociedad: "Así se explica la excepcional disposición del artículo 2362, por el que, 'en caso de insolvencia de la sociedad, por las obligaciones sociales nacidas durante el período en que las acciones pertenecían a una sola persona, ésta responde ilimitadamente' . Toda otra solución que se hubiera adoptado —se refiere el autor a la posibilidad de atacar la sociedad por simulación, nulidad, falta de causa, etc., que ya mencionamos anteriormente—, habría acabado por violentar el ordenamiento de la sociedad por acciones. No cabe ilusionarse, no se trata de una solución ideal, pero, después de todo, a la ley no se le puede pedir demasiado".[37]

Nos parece a nosotros que esta posición del Derecho italiano se presenta en algo contradictoria; la solución adoptada parece contradecir todos los supuestos que se acogen para la admisión de la figura; por otro lado parece también que la disposición en cuestión no deja de tener una buena dosis de inocencia: "El Código Civil italiano de 1942 se encaró con el problema de la sociedad de un solo hombre y dictó un precepto que teóricamente es irreprochable, pero que prácticamente era absolutamente ineficaz. . . Se ha querido cortar el abuso que consiste en sustituir la responsabilidad ilimitada por una responsabilidad limitada, mediante el cómodo sistema de convertirse en accionista único de una sociedad anónima. Pero el legislador italiano no cayó en la cuenta de que basta con poner a nombre de uno o de dos amigos alguna acción para poder eludir automáticamente la aplicación de este artículo. El precepto es, pues, absolutamente inoperante".[38] Excepción hecha de las variaciones en el régimen de la responsabilidad, anteriormente señalado, solo sobra decir que el Derecho italiano maneja con gran naturalidad y legitimidad cualquier paso tendiente a la adquisición de la totalidad del paquete de acciones y, consecuentemente, a convertir a la sociedad en unimembre; por ello, en relación con la adquisición de la totalidad de las acciones a través de la compra del paquete, opina Messineo que "La sociedad no pierde la propia individualidad (ni la propia personalidad jurídica), por el hecho de que sea uno solo el socio: la individualidad de la sociedad desaparece únicamente, mediante la extinción de la sociedad: y evidentemente, aquí, la sociedad no desaparece por el solo hecho que puede también ser transitorio de la titularidad de todas las acciones de la sociedad, concentrada en un accionista único".[39] Esto no hace más que poner en evidencia que se orienta el sistema italiano sobre la base de un profundo respeto, por lo menos como norma general, del concepto de personalidad jurídica.

Sobre esta línea de los ordenamientos que toleran las sociedades unimembres, y en una concepción en algo parecida a la italiana, se encuentra el sistema inglés. Dentro de la legislación inglesa, en efecto, se requiere de siete socios para la constitución de una "public company" y de por lo

37. ASCARELLI, citado por BRUNETTI, *op. cit.*, p. 175.

38. GARRIGUEZ, Joaquín, *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil, Escritos, Lecciones y Conferencias.* Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 167.

39. MESSINEO, *op. cit.*, p. 345.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

menos dos, para la de una "private company". Se requiere la pluralidad de socios para el normal funcionamiento de la sociedad, sin embargo, en el caso de una "private compay", la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal, no acarrea la disolución automática de la sociedad: "Según la sec, 31 de la Companies Act., en efecto, si el número mínimo de socios se reduce por debajo de los mínimos antes indicados y la sociedad continúa sus actividades propias durante al menos seis meses, con un número reducido de socios, cada uno de éstos que sea consciente de la situación y que sea todavía socio al transcurrir los seis meses es personalmente responsable de las deudas de la sociedad contraídas en el período de tiempo siguiente a la desaparición del número mínimo".[40]

Accesoriamente al anterior principio existe la posibilidad para los socios, supérstites de una sociedad con un número de socios menor al mínimo legal, de pedir la disolución de la sociedad con base en ese hecho.

Es evidente que la semejanza entre el sistema italiano y el inglés se fundamenta en el hecho de proyectar algún tipo adicional de responsabilidad patrimonial sobre los socios. Sin embargo, es también evidente que los supuestos para esa proyección son realmente disímiles. Para el derecho inglés no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia único supuesto para que, en el Derecho italiano, se proyecte responsabilidad sobre el único socio.

Como bloque de ordenamientos que gozan de una serie de características en común se encuentran los sistemas americanos, alemán y suizo.

Estos tienen la base común de un amplio reconocimiento de las sociedades unipersonales, con la especialidad de no agravar en ninguna forma la responsabilidad del único socio bajo ningún supuesto de hecho. No existen presunciones, en ninguno de estos sistemas, tendientes a opinar sobre el hecho de que exista en una sociedad unimembre un riesgo evidentemente mayor que en las que tienen pluralidad de socios, para el uso abusivo de las formas societarias.

Merece aclararse la posición del derecho suizo. Efectivamente en este sistema existe la posibilidad de pedir la disolución de una sociedad que haya quedado reducida a un único socio. Sin embargo, los supuestos bajo los cuales ello puede operar son tan limitados que las posibilidades de que ello ocurra son realmente remotas. La posibilidad de pedir la disolución de una sociedad que se ha ubicado en el supuesto anterior, está circunscrito al socio supérstite y a los acreedores. Se excluye, por tanto, la posibilidad de una disolución automática, ya que, como se nota, es puramente potestativa. Como segundo punto, existe la obligación del juez de dar un plazo para el establecimiento, o mejor dicho, el restablecimiento a la normalidad numérica de los socios, por lo que el socio único evitaría la declaratoria de disolución con solo presentar, aunque sea un testaferro, a otro socio. Además de lo anterior, nunca se ha dado a nivel jurisprudencial, ninguna repulsión al uso de testaferro ni al uso de sociedad de favor. Por ello es que opinamos, con Grisoli, que el Derecho suizo es ubicable dentro del grupo de los ordenamientos que aceptan las sociedades unimembres, atendiendo para ello a criterios más reales que exegéticos.

Como ya se adelantó, el derecho de estos tres países se caracteriza por un amplio reconocimiento de las sociedades unipersonales, y, como consecuencia de ello, existe un amplio reconocimiento a todas las figuras obligatoriamente accesorias al fenómeno. Nos referimos a un amplio reconocimiento también del uso de testaferros y de la imposibilidad de atacar las sociedades que han sido preordenadas a un solo socio a través de los caminos de la simulación. De ello es fiel reflejo la siguiente jurisprudencia: ". . .Si una sociedad de responsabilidad limitada es constituida por dos intermediarios, que actúan por uno e idéntico tercero, pero ha sido inscrita en el registro mercantil, no puede ser disuelta de oficio, no importando, a este fin, que se trate de una constitución simulada o de una constitución mediante personas complacientes que hayan actuado en el exclusivo interés del tercero. Una sociedad preordenada a un solo socio, debe distinguirse claramente de una sociedad de favor: en efecto no puede decirse que falta la voluntad de los socios, al contrario, el evento (esto es, la creación de la sociedad) es realmente querido. Por otra parte, después de la inscripción aún simulada, la sociedad no podría ya ser eliminada del registro. En virtud del art. 75 de la ley sobre Gm y bH (22) las causas de nulidad de la sociedad están indicadas de manera taxativa:

40. GRISOLI, *op. cit.*, p. 167.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

entre ellas no está comprendida la nulidad derivada de la simulación".[41]

Así tenemos que mientras en otros ordenamientos, como el inglés y el italiano, la preocupación ha sido la de agravar la responsabilidad de los que se quieran valer del uso de sociedades unimembres, presumiendo para ello la posibilidad de un uso más complaciente en el empleo de la forma societaria para usos distintos a los tutelados por el ordenamiento, la tendencia en el derecho alemán, suizo y americano ha sido la de —a través de elaboraciones fundamentalmente jurisprudenciales— ir construyendo la opinión de que sólo en aquellos casos en que las formas societarias estén siendo utilizadas de manera francamente irregulares se puede proyectar responsabilidad social sobre la persona del socio único. En esta corriente de pensamiento, el socio unimembre puede ser acreedor de responsabilidad personal no por el hecho de ser accionista único, como en los sistemas comentados, sino por el hecho de que en vista de su posición, y de la utilización de la apariencia societaria, desvía la sociedad hacia la obtención de sus objetivos.

Por ello podemos decir que la orientación de estos tres países en materia de sociedades unimembres, se encuentra subsumida en una problemática aún mayor como lo es el de la utilización irregular de la personalidad jurídica propia de las sociedades comerciales. Por eso es que no dan un tratamiento específico al problema de las sociedades unimembres, entendiéndose por específico un tratamiento especial o distinto a las sociedades con un solo socio. Por el contrario, ellas son consideradas de la manera más amplia como una manifestación más del derecho de sociedades sin ser estimados como una fase de anormalidad.

Dentro de estas concepciones, es el criterio del predominio de la realidad —fundamentalmente económica— sobre la apariencia lo que ha dado como resultado la construcción de una serie de posiciones que solventan, con matices muy particulares, toda la problemática del uso anómalo de Derecho Societario, dentro del cual, como ya se dijo, el problema de las sociedades unimembres es apenas un capítulo.

En nuestra opinión, es más correcta la salida que estos países han dado al problema. La utilización de esquemas rígidos e inflexibles, tal como el usado por el Derecho italiano, dejan abierta la posibilidad de que formalmente se esté dentro del marco de la legalidad, cuando la realidad de trasfondo opina lo contrario.

Parece imprescindible señalar, sin embargo, antes de terminar con estas consideraciones sobre las sociedades preordenadas o reducidas a un solo socio que, de manera franca y abierta, el Derecho costarricense se muestra receptivo a la existencia de las sociedades bajo esas características.

Ello se desprende del artículo 202 de nuestro Código de Comercio, que al efecto dispone que no será motivo de disolución el hecho de que todas las acciones lleguen a estar en manos de un único socio. Esta disposición tiene la especial importancia de eliminar toda duda sobre la posición de nuestro ordenamiento respecto al problema. Podría pensarse que al no estar considerada la concentración de las acciones en un único socio como causa explícita de disolución, sería ello suficiente para opinar que nuestro sistema se orienta bajo el reconocimiento de las sociedades unimembres. Ello podría ser cierto. Sin embargo, opinamos que, como ha ocurrido en los países en los que no existe una norma parecida a nuestro artículo 202, ello podría prestarse para duda y para una desviada interpretación jurisprudencial sobre la orientación de nuestro ordenamiento. Por ello es que denotamos como de especial interés la norma comentada, al no dejar ningún margen de duda sobre la posición de nuestro sistema al respecto.

También señalaremos que, en idéntica orientación al Derecho americano, alemán y suizo, nuestro país se orienta bajo la tesis de que no procede por lo menos en el plano legislativo y creemos que tampoco en el jurisprudencial una agravación de la responsabilidad del único socio.

Como ya lo comentamos al tratar la parte introductoria de este capítulo, no podría nuestro ordenamiento seguir una posición distinta en presencia de una figura, como la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que permite, a su único titular, el beneficio de la responsabilidad limitada en el despliegue de una actividad económica. Es decir, que no se justificaría —desde ningún punto de vista— el que al titular de una empresa individual se le limitara la responsabilidad y que a un sujeto en condición de socio único se le imputara una responsabilidad agravada,

41. GRISOLI, *op. cit.*, p. 307.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

encontrándose en una posición que nosotros opinamos como semejante.

Creemos por tanto nuestro sistema ha dado un paso muy importante en tal sentido ajustándose, de manera ostensible, a una realidad cada día más evidente en el mundo del Derecho de sociedades como lo es el reconocimiento expreso de las sociedades unimembres.

B. Sociedades constituidas por un solo socio.

Y entramos para finalizar en la presente sección en el tema —apasionante para los autores— de las sociedades originariamente unimembres, o sea, las sociedades constituidas por un solo sujeto. "La renuncia a imponer una pluralidad de socios en el momento de la constitución de una sociedad por acciones de tipo tradicional, constituye, sin duda, un dato nuevo y muy significativo en el conjunto de las investigaciones dirigidas a afrontar de una manera sistemática el problema de las sociedades con un solo socio y a definir, de una manera satisfactoria, su regulación".[42]

Lo primero que habría que decir, es que, si todavía no especifica la doctrina en el campo de la admisión de las sociedades preordenadas o reducidas a un solo socio y menos aún en el de los distintos ordenamientos, menos lo es en la posibilidad de admitir el fenómeno de las sociedades unimembres desde el mismo momento de constitución. A pesar de que podríamos decir que no son del todo recientes —ya que en 1925 el Principado de Liechtenstein ya había admitido tal posibilidad— el avance de la posición ha sido lento. Sin embargo, es nuestra opinión que hacia tal punto girará en el futuro próximo el Derecho de sociedades de doctrina y el Derecho Comparado.

Es curioso señalar que si bien hay países que aceptan el fenómeno de la concentración del total de las acciones en manos de un único socio, en la mayoría de ellos existe todavía una gran renuencia hacia la posibilidad de extender ese fenómeno al momento genético de la sociedad. Tal es el caso de Alemania, Italia, Suecia, entre otros.

Nos parece a los autores que el tema en cuestión ha sido tratado en gran medida bajo el auspicio de prejuicios gratuitos alejados de la realidad en la que el mundo del Derecho de sociedades se desenvuelve hoy día. Por ello, opinamos que los países que han admitido la legitimidad de las sociedades originariamente unimembres, parecen haberse acercado por lo menos más franca, si acaso no más eficazmente, a la regulación de un fenómeno que no por el hecho de no aceptarlo legislativamente deja de ser una necesidad —en nuestra opinión— actual. Ya en el año 1942, en el proyecto sueco de reforma de las sociedades se opinaba que "numerosas razones, completamente legítimas, pueden justificar la creación de un patrimonio autónomo por una persona física: la constitución de una sociedad anónima no debe necesariamente asociarse a la realización de proyectos de dimensiones grandiosas: debe admitirse una limitación del riesgo también a nivel individual sin obligar a los "usuarios" a recurrir a ficciones o a construcciones falseadas".[43] Por este antecedente, y por otros que se comentarán de seguido, opinamos que el movimiento de aceptación de las sociedades originariamente unimembres tiene que ir en ascenso. Pasamos a hacer un repaso de cuales han sido los avances más importantes en esta materia en el derecho comparado.

Ya hemos señalado la especial importancia de la recepción, en sede legislativa, de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada por parte del Principado de Liechtenstein en el año 1925. Y hemos señalado también el especial encanto que ha generado dicha institución en la doctrina, especialmente la latinoamericana. Sin embargo, es muy curioso el hecho de que no mereciera especial atención —que por supuesto la merece— el tratamiento que le quiso dar el legislador de Liechtenstein de una manera sistemática, y con un tratamiento unitario, al fenómeno de las sociedades unimembres. Al parecer, el peso de la tradición ha cegado la visión de los juristas que no tratan —por lo menos en las obras que consultamos— ese aspecto tan importante. Y la curiosidad aumenta, aún más al recordar que en la concepción original de la empresa individual, por parte de Pisko, no estaba la de que por medio de esa figura se combatiera el fenómeno de las sociedades unimembres, sino que ello correspondió a configuraciones distintas a las originales, aportadas por juristas como Paul Carry y Vivante. Así lo entendieron los legisladores de Liechtenstein quienes, para regular tal problema —si es que se quiere ver como problema— desa-

42. GRISOLI, *op. cit.*, p. 83.

43. GRISOLI, *op. cit.*, p. 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rrollaron figuras y tratamientos particulares distintos a la simple recepción de la empresa individual, como lo proponen muchos juristas actuales.[44]

Por ello, es lamentable que a partir de la experiencia de Liechtenstein no se haya generado un debate más comprensivo sobre las innovaciones que en todos los campos del Derecho de sociedades —y no sólo si el de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada— se introdujeron desde el año 1925 en el Principado. Quizá si ello se hubiera producido, se tendría hoy un mejor desarrollo en este campo.

En efecto, una de las más importantes reformas incluidas en el Principado en el año 1925, fue la de intentar un tratamiento con sustantividad y autonomía propia y, además, de manera sistemática, en relación con las figuras unimembres. Ello los llevó a un amplio reconocimiento no sólo de las figuras que hemos denominado reducidas o preordenadas a la unicidad de socios, sino también de aquellas, y de manera muy especial, constituídas por un solo socio. Ello se hizo a través de una reforma en el Código Civil en la materia referente a personas en la que, con gran flexibilidad, se admitía el uso de las formas societarias aún para ser constituidas por un único sujeto. Independientemente de los resultados obtenidos en la experiencia legislativa de Liechtenstein, volvemos a decir que es sumamente extraño que esta faceta de la reforma no haya ocupado las páginas de los juristas que se dedican a combatir la admisión de las sociedades unimembres, y por el contrario, mucho haya sido lo que se ha escrito sobre la empresa individual, aunque fuera del contexto histórico en que se le dio origen. Para sugerir el hecho de que este no ha sido el único antecedente que se ha dado en la primera mitad de este siglo, baste con recordar que ya Vivante en Italia, desde el año 1934, había propuesto la admisión de las sociedades anónimas constituidas originariamente por un único sujeto.

Una de las posiciones de más avanzada respecto a la admisión de las sociedades originariamente unipersonales se encuentra también en la legislación de parte de los estados norteamericanos. Efectivamente, cada vez van siendo más los estados que están acogiendo legislativamente la admisibilidad de las sociedades unimembres.

La pluralidad de socios como requisito para la constitución de una sociedad, ha ido perdiendo posiciones dentro del Derecho estadounidense, hasta el punto de que a partir de 1967, son catorce estados —casi una tercera parte— los que han acogido positivamente la posibilidad de sociedades originariamente unimembres.

Todas estas reformas se fundamentan en la denominada "Model Bussiness Corporation Act" que, desde el año 1962, recomendaba la eliminación de la pluralidad de sujetos como requisitos para la constitución de sociedades. Siendo ésta una norma tipo para la promoción de las reformas legislativas que se lleven a cabo en Estados Unidos, no es de extrañar que en un período no muy lejano la gran mayoría de los estados —si acaso no todos— oriente sus reformas con amplia acogida a dicha recomendación como ha ocurrido en los catorce estados ya referidos. La norma dice así: "One or more persons, or a domestic or foreing corporation, may act as incorporator or as incorporators of a corporation by signing and delivering in duplicate to the Secretary of State articles of incorporation for such corporation".[45]

Como una nota curiosa de este fenómeno en Estados Unidos es de señalar que, a pesar de la acogida que ha tenido la propuesta, no ha sido absoluta ya que, contrariamente a la tendencia general de aceptar a las personas jurídicas como socios constituyentes, solamente cuatro de los catorce estados admiten —como lo propone la norma tipo— la posibilidad de que sean tanto sujetos físicos como jurídicos los que puedan acogerse al beneficio de constituir una sociedad de manera individual.

Considerando en términos generales el fenómeno americano, nos parece que debería llamar de sobremanera la atención de los juristas. En el país con el mayor grado de desarrollo capitalista en el mundo y —con toda seguridad— el de la economía más compleja y avanzada, podría parecer que la admisión de la sociedad unimembre se presente como una paradoja.

Sin embargo, opinamos que ello no hace más que reafirmar la universalidad del fenómeno de las sociedades unimembres y reafirma la tesis —ya señalada— de la comisión de reforma sueca, la cual sugería que no podía estimarse que el uso de las

44. GRISOLI, *op. cit.*, p. 51.

45. GRISOLI, *op. cit.*, p. 89.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sociedades anónimas esté destinado solamente para las formas complejas económicas. Agregaríamos nosotros también, que la complejidad y el tamaño de una sociedad anónima y aún de una actividad económica, no está indisolublemente vinculada a la cantidad de socios que dio origen a la sociedad. Por ello, opinamos que debería promoverse toda una polémica a la luz de la experiencia norteamericana en donde se analice —sin prejuicios— la posible legitimidad de la sociedad originalmente unimembre.

Otra de las manifestaciones —sumamente importantes por cierto— de la aceptación de sociedades unimembres, se encuentra en las sociedades estatales que adoptan —sin importar ahora los motivos— formas societarias para el despliegue de algún tipo de actividad económica. Se encuentra aquí, no sólo el fenómeno de sociedades reducidas o preordenadas a un solo socio, sino también el que ahora más nos interesa: la sociedad originalmente unipersonal.

Los ejemplos de países que admiten el fenómeno son muchos: Francia, Grecia, Austria, etc. Pero el dato más curioso en relación con esto es que, a pesar de la aceptación de este fenómeno, todos los países anteriormente señalados son partidarios de la posición clásica de la no admisibilidad de las sociedades unimembres ni siquiera en la faceta de las reducidas o preordenadas a un solo socio. Recordemos, por ejemplo el caso de Francia, que siguiendo una de las líneas más conservadoras antes de la reforma de 1966, y aún después, la proliferación de este tipo de sociedades unimembres estatales es realmente variada.

No podemos decir, sin embargo, que estas manifestaciones de sociedades unimembres en estos países representan una tendencia general de aceptación, sino que, por el contrario, son claramente vistos como casos de excepción. Pero llama la atención el hecho de que con suma facilidad pueden estos ordenamientos justificar estas excepciones, a pesar de los furiosos ataques que se hacen, a la posibilidad de admitir de manera general el fenómeno, valiéndose para ello de todos los argumentos clásicos y tradicionales, en nuestra opinión, un poco añejos. Sólo basta para terminar con este capítulo referente a las sociedades unipersonales —de especial interés para los autores— la posición de nuestro ordenamiento frente al fenómeno específico de la sociedad originalmente unimembre.

Como se explicó en otra sección, nuestro sistema es sensible —a través del artículo 202 del Código de Comercio— al fenómeno de la concentración de las acciones en manos de un único socio, al señalar expresamente que ello no será motivo de disolución para la sociedad.

Sin embargo, no sucede lo mismo en lo que respecta a la creación originaria de sociedades por un único sujeto. Esto se desprende del inciso a) del artículo 104 de nuestro Código de Comercio que, en el capítulo referente a sociedades anónimas señala como requisito de constitución la presencia de dos socios como mínimo. Sin embargo, podría surgir una duda en lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades colectivas. Pero por la supletoriedad con que opera las normas generales de la sociedad anónima para las sociedades en comanditas, no hay la menor duda de que el requisito de la pluralidad opera para este tipo de sociedades también. Ello está consagrado en el artículo 74 del Código de Comercio.

Sin embargo, una norma con la misma claridad, no existe tratándose de sociedades colectivas y de responsabilidad limitada. Además, no existen normas expresas en los capitulos referentes a estas sociedades que, de manera específica, señalen que se requiere pluralidad de socios para la constitución de cualquiera de estos tipos de sociedad.

A pesar de todo esto, no nos cabe la menor duda de que, dentro de una interpretación integral del sistema costarricense, y también atendiendo a los términos plurales que emplea al referirse a los socios, la orientación costarricense en lo referente a sociedades transita el camino de la pluralidad de socios. Opinamos sin embargo, que, dentro de una más correcta técnica legislativa, debió haber sido en la parte general de las sociedades en donde el legislador debió regular expresamente la pluralidad como requisito indispensable para la constitución de cualquier sociedad.

Ya hemos venido adelantando nuestra opinión con relación al fenómeno de la sociedad unimembre. Creemos que nuestro sistema dio un paso importante al admitir expresamente las sociedades preordenadas o reducidas a un solo socio.

Parece ser que el paso radical que representaría la admisión de la sociedad originariamente unimembre lució demasiado atrevido a nuestros legisladores.

Opinamos, a pesar de todo, que no existe en nuestro ordenamiento ninguna razón de fondo para negar la admisión de la sociedad unimembre en su forma originaria.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Es posible que la facilidad con que se acude al uso de prestanombres para lograr la constitución de sociedades que posteriormente pasarán a manos de un único socio, ha hecho que en nuestro país, como en algunos otros, el tema no haya encendido la mecha de importantes debates al respecto.

Sin embargo, creemos que el tema de las sociedades unimembres, y especialmente la de aquellas originariamente unimembres, debe ser la base que promueva una revisión de fondo de todo el Derecho societario. Es decir, no creemos que ante el fenómeno de las sociedades con un solo socio, que creemos nadie es capaz de negar, los juristas deben actuar sólo con resignación sino que deben ser sometidos los fenómenos a revisiones por medio de las cuales el Derecho, no solo se ajuste a una realidad innegable, sino que sirva también como promotor de esa realidad.

Por más que los científicos del Derecho se han empeñado en decir que la sociedad anónima no está hecha para las formas de un solo socio, no se ha podido convencer a los "usuarios" sobre tal extremo sino que, por el contrario, cada día intensifican el uso de tales mecanismos, en contradicción con lo que los juristas opinan. Ante ellos no valen los argumentos sobre la no operatividad de la compleja organización, propia de las sociedades de capital, para la supuesta minimización que le atribuyen algunos juristas a las sociedades con un solo socio. Sin embargo, tampoco creemos que el jurista debe ser subordinado sumiso de los intereses económicos ni de la realidad, por más evidente que esta sea. Ello implica que se debe concebir el Derecho como un eterno vaivén en el que no sea esclavo de lo que "es", ni tampoco de lo que "debe ser". Es de pensar que los intereses de los pequeños y grandes empresarios en la utilización de formas unimembres no sean siempre acogibles para el derecho, pero tampoco podemos pensar que nunca lo sean.

A pesar de que no estamos seguros sobre cual puede ser la salida correcta al problema, sí estamos totalmente convencidos que es equivocada la posición de negar, en sus distintas formas, las sociedades unimembres.

Pensamos en la posibilidad de que en una revisión histórica del problema —mucho más amplia que la hecha en este trabajo— pueda dar más luz en el asunto. Recordemos la posición mantenida por el Principado de Liechtenstein y por Vivante, que, propugnado por un Derecho más vivo —al igual que Garríguez— han sugerido, y acogido en el caso del Principado, la posibilidad de que admitiendo abiertamente las sociedades unimembres, aún desde el momento de su constitución, se flexibilicen todas las formas sociales con el objeto de hacer atractivo a los "usuarios" de las sociedades, el someterse legítimamente a una situación regularizada por el ordenamiento.

Ello contribuiría también, quizá, a eliminar el tapujo con el que se mira la sociedad unimembre, ligándola indisolublemente, y de manera gratuita, al uso abusivo de las sociedades. Creemos que es desde otra perspectiva de donde se debe mirar el anterior problema. El uso abusivo e irregular de la apariencia societaria es un problema más complejo que el de las sociedades unimembres. Pensar que atacar las sociedades unimembres y pensar, de manera menos exacta, que la empresa individual de responsabilidad limitada, pueda resolver ese problema es errado. En gran medida este trabajo pretende dar una revisión tal vez más amplia del problema. No estamos del todo seguros de lograrlo, pero en todo caso, sí estamos seguros que no es en las sociedades unimembres en donde se encuentra circunscrito.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL COMPUTO DE LOS PLAZOS FIJADOS EN DIAS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO POTESTATIVO DE RECESO EN LOS CONTRATOS CON PRORROGA AUTOMATICA

DR. VICTOR PEREZ VARGAS

CONTENIDO

Pág.

I. Premisas 144

II. Las dificultades relativas al tratamiento jurídico del tiempo 144

III. El receso en el contrato con prórroga automática como derecho potestativo 145

1. El derecho de receso impeditivo de la prórroga automática 145

2. El derecho de receso impeditivo de la prórroga automática como derecho potestativo. 145

IV. El cómputo del tiempo para el ejercicio del derecho de receso impeditivo de la prórroga automática en los contratos. 146

V. El vencimiento de los términos en día de fiesta y la utilidad total del último día hábil 146

VI. La distinción "tiempo continuo"-"tiempo útil" 147

VII. Los llamados días inhábiles son días "útiles" en los términos no judiciales 149

VIII. Jurisprudencia 150

IX. Aclaraciones. 150

X. Conclusiones 151

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. PREMISAS

Para efectos de exposición este trabajo se encuentra dividido en dos partes:

a) El derecho potestativo de receso para impedir la prórroga automática en el contrato.

b) El cómputo del plazo fijado en días para el ejercicio del receso (impeditivo de la prórroga automática).

Sobre ambos aspectos ha habido vacilaciones en la doctrina:

a) Con relación al primero se llegó a decir que rompería el equilibrio contractual, al hacer excepción a la regla de la revocación contractual, por mutuo acuerdo.

b) Sobre el segundo aspecto, inclusive reputados autores como Messineo, han llegado a sostener que la regla es la del "tiempo útil" (asimilando indebidamente —como veremos— tal tiempo al que excluye los días inhábiles; indebidamente, a mi juicio, puesto que los llamados días inhábiles, aunque inútiles para las actuaciones judiciales, pueden ser útiles para el ejercicio de muchas situaciones jurídicas) y que por excepción se establece el tiempo "continuo".

A pesar de estas dudas, la doctrina más reciente, apoyada en una tradición generalizada —según se verá luego—, se inclina mayoritariamente por sostener la posición contraria; es decir: que en el cómputo por días de los plazos contractuales la regla es la del "tiempo continuo" y que la excepción (como ocurre en el caso de los términos judiciales) es la regla del "tiempo útil" (del que se excluyen los llamados días inhábiles). Esta posición (que sostiene que la regla debe ser la del tiempo continuo) es, a mi juicio, más coherente con las necesidades, intereses y realidad de la vida jurídica, puesto que hay situaciones jurídicas cuya actuación (ejercicio o cumplimiento) no requiere intervención judicial y cualquier día *es útil* para su puesta en práctica.

Con relación al otro aspecto ningún obstáculo hay, en realidad, para admitir el receso contractual unilateral, puesto que es producto del mismo querer de ambas partes, en cuanto previsión contractual por ellas formalizada en el contrato.

II. LAS DIFICULTADES POSITIVAS RELATIVAS AL TRATAMIENTO JURIDICO DEL TIEMPO

> "Es ésta, materia sumamente encaminada a problemas y confusiones, de tal manera que necesita, más que otras, de una meditación cuidadosa, como única posibilidad de lograr, tal vez, orientaciones en cuanto a ella". (CERVERA, *El tratamiento jurídico del transcurso del tiempo en el Derecho Comparado).*

El primer problema que surge sobre el tratamiento jurídico del transcurso del tiempo es el de que "nuestro Derecho dicta muy escasas reglas sobre dicha determinación, por lo que hay que complementarlas con los principios más admitidos en doctrina".[1]

Esta premisa, relativa a la anterior legislación española es aplicable a nuestro Ordenamiento y, en general a los Ordenamientos de derivación romanista. "Los esfuerzos sistemáticos de los códigos romanizados nunca han llegado a una cobertura unitaria de todos los casos en que se reconoce la influencia del tiempo".[2]

Esta ausencia de unidad es, en otras palabras,

1. ESPIN CANOVAS, Diego, *Derecho Civil español*, Vol. I, ps. 423 y 424, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957. Se aclara en esta misma nota que en la nueva edición del tratado del profesor Espin Canovas no aparece esta cita, pues ya en España, por ley, que a juicio del citado autor sigue la tradición, no se excluyen de los términos no judiciales los días inhábiles.

2. CERVERA, Alejo de, *El tratamiento jurídico del transcurso del tiempo en el Derecho Comparado*, Revista de la Universidad de Puerto Rico, No. 3, Vol. XXIX, 1959-1960, p. 218.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dispersión normativa y por ello, a menudo, incoherencia. "Las dificultades surgen ya desde el primer momento por la dispersión de las normas que, en todo Ordenamiento establecen tales efectos, lo que se traduce siempre en un fragmentario tratamiento, en el sentido de que no siempre será posible encontrar la norma expresa aplicable, a lo que se suele unir que las normas expresas no resultan siempre lo debidamente coherentes".[3]

III. EL RECESO EN LOS CONTRATOS CON PRORROGA AUTOMATICA COMO DERECHO POTESTATIVO

1. El derecho de receso impeditivo de la prórroga automática.

Como ya se adelantó la doctrina más moderna admite el receso del contrato siempre que resulte de un acuerdo de voluntad entre las partes en el mismo contrato,[4] siguiendo con ello la idea tradicional de que tal receso "no contradice el principio de intangibilidad del contrato por voluntad unilateral".[5]

2. El derecho de receso impeditivo de la prórroga automática como derecho potestativo.

La posibilidad del receso unilateral, como algo perfectamente válido en los contratos, resulta clara si se considera previamente cuáles son las características de los derechos potestativos.

Damos la palabra, en primer término, a Salvatore Pugliatti: "son situaciones jurídicas por medio de las cuales se pueden conseguir otras situaciones subjetivas, sin necesidad del comportamiento ajeno. . .son facultades de actuar en la esfera jurídica de otro sujeto, produciendo en ella modificaciones que este último no puede, en modo alguno, impedir y para las cuales no se requiere su colaboración (se dice, por esto, que él se encuentra en un estado de sujeción)".[6]

Irti aclara que los derechos potestativos pueden implicar el poder de extinguir una relación jurídica unilateralmente: "poder de constituir, modificar o *extinguir* una relación jurídica. Poder, se suele precisar, que opera en la esfera jurídica ajena".[7]

Este concepto es igualmente acogido por la doctrina española: "Derechos potestativos. . .el titular de esta clase de derechos puede, por propia voluntad, provocar una modificación jurídica, es decir, el nacimiento, modificación o *extinción* de derechos o relaciones jurídicas; pero, y en ello consiste la peculiaridad de estos derechos, tal modificación se produce por acto *unilateral* del titular, aunque afecte a la esfera jurídica de otras personas".[8]

La característica del receso para evitar la prórroga automática es la de ser un hecho impeditivo. El impedimento surge cuando se presentan circunstancias que paralizan la eficacia jurídica con anterioridad a su producción.[9]

Con lo expuesto queda en claro el carácter válido del receso (unilateral) previsto contractualmente.

A pesar de lo expuesto, la cláusula de receso unilateral en los contratos puede plantear algunos interrogantes debido a las lagunas legislativas de nuestro Ordenamiento jurídico.

Carecemos en nuestra ley de disposiciones claras como las que existen en algunos ordenamientos donde se contempla expresamente la figura del receso unilateral, una de cuyas modalidades es el derecho potestativo impeditivo en los contratos con prórroga automática.[10] Nuestra ley es omisa, pero no hay obstáculo para que la fuerza creadora de la autonomía privada formalice tal supuesto en los contratos.

---

3. CERVERA, op. cit., supra 2, p. 207.
4. RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato italiano*, Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, Napoli, 1976, p. 281.
5. MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, III, Giuffrè-ed, Milano, 1959, p. 640.
6. PUGLIATTI, Salvatore, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè-ed., Milano, 1964, p. 76.
7. IRTI, Natalino, *Introduzione allo studio del Diritto Privato*, Giappichelli editore, Torino, 1974, p. 65.
8. ESPIN CANOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, Vol. I, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 238.
9. Sobre este concepto de impedimento v. FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970, p. 261 (también la misma voz en Enciclopedia del Diritto).
10. Ejemplo de ello son los artículos 1373, 1897, 1899 y 1918 del Código Civil italiano.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. EL COMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO IMPEDITIVO DE LA PRORROGA AUTOMATICA EN LOS CONTRATOS

Conviene precisar en primer término algunos criterios para el cómputo del tiempo; la doctrina se inclina por considerar la referibilidad general de las reglas sobre prescripción: "es regulación que intenta ser muy general, a pesar de su inclusión en uno de los libros del Código dedicado a las obligaciones".[11] El profesor Busnelli, de la Universidad de Pisa, sostiene que "los criterios para el cómputo del tiempo están fijados en materia de prescripción, pero tienen, tendencialmente, un valor general".[12]

Tales reglas en nuestro Código Civil rezan:

> Artículo 881: "En las prescripciones por meses y por años, se cuentan unos y otros de fecha a fecha, según calendario gregoriano.
> *Si el término fuere de días,* el día en que principia se cuenta siempre entero, aunque no lo sea, pero aquel en que termina debe ser *completo".*

> Artículo 882: "La disposición del artículo anterior se aplicará también a todos los plazos y términos señalados por la ley o por las partes en las convenciones y relaciones civiles de las personas, salvo que en la misma ley o en el convenio o acto jurídico se disponga otra cosa".

Estas reglas tienen un sentido: en cualquier momento, antes de la medianoche del día de vencimiento de una prescripción, ésta puede ser interrumpida (sea por una gestión extrajudicial, por ejemplo mediante requerimiento notarial del acreedor o por un reconocimiento del deudor), *para lo cual* todas las horas son hábiles. En otras palabras: la disposición tiene sentido por la *utilidad del tiempo no hábil* para determinados efectos (si bien no para efectos de actuaciones judiciales, donde rige la regla especial, según veremos).

Por su parte, el Código de Comercio expresa:

> Artículo 983: "Cuando la prescripción *se cuente por días,* se entenderán estos de veinticuatro horas. La prescripción comenzará a correr el día siguiente del vencimiento o a la fecha en que pudo hacerse efectivo el derecho, si no había plazo determinado. *En estos términos no se excluyen los días hábiles ni feriados".*[13]

De lo expuesto resulta un primer criterio: en la prescripción lo que cuenta es el tiempo continuo (pues todo él es útil para interrumpirla extrajudicialmente) y tal principio, por expresa disposición de ley, es de aplicación extensiva a otras situaciones en las que hay términos convencionales, lo cual, como se expresó antes, la doctrina avala.

V. EL VENCIMIENTO DE LOS TERMINOS EN DIA DE FIESTA Y LA UTILIDAD TOTAL DEL ULTIMO DIA HABIL

Si se admite que, por regla general, en los términos de prescripción, lo mismo que en los términos convencionales, el tiempo útil es tiempo continuo, esto significa que también los llamados días inhábiles se computan, pues, aunque el artículo 423 del Código de Comercio establece que "Las obligaciones mercantiles no serán exigibles sino durante las horas habituales de trabajo", lo cierto es que, inclusive fuera de tales horas cualquier reconocimiento judicial o extrajudicial, expreso o tácito que haga el obligado es eficaz para producir una interrupción de la prescripción. Se trata de tiempo

11. CERVERA, op. cit., supra 2, p. 214.

12. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto y BUSNELLI, Francesco Donato, *Cooperativa Libraria Universitaria,* Genova, 1978, p. 743.

13. La disposición de que "no se excluyen los días hábiles" es tan evidente que sobra en la ley. La lógica redacción del texto sería "no se excluyen los días inhábiles ni feriados", porque ¿qué interés habría de distinguir feriados de otros inhábiles? En todo caso no hay identidad de extensión entre las expresiones: "no se excluyen los hábiles" y "se excluyen los inhábiles". En todo caso, al agregarse "ni feriados" debe entenderse que también cuentan los inhábiles, lo mismo que los hábiles.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

perfectamente útil para la satisfacción de la obligación, igualmente.

Precisamente *como excepción (puesto que si la regla fuera la del cómputo únicamente de los días hábiles sobraría esta disposición)* los diversos ordenamientos establecen que si el vencimiento del término se produce en día inhábil, tal término queda "de Derecho" prorrogado al siguiente día hábil.

Así por ejemplo en el Derecho norteamericano se afirma: "Para los propósitos del cálculo del tiempo. . .el día del acto, evento o falta a partir del cual el específico plazo comienza a correr no debe ser incluido, aunque el último día sí, a menos que sea sábado, domingo o feriado".[14]

Igualmente, en el Derecho italiano "no se computa el día en el curso del cual se encuentra el momento inicial, mientras que se computa el expirar del último instante del día final; un vencimiento en día de fiesta conlleva prórroga de derecho al vencimiento del día siguiente no festivo";[15] en tales términos el artículo 2963 del Código Civil italiano.

También en nuestro Derecho:

> Artículo 423 del Código de Comercio (en lo que por ahora interesa): "Si la obligación vence un día domingo, un feriado, un día de asueto o en otro día que por fuerza mayor el establecimiento donde deba efectuarse el pago esté cerrado, será satisfecha el siguiente día hábil".

Con mayor razón en materia de procedimientos civiles *(a fortiori):*

> Artículo 108 del Código de Procedimientos Civiles: "Si el día final de un término fuere feriado se tendrá por prorrogado hasta el día siguiente hábil".

Esta disposición realmente parece sobrar en materia procesal, puesto que nunca podría ser inhábil el día final: simplemente si hay un feriado, éste no cuenta, como no cuenta ningún otro día inhábil: es por esto que el término no ha vencido tal día.

Es interesante observar que la "utilidad" de todo el día de vencimiento (con la excepción antes expuesta) se revela en la *utilidad* de todo el último día *en su totalidad.* "El modo civil de computación, que es el normal, consiste en calcular el día en el cual un determinado evento pueda verificarse *por entero".*[16] Esto revela que inclusive las horas que judicialmente son inhábiles, para los términos convencionales son horas (tiempo) útiles. Aquí tenemos una comprobación adicional de que "hábil" y "útil" no son conceptos coincidentes en materia de términos.

Lo expuesto adquiere confirmación en el Derecho Positivo; precisamente el artículo 417 del Código de Comercio establece que los días hábiles se computan "de veinticuatro horas".

Reza el referido texto:

> "En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía, y en los cómputos de días, meses y años, se entenderán: *el día hábil, de veinticuatro horas;* los meses, según están designados en el calendario gregoriano; y el año, de trescientos sesenta y cinco días".

Obsérvese que el texto legal *no expresa:* "el día, hábil, de veinticuatro horas", sino: "el día hábil, de veinticuatro horas". Esto es: no dice la ley que se cuenta los días hábiles, sino que el día es hábil en sus veinticuatro horas.

VI. LA DISTINCION "TIEMPO CONTINUO" – "TIEMPO UTIL"

Tradicionalmente se ha venido haciendo una sinonimia entre tiempo útil y días hábiles. Ya de lo expuesto hasta el momento se revela la inconsistencia de la asimilación: hemos visto que hay días inhábiles que son útiles para el curso de términos, así como hay horas inhábiles que también son útiles para la actuación de las situaciones jurídicas. Más adelante insistiremos en esto: lo esencial es ver en función de qué se puede calificar el tiempo de útil o inútil.

---

14. BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, West Publishing House, St. Paul, 1979, p. 261.
15. BIGLIAZZI, BRECCIA y BUSNELLI, op. cit., supra 12, p. 743.
16. MESSINEO, op. cit., supra 5, p. 452. En igual sentido el Código Civil de Brasil, en su artículo 125, regla que coincide con nuestro artículo 881 del Código Civil, antes citado que se refiere a la prescripción y que es, por expresa disposición del artículo siguiente, de aplicación extensiva a los términos convencionales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La distinción tradicional es la de que "término continuo es cuando se cuenta, sin interrupción, ni excepción, todos sus momentos; útil, en cambio cuando sólo se cuentan los días hábiles";[17] esta tradición deriva de una imprecisa traducción del aforismo latino que considera útil (no exactamente el día hábil sino) el día o el tiempo en que el derecho pudo haber sido ejercitado *(quibus experiendi sui juris potestas est).*

La discusión se ha centrado en decidir si para los términos convencionales la regla es el tiempo continuo o el tiempo útil; dentro de esta discusión, cuando se ha hablado de "útil" este concepto se ha asimilado al de "hábil".

Una posición aparentemente minoritaria sostiene que:

"El tiempo útil (que *constituye la regla)* es aquel, fuera del cual no es posible ejercitar un derecho subjetivo, o cumplir eficazmente un acto jurídico. Por tanto no se computa en él el tiempo no útil para tal ejercicio, o sea los días festivos".[18] De esta posición minoritaria ha participado la jurisprudencia guatemalteca: "en los términos legales y judiciales no se comprenden los días feriados que se declaren oficialmente, ni los días domingos salvo en los casos exceptuados expresamente por la ley".[19]

Frente a esa tesis, mayoritariamente, la doctrina sostiene lo contrario:

> "En derecho romano se distingue el tiempo continuo y el tiempo útil: el primero se tiene cuando el curso del tiempo no es interrumpido por ninguna razón. Para el derecho italiano *el tiempo es siempre continuo* y, pues, *todos los días,* incluidos *los festivos, deben ser computados* en los términos".[20]
>
> "En el cómputo del tiempo *se comprenden normalmente también los días festivos* (tiempo continuo)".[21]

Esta ha sido, de acuerdo con los textos anteriores, la posición tradicional de la doctrina italiana; también la doctrina más reciente sostiene lo mismo:

> *"Se cuentan también los días festivos* no obstante que en ellos ciertos actos jurídicos no puedan ejercitarse (tiempo continuo, en contraposición a tiempo útil)".[22]

"La regla es que viene *calculado el tiempo continuo".*[23]

Del mismo modo, la doctrina española tradicionalmente ha hablado del *descuento de los días inhábiles únicamente para los términos judiciales,* con mucha anterioridad a la nueva ley (que luego comentaré) que expresamente lo establece así.

> "...se distingue el tiempo continuo *(tempus continuum)* del tiempo útil *(tempus utile).* El tiempo continuo se computa todo... En nuestro Derecho, *sólo para los términos judiciales señalados por días está establecido que se descuenten los inhábiles".*[24]

Con posterioridad a la nueva ley que expresamente lo aclara, la doctrina ha expuesto:

> "La reforma (31 de mayo de 1974) ordena expresamente que *en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles* (art. 5 n. 2) *manteniendo* así esta *regla tradicional en el ámbito sustantivo civil,* aunque no formulada antes de modo explícito. *Se aparta* este criterio del seguido *en el ámbito procesal civil...en que se excluyen los días inhábiles o feriados* en los plazos señalados por días".[25]

En otras palabras: son las actuaciones *judiciales* las que deben realizarse necesariamente en días hábiles.[26]

---

17. *"Dies continui sunt il, qui sine interruptione nullisque excejtis currunt, utiles vero illi dumtaxat quibus experiendi sui juris potestas est".* CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico,* Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, aforismo 2565.

18. MESSINEO, op. cit., supra 5, p. 451.

19. LOPEZ DURAN, Edmundo (Magistrado), sentencia de 3 de abril de 1952 (CSJ). Citado por AGUIRRE GODOY, Mario, *Repertorio de Jurisprudencia,* Editorial Universitaria, Guatemala, 1962, p. 223.

20. VENZI, Giulio, *Manuale di Diritto Civile italiano,* UTET, Torino, 1933, p. 195.

21. FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni di Diritto Privato,* Casa Molisana del libro, Campobasso, 1962, p. 25.

22. TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto Privato,* Giuffrê-ed., Milano, 1968, p. 130.

23. TRABUCCHI, Alberto, *Istitutizioni di Diritto Civile,* Cedam, Padova, 1971, p. 123.

24. BONET, Francisco, *Compendio de Derecho Civil,* Tomo I, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

25. ESPIN CANOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español,* Vol. I, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 558.

26. ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Compañía argentina de editores, Buenos Aires, 1941, tomo I, p. 764.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es por ello que nuestro Código de Procedimientos Civiles establece la *excepción,* dentro de un capítulo específico como lo es el de *términos judiciales:* "Los términos por días se entiende que han de ser hábiles" (artículo 107).

La conclusión de lo expuesto es clara: "dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil —equivalente de nuestro Código de Procedimientos Civiles— que en los señalados por días se descontarán los inhábiles. Por lo que en general hay que entender que *los días festivos se computarán en los plazos civiles".*[27]

Por día hábil judicial se ha entendido "un día apto para la actuación ante los tribunales y un día en el cual el tribunal puede legalmente actuar, excluyéndose domingos y feriados".[28]

Los ejemplos jurisprudenciales relativos a la necesidad de computar *únicamente los días hábiles en los términos judiciales* son abundantes.[29]

La exclusión de los inhábiles tiene sentido en lo judicial, pero no en los términos civiles donde "los días festivos no excusan el cumplimiento de las obligaciones convenidas en un contrato para día determinado".[30]

VII. LOS LLAMADOS DIAS "INHABILES" SON DIAS "UTILES" EN LOS TERMINOS NO JUDICIALES

Aun en el supuesto de que se optara por admitir que nuestro Ordenamiento prefiere el sistema del "tiempo útil" sobre el de "tiempo continuo" para los términos convencionales, hay razones para rechazar la identificación que normalmente se suele hacer entre "tiempo útil" y "tiempo en el que no se cuentan los días feriados".

En efecto, una correcta definición de "tiempo útil" de acuerdo con la verdadera tradición latina (según se expuso) debe entenderse con relación al ejercicio de una situación jurídica determinada; por ejemplo, tiempo para ejercitar un derecho, tiempo en que el reconocimiento de un obligado puede producir una interrupción de la prescripción, tiempo en que el titular de un derecho potestativo puede ponerlo en práctica. Consecuentemente, un plazo de caducidad para una actuación judicial (no una prescripción) fijado en días exigirá la *exclusión* de los días feriados de su cómputo, porque en tal caso estamos ante la necesidad de ejercicio específico de una conducta infungible ante órganos judiciales;[31] lógicamente tal acción sólo sería ejercitable cuando las oficinas judiciales se encontraran abiertas. En cambio, un plazo de prescripción (no de caducidad judicial) fijado en días exigiría la *inclusión* de los feriados en su cómputo, por la sencilla razón de que el ejercicio del derecho del acreedor o el cumplimiento del deudor pueden ocurrir extrajudicialmente.

Lo anterior revela:

1) que los feriados no son tiempo útil en las actuaciones judiciales;

2) que los feriados *son* tiempo útil con relación a la actuación (ejercicio o cumplimiento) de situaciones jurídicas que no requieren actuación judicial.

Cuando en los contratos se establece un término para el cumplimiento o ejercicio de situaciones jurídicas (poderes, deberes, obligaciones, derechos relativos, cargas y derechos potestativos) "entre partes" (sin necesidad de intervención ante órganos judiciales) debe entenderse que no se trata de términos judiciales y por esto su cómputo no exige la exclusión de los llamados "días inhábiles", pues tales días son realmente "días útiles" para la actuación de las situaciones jurídicas contractuales.

Una comunicación de receso unilateral mediante acta notarial bien puede ser hecha en cualquier momento, pues no es una actuación judicial.

---

27. ESPIN CANOVAS, op. cit., supra 1, ps. 426 y 427.

28. BLACK, op. cit., supra 14, p. 357.

29. TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de las 9:05 hrs. del 3 de noviembre de 1978; así por ejemplo con relación al término de presentación de la demanda en caso de embargo preventivo. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 533 de las 13:40 hrs. del 11 de julio de 1975. Lo mismo en cuanto al término para contestar la demanda, TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. Primera, No. 175 de las 10:30 hrs. del 15 de abril de 1982; en recursos: SALA DE CASACION, No. 38 de las 15:30 hrs. del 3 de mayo de 1978.

30. DE BUEN, Notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil,* Reus, Madrid, Vol. 3, 1960, p. 394.

31. V. TEDESCHI, Vittorio, *Decadenza,* Enciclopedia del Diritto, Vol. XI, Giuffrè-ed., Milano, 1962, p. 773.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VIII. JURISPRUDENCIA

Tuve oportunidad de revisar diversos índices, recopilaciones y ficheros de jurisprudencia; ellos son:

- Digesto de la Corte Suprema de Justicia (ficheros).
- Fichero de la Sala Segunda de la Corte.
- Fichero del Tribunal Superior Primero Civil.
- Jurisprudencia de la Sala Primera Civil (por el licenciado don Antonio Picado).
- Jurisprudencia Civil (de los licenciados German Fernández y Francisco Calderón).
- Revistas Judiciales, números 1 a 31.
- Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, números 210 a 223.
- Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación, 1950-1975, editado por Editorial Universidad de Costa Rica.
- Apotegmas Jurídicos, Revista del Colegio de Abogados, edición especial, 1972.
- Ficheros personales.

Después de agotar así las fuentes jurisprudenciales usualmente disponibles pude constatar que el tema no ha recibido atención específica en la jurisprudencia; no encontré en ella un solo caso donde se presentara el problema del cómputo de días para el ejercicio del receso contractual.

Sin embargo, de algunos fallos parece observarse la existencia de un prejuicio por el cual se presume de aplicabilidad general de la regla procesal (cuando, como vimos es regla de excepción).

Así, el Tribunal Superior de Trabajo expresó: "cuando se señalan en días, se refieren a hábiles y tratándose del régimen municipal *no hay mérito para hacer excepción a este principio*".[32]

La Sala de Casación, con relación al despido de trabajadores municipales sostuvo que debían contarse los hábiles (no los feriados ni asuetos).[33]

En materia de licitaciones se ha sostenido que el plazo de validez de las ofertas es de días hábiles.[34]

Si bien en tales materias (municipal y licitaciones) podría encontrar un sentido el cómputo del llamado "tiempo útil", a nuestro juicio tal cómputo no puede erigirse en principio general por las razones expuestas. A nuestro juicio, todos aquellos términos que no exijan actividad jurídica ante órganos públicos (administrativos o judiciales) deben computarse como "tiempo continuo", el cual, conforme lo respalda la doctrina mayoritaria, según se expuso, incluye los días llamados inhábiles.

Recientemente, la Corte Plena, ante consulta de la Asamblea Legislativa sobre el punto, expuso:

> "Es correcta la regla, pero conviene redactarla en sentido afirmativo así: 'En el cómputo civil de los plazos se incluyen los días inhábiles' ".[35]

IX. ACLARACIONES

Lo expuesto se aclara en el sentido de que cuando la Administración, en cualquiera de sus sectores, actúa en ejercicio de su capacidad de Derecho Privado; cuando las empresas públicas, por ejemplo, actúan frente a los particulares; cuando un ente público celebra un contrato privado, entran en juego las reglas civiles y comerciales: se cuentan los días hábiles e inhábiles como tiempo útil para los plazos contractuales.

También parece útil aclarar que la regla mercantil del artículo 423 (Código de Comercio) no debe llevarnos a engaño.

Ella expresa:

> "Las obligaciones mercantiles no serán exigibles sino durante las horas habituales de trabajo. Si la obligación vence un día domingo, un feriado, un día de asueto o en otro día que por fuerza mayor el establecimiento donde deba efectuarse

---

32. **TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No. 430 de las 8:10 hrs. del 11 de febrero de 1977.**
33. **SALA DE CASACION, No. 21 de las 15:20 hrs. del 28 de marzo de 1979.**
34. **TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Res. No. 422 de las 10:00 hrs. del 10 de abril de 1968.**
35. **Sesión de CORTE PLENA, No. 61 del 21 de julio de 1983. Página 40 del acta respectiva.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el pago esté cerrado, será satisfecha al siguiente día hábil".

Esto significa:

a) El texto se refiere a "las obligaciones" (a la situación jurídica del deudor de una relación obligatoria); la obligación es el deber-hacer del deudor de la prestación.

b) El texto no se refiere al ejercicio del derecho potestativo (el derecho potestativo —en este caso el de receso unilateral— no es, como en la obligación, un deber-hacer, sino un poder-hacer, una situación jurídica cuya satisfacción no requiere la participación (conducta) del otro sujeto; la participación de éste es meramente pasiva, en nuestro ejemplo: recibir la comunicación de receso unilateral.

c) El Código no permite exigir una obligación (mercantil) fuera de las horas habituales de trabajo, pero nada dice (en Derecho Privado lo no prohibido está permitido, de acuerdo con el principio de la autonomía privada, opuesto al de legalidad) acerca del derecho potestativo, el cual es perfectamente ejercitable en todo momento.

d) La confirmación de lo expuesto está en la práctica:

Pregunto: ¿Algún Juez osaría negar validez y eficacia a una comunicación de receso (contractualmente prevista) hecha por ejemplo mediante acta notarial un domingo en la persona y en la casa del representante legal del ente o empresa pública? Por supuesto que tal comunicación es válida y eficaz (pues no se trata de exigir una obligación mercantil, sino de ejercitar un derecho potestativo de receso). Esto revela que ese domingo *fue tiempo útil* (aunque judicialmente no hábil) para el ejercicio de la situación jurídica.

e) También esto significa que, aunque para exigir obligaciones mercantiles, tiene importancia la apertura del establecimiento, no ocurre igual con relación a los actos recepticios (actos recepticios son aquellos para cuya eficacia debe producirse comunicación al destinatario); precisamente, aunque una parte de la jurisprudencia acepta la validez de la notificación hecha en las oficinas (Tribunal Superior Primero Civil, No. 428 de las 9:30 hrs. del 6 de mayo de 1981, No. 443 de las 8:30 hrs. del 8 de mayo de 1981; Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 2442 de las 15:30 hrs. del 1 de setiembre de 1977). Otra parte de la jurisprudencia considera mejor la notificación hecha al personero "en persona", inclusive en su casa de habitación (Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sec. Segunda, No. 37 de las 10:45 hrs. del 25 de marzo de 1982; Tribunal Superior de Trabajo, No. 4924 de las 13:00 hrs. del 23 de octubre de 1980; Sala Primera de la Corte, de las 16:00 hrs. del 16 de julio de 1982). Es claro que cuando se notifica al personero en su casa de habitación no tiene ninguna importancia el hecho de que el establecimiento esté abierto o no. Lo relativo a las notificaciones tiene perfecto paralelismo con la lógica que debe imperar en las comunicaciones contractuales; particularmente aplicable es este razonamiento a la comunicación de receso unilateral, ya que ésta es ejercicio de un derecho potestativo y no ejercicio de un derecho de crédito (que es a lo que se refiere el artículo comercial transcrito).

X. CONCLUSIONES

Lo expuesto permite obtener las siguientes conclusiones:

a) El tratamiento del tiempo jurídicamente encuentra dificultades debido a la dispersión de textos y a la incoherencia de las codificaciones.

b) El receso unilateral en los contratos implica un derecho potestativo impeditivo perfectamente válido y eficaz.

c) Los principios sobre la prescripción son de tendencial referibilidad general para el cómputo del tiempo.

ch) En los términos de prescripción no se excluyen los llamados días inhábiles.

d) La disposición por la cual no se computa el último día de un término si no es hábil, es una excepción a la regla de que en general sí se computan los llamados días inhábiles.

e) El último día de un término cuenta en su totalidad, esto es, hasta la medianoche, sin intere-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sar si se trata de horas hábiles o no judicialmente.

f) La doctrina, mayoritariamente, sostiene que la regla general es la de que el tiempo es "continuo" y de que en los términos se computan también los días festivos.

g) El descuento de los días inhábiles tiene sentido en los términos judiciales y es por esto que en la materia procesal existe la excepción de que se descuenten los inhábiles.

h) Los llamados días inhábiles son, en realidad, días útiles en los términos no judiciales.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ASFIXIAS MECANICAS

DR. EDISON MARCELO JACOME SEGOVIA

CONTENIDO

Pág.

III. Análisis de las asfixias mecánicas en el Departamento Médicolegal de Costa Rica 156

Materiales y métodos 156

Resultados 156

IV. Discusión y conclusiones: 190

Recomendaciones 192

V. Bibliografía 193

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. ANALISIS DE LAS ASFIXIAS MECANICAS EN EL DEPARTAMENTO MEDICO-LEGAL DE COSTA RICA

Materiales y métodos.

Se tomó como base de la primera parte de este trabajo, las autopsias realizadas en el Departamento de Medicina Legal de Costa Rica desde el año 1965 hasta diciembre de 1983.

Durante este período (19 años) se practicaron 20.607 autopsias de las cuales 1.205 correspondieron a asfixias mecánicas.

Este grupo se desglosó en raza, sexo, edad, causa y manera de muerte.

Por su parte a cada una de las asfixias mecánicas (sumersión, sofocación, estrangulación y ahorcadura) se les clasificó de acuerdo con los parámetros anteriores. Igualmente se revisaron los hallazgos principales de autopsia médico-legal; y por último se tabuló las alcoholemias como procedimiento rutinario en toda autopsia médico-legal.

La segunda parte de esta tesis se encaminó al estudio histopatológico de las estructuras del cuello involucradas en la asfixia por ahorcadura, como también las alteraciones en otros órganos internos principales. Para esto se consideraron las asfixias por ahorcadura durante el período de 1981 a 1983. Se estudiaron 55 autopsias de un total de 56 casos durante este lapso, cada una de las cuales fueron procesadas para el estudio histológico correspondiente.

De este total de autopsias no se procesaron tres por cuanto se encontraban en estado de putrefacción, debido a una falla en la preservación de tejidos.

Las 52 muestras presentaban algunos órganos mal preservados; se procesaron según las técnicas usuales y tiñeron con hematoxilina eosina. En ciertas estructuras del cuello se aplicó la coloración de Verhoeff que es específico para visualizar fibras elásticas, las cuales adquieren color negro, mientras los núcleos aparecen azules y las colágenas rojas. También se empleó el Tricrómico de Masson que presenta los núcleos negros, el citoplasma rojo, el músculo rojo y las fibras colágenas de color azul.

RESULTADOS

Las asfixias mecánicas (1.205 autopsias) constituyen el 5,84% del total de autopsias que se realizaron en nuestro Departamento de 1965 a 1983. (Cuadro No. 1).

El sexo masculino predominó con un 86,09% mientras que el femenino tuvo un porcentaje del 13,90%. (Cuadro No. 2, gráfico No. 1).

La raza blanca fue la más afectada con un 98,27%, siguió la raza negra con 1,48% y por último la amarilla con un 0,08%; en dos casos no fue posible determinar la raza debido a que sólo consistían en algunos huesos. (Cuadro No. 3, gráfico No. 1).

La tabulación de la edad para una mejor comprensión fue dividida en intervalos de diez años, observándose que entre los 0 a 9 años se presentaron el 17,69% de los casos; entre los 10 a 19 años el 23,78%; de los 20 a 29 años el 23,37%; de los 30 a 39 años el 12,59%; de los 40 a los 49 años el 8,80%; de los 50 a 59 años el 5,84% y más de 60 años el 6,66%. Un porcentaje del 1,23% no fue posible la determinación de la edad. (Cuadro No. 4, gráfico No. 2).

En lo referente a la causa de muerte, la asfixia por sumersión se presentó en 834 casos correspondiente al 68,64%, la asfixia por ahorcadura en 175 casos para un porcentaje de 14,40%, la asfixia por sofocación en 156 casos para un porcentaje de 12,83%, y por último la asfixia por estrangulación con 50 autopsias correspondiendo a 4,11%. (Cuadro No. 5, gráfico No. 3).

En lo que se refiere a la manera de muerte, vemos que las de carácter accidental se presentaron en el 75,06% de los casos; la suicida en el 13,99%; y la homicida 5,10%. Se tabularon como pendientes de investigación o indeterminada un 5,84%. (Cuadro No. 6, gráfico No. 4).

De 1965 a 1983 hubo un total de 834 casos de asfixias por sumersión, de las cuales 827 se autopsiaron. De éstos el 87,52% correspondió al sexo masculino y el 12,47% al femenino. (Cuadro No. 7, gráfico No. 5). A la raza blanca pertenecía

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el 97,96% y a la raza negra el 1,79% de los casos.

En lo referente a la edad, entre los 0 a 9 años ocurrieron el 19,06% de las sumersiones, entre los 10 a 19 años el 28,17%; de los 20 a 29 años el 23,74%; de los 30 a 39 años el 10,67%; de los 40 a 49 años el 7,79%; entre los 50 a 59 años el 4,67% y más de 60 años el 4,19%. Debemos anotar que en 14 casos no fue posible tabular la edad. (Cuadro No. 8, gráfico No. 6).

La manera de muerte más frecuente en la asfixia por sumersión fue la accidental con 91%; en segundo término la suicida con 0,95%; luego la homicida con 0,35%. Debemos anotar que en un 7,67% no se pudo determinar la manera de la muerte y se le tabuló como pendiente de investigación. (Cuadro No. 9, gráfico No. 7).

Los hallazgos de autopsia dan un concepto real sobre los distintos signos de la asfixia por sumersión. En el examen externo, el hongo de espuma es uno de los signos característicos y se le encontró en un 28,89% de las autopsias. Fenómenos de putrefacción (cara de negro) se observó en el 25,75%. Lesiones a nivel de la frente, codos, rodillas y pies se observaron en el 20,79%; el cutis anserina en el 18,01%; signos de maceración (arrugamiento y blanqueamiento palmar y plantar) en el 10,88%; enrojecimiento de los ojos y hemorragias conjuntivales en un 6,65%. (Cuadro No. 10, gráfico No. 8).

El estudio de los signos internos pone de manifiesto una gama valiosa de datos para el diagnóstico de la asfixia por sumersión. Es así como en esta muestra, el enfisema acuoso (signo de Brouardel) se presentó en el 67,35% de las autopsias; la hemorragia del etmoides (signo de Vargas-Alvarado) en 54,17%; las hemorragias de peñascos (signo de Niles) en 60,94%, siendo estos los más específicos. Además se observaron signos generales de las asfixias como cianosis y congestión visceral en el 45,82%; petequias y hemorragias (Tardieu y Paltauf) en 29,62%; fluidez de la sangre en 27,20% y congestión y edema cerebral en 19,83%. (Cuadro No. 11, gráfico No. 9).

Se hizo una correlación sobre la influencia del alcohol ingerido en los casos de asfixia por sumersión, encontrándose que 215 autopsias presentaron alcoholemias positivas, y de éstas 75 tenían valores sobre 200 mgm/100 ml y 9 sobre los 400 mgm/100 ml. Pero, en la gran mayoría de alcoholemias informadas se menciona que las muestras objeto de estudio estaban en estado de putrefacción. Curry (9) manifiesta que valores superiores a 100 mgm/100 ml de muestras putrefactas deben considerarse positivas por alcohol etílico mediante el método de la cromatografía de gases. En el laboratorio toxicológico de nuestro Departamento la cromatografía de gases se instauró desde el año 1979. (Cuadro No. 12).

Asfixia por sofocación

Este tipo de asfixia mecánica, en los 19 años que comprendió esta revisión, se presentó en 156 casos, de los cuales sólo uno no se autopsió. El 98,71% correspondió a la raza blanca y el 1,28% a la raza negra. El sexo masculino fue el más afectado con 79,48% y el sexo femenino con un 20,51%. (Cuadros Nos. 13 y 14, gráfico No. 10).

En lo que se refiere a los grupos de edad observamos que de 0 a 9 años un porcentaje del 26,92%; de 10 a 19 años el 13,46%; de los 20 a 29 años un 21,79%; de los 30 a 39 años un 12,17%; de los 40 a 49 años el 8,97%; igual porcentaje entre los 50 a 59 años, y sobre los 60 años un 7,69%. (Cuadro No. 15, gráfico No. 11).

En relación con los tipos de sofocación, la sofocación por obstrucción de vías respiratorias fue encontrada en el 41,45%; la compresión torácico-abdominal 24,35%; la sofocación por carencia de aire respirable (sepultamiento 16,66% y confinamiento 1,28%), y por obturación de los orificios respiratorios el 14,74%. (Cuadro No. 16, gráfico No. 12).

La manera de muerte accidental es la más común en la asfixia por sofocación con el 88,46% de los casos, luego observamos la homicida con el 7,69% de casos y por último la suicida con el 1,28% de los casos. Se tabuló como pendientes el 2,56% de los casos. (Cuadro No. 17, gráfico No. 13).

Sobre los hallazgos de autopsia y como signo externo predominante se destacó la mascarilla equimótica de Morestin con el 20,64% de las autopsias. Dentro de los signos internos los más llamativos fueron la cianosis y la congestión visceral con un 83,87%; edema y hemorragias pulmonares en el 61,93%; petequias en el corazón y pulmones en 26,45%; congestión de la orofaringe en el 20%; atelectasia pulmonar 5,80% y fracturas costales en el 13,54%. En 69 casos (44,51%) se localizó cuerpo extraño en las vías respiratorias. (Cuadro No. 18, gráfico No. 14).

La alcoholemia fue positiva en 35 casos, 8 con cifras menores de 100 mg%; 7 entre 101 y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

200 mg%; 11 casos entre 201 y 300 mg% y 9 casos sobre los 300 mg/100 ml.

Asfixia por estrangulación

La asfixia por estrangulación estuvo representada por 50 casos, a todos los cuales se les practicó la autopsia.

El 66% correspondió al sexo masculino y 34% al femenino. Todo los casos se presentaron en la raza blanca. (Cuadro No. 19, gráfico No. 15).

La etiología homicida fue la más frecuente con 94% de víctimas (5 casos el motivo fue la violación, 4 por robo, y 4 por problemas entre homosexuales); la accidental se presentó en dos casos (4%) y un caso (2%) se tabuló como pendiente de investigación. (Cuadro No. 20, gráfico No. 16).

En relación con la edad de las víctimas vemos en el grupo entre 0 y 9 años un porcentaje del 14%; entre 10 y 19 años el 10%; de los 20 a 29 años un 16%; entre los 30 a 39 años el 14%; de los 40 a 49 años el 6%; de los 50 a 59 años un 10% y sobre los 60 años el 30%. (Cuadro No. 21, gráfico No. 17).

Al revisar el marco teórico, hicimos referencia a las variedades de estrangulación (lazo, mano, mixta, mediante dispositivos cilíndricos). En el presente trabajo observamos que el 26% de los casos fue por lazo; el 48% a mano; el 20% tenía los dos componentes anteriores; y el 6% se debió al empleo de otros métodos. (Cuadro No. 22, gráfico No. 18).

Los hallazgos de autopsia fueron muy característicos. En el 74% de los casos hubo equimosis a nivel del cuello, el 70% presentó marcas de las uñas (estigmas ungueales); cianosis y congestión de la cara se presentaron en el 66% de los casos, la proyección de la lengua entre los dientes (signo de Zitkov) fueron observados en siete casos (14%), el surco de estrangulación estuvo presente en un 40% de los casos. Al examen interno, la hemorragia de las estructuras del cuello (músculos, glándulas submaxilares, ganglios cervicales) fue el signo más llamativo encontrándose en el 84% de las autopsias; petequias a nivel de pericardio, pleuras y serosas fueron visibles en el 60%. Fracturas del hioides se encontraron en doce casos (24%), a otros signos generales de las asfixias correspondió el 22%. (Cuadro No. 23, gráfico No. 19).

La determinación de alcohol en sangre fue positiva en 10 casos, de los cuales seis tenían valores menores a 100 mg%; uno entre 101 y 200 mg%; 2 entre 201 y 300 mg% y un caso sobre los 300 mg%.

ASFIXIA POR AHORCADURA

a) Incidencia

Debemos manifestar que en cuanto a la asfixia por ahorcadura durante los 19 años revisados en este trabajo, se presentó en 175 años, de los cuales 173 se autopsiaron. El sexo masculino fue el que mayor incidencia tuvo con un 90,85%, mientras que el 9,14% correspondió al femenino.

La raza blanca con 173 casos presentó un porcentaje del 98,85%; la raza negra y la raza amarilla con un caso cada una, para un porcentaje del 0,57% cada una. (Cuadros Nos. 24 y 25, gráfico No. 20).

Sobre los grupos de edad observamos de 0 a 9 años un porcentaje del 4%; de 10 a 19 años un 16%; de 20 a 29 años un 25,14%; de los 30 a 39 años un 21,71%; de 40 a 49 años un 14,28%; de 50 a 59 años un 7,42% y sobre los 60 años un 10,85%. (Cuadro No. 26, gráfico No. 21).

Se demostró que la manera de muerte suicida es la predominante en este tipo de asfixias mecánicas con el 91,42%; en segundo lugar la accidental con 5,71%; y la accidental autoerótica con 1,71%; dos casos se tabularon como pendientes de investigación. (Cuadro No. 27, gráfico No. 22).

b) Clasificación

Sobre el nudo proximal, fue típico o sea localizado en la parte media de la nuca en el 36,4% de las autopsias, el 38,7% presentó un nudo atípico y un 19,65% el nudo fue corredizo.

El tipo de suspensión del cuerpo, fue completa en el 8,09% e incompleta en el 47,97%, cabe señalar que en el 45% restante no fue posible su tabulación debido a que no constaban dentro del protocolo de autopsia.

Específicamente sobre los hallazgos de autopsia, el surco duro estuvo presente en el 75,14% de los autopsiados, mientras que un 14,45% pre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sentó un surco blando; en el resto no se logró establecer por estar casi en reducción esquelética. En 13 víctimas se logró identificar dos o más surcos de ahorcadura. (Cuadro No. 28, gráfico No. 23).

En lo referente al elemento de ahorcadura empleado, el más común fue la cuerda de cabuya en 54 casos; cuerdas de nailon y de hule en 30 casos; artículos de tela y de algodón (vestidos y sábanas) en 35 casos; cables eléctricos en 8 casos y cinturones de cuero en 7 casos. (Cuadro No. 29, gráfico No. 24).

c) Escena de la muerte

Respecto al lugar donde se produjo el hecho, 63 casos ocurrieron en el interior de una residencia, 60 en lugares periféricos al domicilio, 8 en medios hospitalarios, especialmente psiquiátricos y 19 en centros de reclusión.

En 47 víctimas había antecedentes psiquiátricos. (Cuadro No. 30, gráfico No. 25).

d) Autopsia médico-legal

El rostro blanco se encontró en el 39,88% de las autopsias, mientras que en un 28,90% presentó el rostro azul. Un 16,76% tenían congestión y hemorragias conjuntivales, el signo de Zitkov fue visible en el 19,65%. Lividece localizadas en la mitad inferior del cuerpo se determinaron en el 27,74% de los casos.

Erección y eyaculación estuvieron presentes en el 9,8%. (Cuadro No. 31, gráfico No. 26).

Al examen interno y principalmente en la región del cuello, desgarros de la íntima y de carótida primitiva (signo de Amussat) se hallaron en el 19,07% de las autopsias; desgarro de la adventicia (signo de Etienne Martin) 4,62%; desgarro de la íntima de las carótidas internas (signo de Lesser) en 4,62%; desgarro de la túnica externa de las yugulares (signo de Ziemke) el 10,40%.

Hemorragias y desgarros musculares, especialmente a nivel del esternocleidomastoideo y cutáneo del cuello se observaron en el 49,13% de las autopsias.

Fracturas del hioides y de los cartílagos tiroides y cricoides se observaron en el 10,40% de los casos.

Signos faríngeos caracterizados por edema y congestión de la epiglotis, equimosis retrofaríngea (signos de Brouardel, Vibert y Descoust) y congestión infraestructural se presentaron en el 18,49%. Signos laríngeos caracterizados por congestión y edema, así como hemorragias del cartílago cricoides fueron vistos en el 15,02% de las autopsias.

Signos generales de las asfixias mecánicas caracterizados por congestión y cianosis visceral, fluidez de la sangre, y petequias subepicárdicas y subpleurales se visualizaron en el 74,56% de los casos. (Cuadro No. 32, gráfico No. 27).

La determinación del alcohol en sangre fue positiva en 49 autopsias, de las cuales 13 tuvieron cifras menores a 100 mg%; 17 entre 101 y 200 mg%; 9 entre 201 y 300 mg% y 8 con valores superiores a 300 mg%.

e) Estudio histológico

Como lo manifestamos en el capítulo de materiales y métodos, la segunda parte de este trabajo se dedicó al estudio histopatológico de las estructuras del cuello involucradas en la asfixia por ahorcadura. Es así como durante el período de 1981 a 1983 se presentaron 56 casos de los cuales a 55 se le practicaron autopsias, varias de ellas personalmente por el autor. Aparte del surco con sus características primordiales, al examen interno no se visualizaban lesiones en algunos casos; mientras que otros presentaban signos vasculares y musculares clásicamente descritos. También fueron muy comunes hemorragias a nivel de las glándulas submaxilares, amígdalas palatinas, polos superiores de la glándula tiroides y ganglios cervicales; hemorragias de las túnicas externas de los vasos (yugulares y carótidas) y del nervio vago, que en ocasiones llegaban a formar pequeños hematomas. Además había edema y congestión de la epiglotis y hemorragia a nivel del cartílago cricoides.

En cada una de las autopsias procesadas los resultados histológicos fueron llamativos.

El estudio histológico de los pulmones dio datos positivos en 48 de las autopsias las cuales consistían en una intensa congestión aguda y dilatación vascular, zonas hiperaereadas con ruptura de los tabiques interalveolares (enfisema agudo) y zonas de colapso. Algo llamativo fue la observación de edema y focos de hemorragia intraparenquimatosa.

El estudio del corazón fue positivo en 12 casos mientras que en 40 el examen histológico del órgano era aparentemente normal. Además de la congestión vascular, algunas fibras miocárdicas estaban edematosas y con pequeñas hemorragias subpericárdicas.

Los riñones que macroscópicamente tenían una cianosis muy acentuada, al estudio microscópico, 43 nos presentaron congestión aguda severa de la región córtico-medular.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El hígado en 38 autopsias mostró dilatación de las venas centrolobulillares, congestión sinusoidal y de los espacios porta.

El estudio del páncreas en 7 casos demostró hemorragias entre las trabéculas fibrosas y el parénquima, en 25 casos los cortes histológicos no presentaron alteraciones y en 23 estaban autolisados.

El bazo en 40 casos presentó una congestión aguda.

Las suprarrenales en 26 cortes histológicos tenían congestión vascular aguda.

El estómago e intestino delgado en 30 autopsias mostraban una congestión vascular de la submucosa.

La glándula tiroides en 30 casos se caracterizó por presentar hemorragias periféricas y del estroma y congestión vascular.

En el cerebro, en 34 casos se determinó signos de congestión vascular y signos de hipoxia neuronal aguda caracterizados por un citoplasma eosinófilo e hipercromatismo de los núcleos.

En 19 cortes histológicos de los testículos se observó una congestión vascular localizada a nivel del epidídimo, 16 casos no presentaron alteraciones y 20 se encontraron autolisados.

El estudio del esófago en 15 casos nos demostró una congestión vascular y edema de la submucosa y 17 no presentaron ninguna alteración. Debe observarse que en 23 casos no se realizaron estudios histológicos de este órgano. (Cuadro No. 33).

Posteriormente y en forma programada estudiamos la piel del cuello. En 48 casos la epidermis presentaba aplanamiento del epitelio, desprendimiento dermato-epidérmico y edema de la porción papilar. En un caso, sobre el estrato córneo se observó un material extraño que posiblemente correspondía al material de la cuerda de ahorcadura.

Al estudio de la dermis en 47 casos había dilatación y hemorragia vascular, ruptura y fragmentación de las fibras colágenas y elásticas y la presencia de vesículas subepidérmicas de origen traumático. El tejido celular subcutáneo mostró una fragmentación de los bordes celulares, encontrándose partículas de grasa entre las fibras elásticas y colágenas. Los órganos anexos (glándulas sudoríparas y sebáceas y folículos pilosos) en ocasiones presentaban deformación traumática de sus estructuras.

En 26 casos a nivel de los músculos del cuello estudiados se observó hemorragia entre las fibras, así como también fragmentación y desorganización del tejido; e infiltración por tejido graso adyacente.

El estudio de los vasos arteriales demostró en 45 casos hemorragia y congestión a nivel de la adventicia con fragmentación de tejido conectivo. A nivel de la capa media en 27 casos se pudo observar una pérdida de continuidad de las fibras elásticas con formación de hendiduras.

En ciertos cortes fue muy característico la separación entre la íntima y la media.

En 16 casos la íntima presentaba un edema endotelial y en 5 de estos casos fue posible observar fragmentación de esta capa que macroscópicamente correspondía al signo de Amussat.

El estudio histológico de las yugulares en 43 casos mostró hemorragias en la adventicia que infiltraba el tejido adiposo adyacente y fragmentario del tejido fibro-conectivo. La media en 26 casos presentó disolución de sus capas y en 6 casos el endotelio mostró un desprendimiento traumático total o parcial.

Los cortes histológicos de la epiglotis en 36 casos tenían un edema de la submucosa con gran congestión y dilatación vascular, vacuolización de las células del epitelio con separación del epitelio del estroma. La integridad del epitelio en la mayoría de casos estaba respetada. Cabe señalar que en 12 cortes no se realizó el estudio histológico por adolecer de fallas en la técnica o putrefacción avanzada.

El nervio vago fue procesado únicamente en 22 casos de los cuales 7 presentaban hemorragia reciente dentro de su estroma y en su periferia.

Los ganglios de la región cervical se procesaron en 23 casos de los cuales 17 mostraban congestión vascular aguda y hemorragias intraparenquimatosas.

En la lengua de las 22 procesadas, 17 presentaban congestión de los vasos de la submucosa, mientras que en tres fue posible encontrar hemorragias a nivel de la porción muscular y una pequeña excoriación de la mucosa que macroscópicamente correspondía al signo de Zitkov.

En último término el estudio histológico de la tráquea en 18 de los 30 casos estudiados mostró congestión aguda de la submucosa, leve edema de la mucosa y hemorragias focales del tejido adiposo cercano.

En cuatro casos se estudió en forma particular el cartílago cricoides para confirmar histológicamente la presencia de hemorragias que se habían observado macroscópicamente. (Cuadro No. 34).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RESULTADOS

Cuadro No. 1

ASFIXIAS MECANICAS

Año	No. de autopsias	No. de asfixias	Porcentaje
1965	444	15	1,24
1966	683	24	1,99
1967	767	34	2,82
1968	783	49	4,06
1969	964	42	3,48
1970	1045	25	2,07
1971	1096	55	4,56
1972	1120	50	4,14
1973	704	35	2,40
1974	860	59	4,89
1975	961	44	3,65
1976	1188	68	5,64
1977	1227	78	6,47
1978	1254	85	7,05
1979	1510	107	8,87
1980	1795	130	10,78
1981	1586	111	9,21
1982	1400	90	7,46
1983	1184	104	8,63
TOTAL	20607	1205	5,84

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 2

ASFIXIAS MECANICAS

Desglose por sexo

Sexo	Casos	Porcentaje
Masculino	1046	86,09
Femenino	169	13,90

Cuadro No. 3

ASFIXIAS MECANICAS

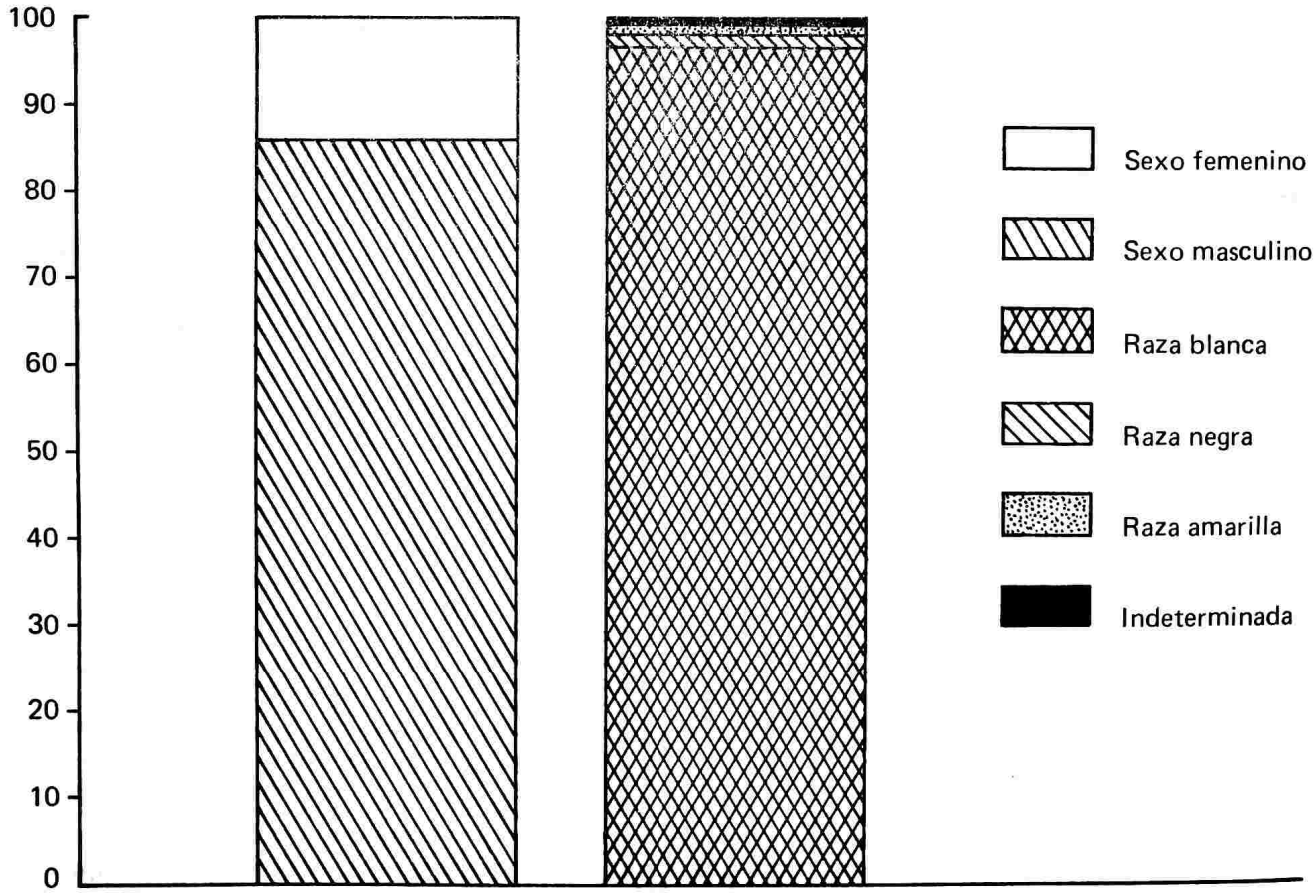
Desglose por raza

Raza	Casos	Porcentaje
Blanca	1194	98,27
Negra	18	1,48
Amarilla	1	0,08
Indeterminada	2	0,16

ASFIXIAS MECANICAS 1965–1983

Gráfico No. 1

Raza y Sexo



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 4

ASFIXIAS MECANICAS

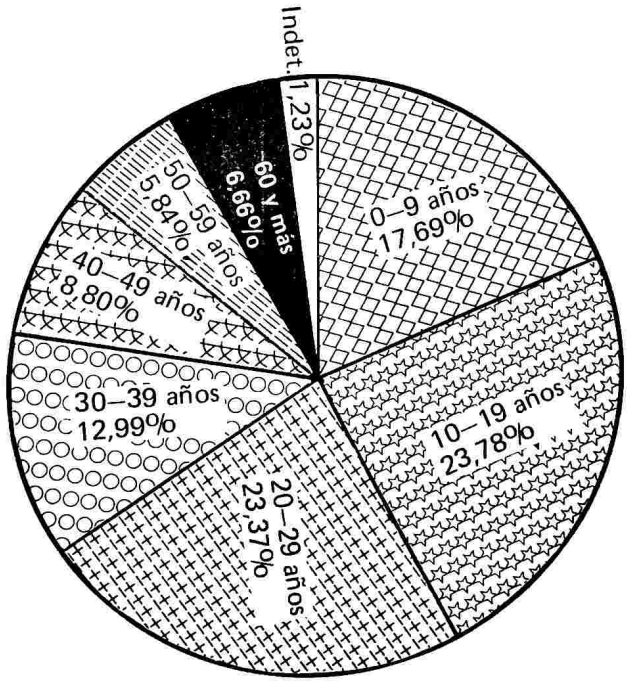
Desglose por edad

Grupos de edad	Casos	Porcentaje
0 – 9	215	17,69
10 – 19	289	23,78
20 – 29	284	23,37
30 – 39	153	12,59
40 – 49	107	8,80
50 – 59	71	5,84
60 y más	81	6,66
Indeterminada	15	1,23

ASFIXIAS MECANICAS 1965–1983

Gráfico No. 2

Grupos de edad



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 5

ASFIXIAS MECANICAS

Número de casos estudiados

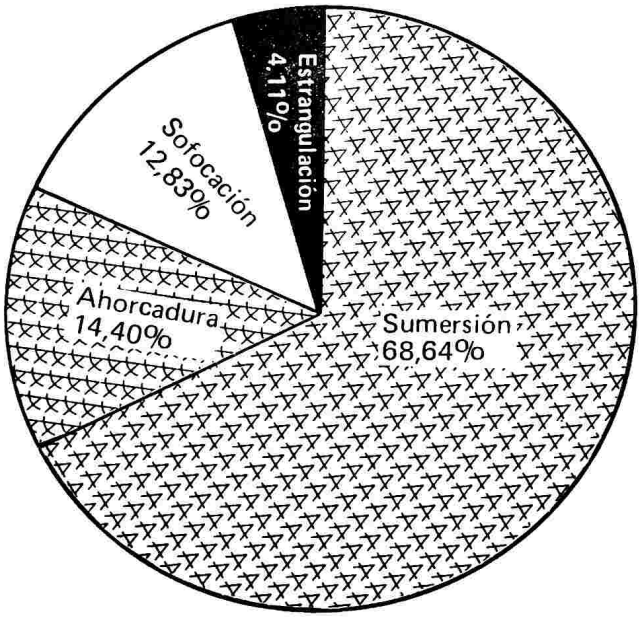
Desglose por tipo de asfixia

Tipo	Casos	Porcentaje
Sumersión	834	68,64
Ahorcadura	175	14,40
Sofocación	156	12,83
Estrangulación	50	4,11

ASFIXIAS MECANICAS 1965–1983

Gráfico No. 3

Causa de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 6

ASFIXIAS MECANICAS

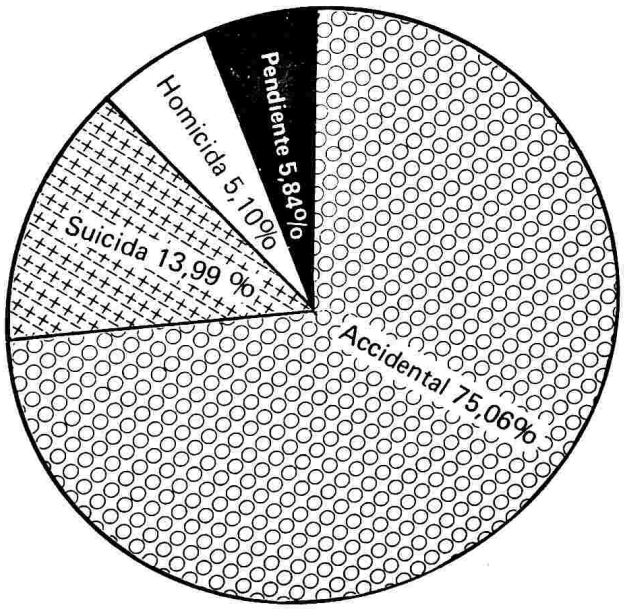
Desglose por manera de muerte

Manera de muerte	Casos	Porcentaje
Accidental	912	75,06
Suicida	170	13,99
Homicida	62	5,10
Pendiente	71	5,84

ASFIXIAS MECANICAS 1965–1983

Gráfico No. 4

Manera de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 7

ASFIXIAS POR SUMERSION

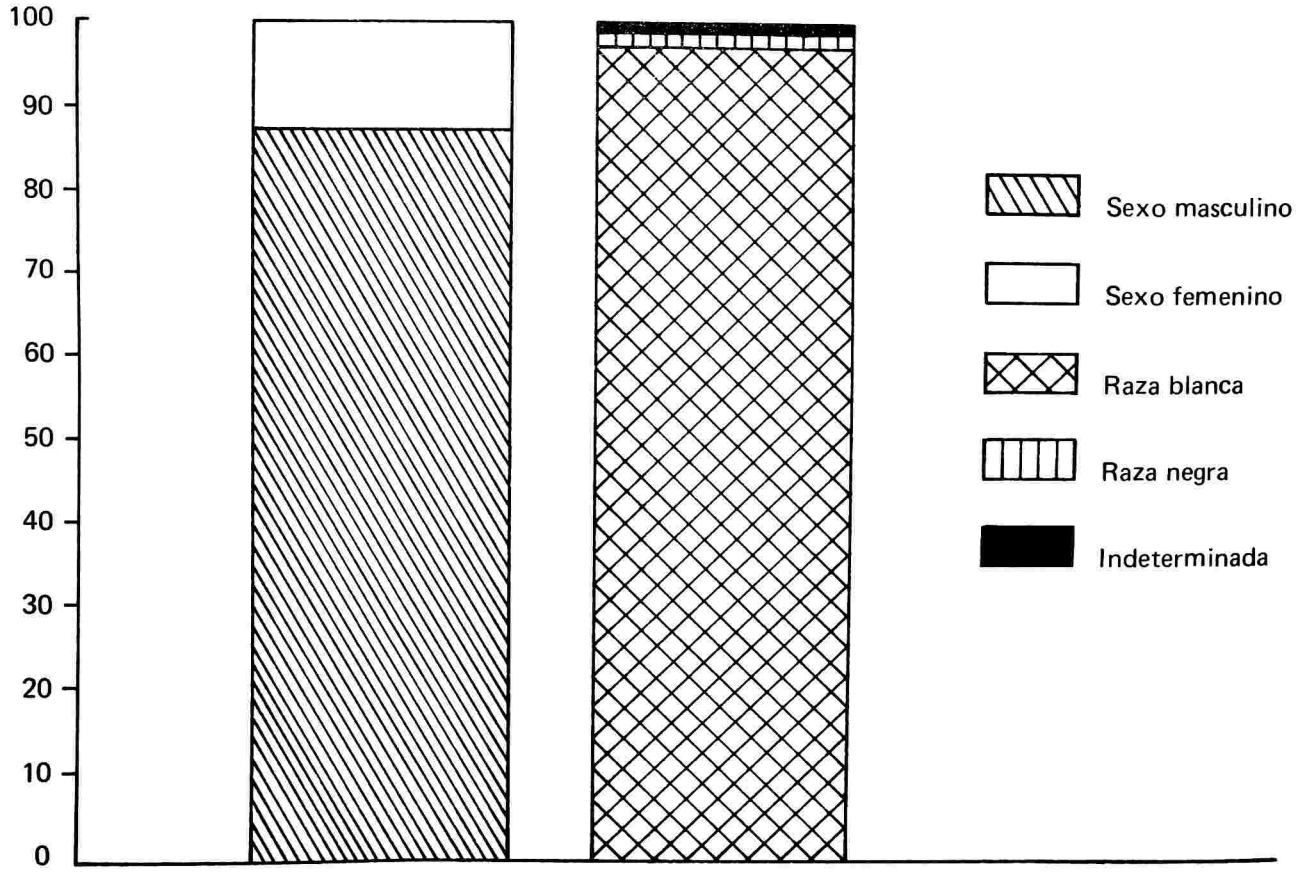
Desglose por sexo y raza

Sexo	Casos	Porcentaje
Masculino	730	82,52
Femenino	104	12,47
Raza		
Blanca	817	97,96
Negra	15	1,79
Indeterminada	2	0,23

ASFIXIAS POR SUMERSION 1965–1983

Gráfico No. 5

Raza y sexo



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 8

ASFIXIAS POR SUMERSION

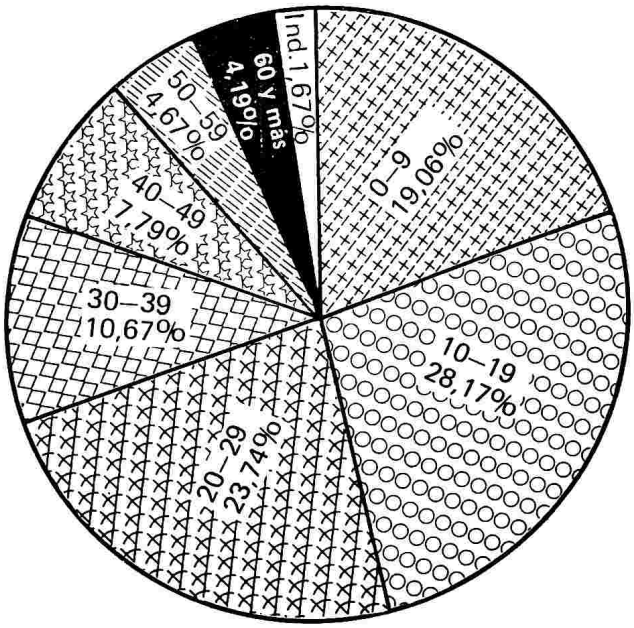
Desglose por grupos de edad

Grupos de edad	Casos	Porcentaje
0 — 9	159	19,06
10 — 19	235	28,17
20 — 29	198	23,74
30 — 39	89	10,67
40 — 49	65	7,79
50 — 59	39	4,67
60 y más	35	4,19
Indeterminada	14	1,67

ASFIXIAS POR SUMERSION 1965—1983

Gráfico No. 6

Grupos de edad

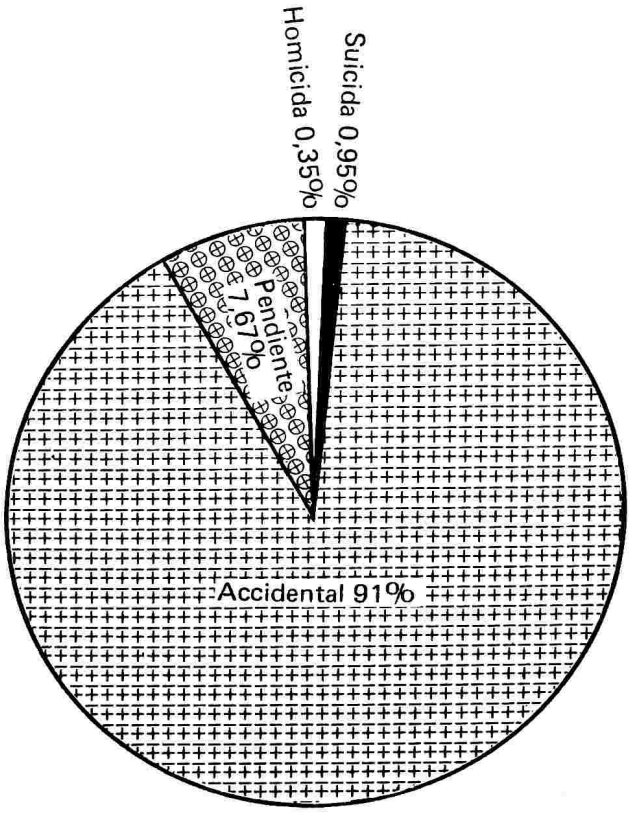


Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 9
ASFIXIAS POR SUMERSION
Manera de muerte

Manera de muerte	Casos	Porcentaje
Accidental	759	91,00
Suicida	8	0,95
Homicida	3	0,35
Pendiente	64	7,67

ASFIXIAS POR SUMERSION 1965–1983
Gráfico No. 7
Manera de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 10

ASFIXIAS POR SUMERSION

Hallazgos de autopsia

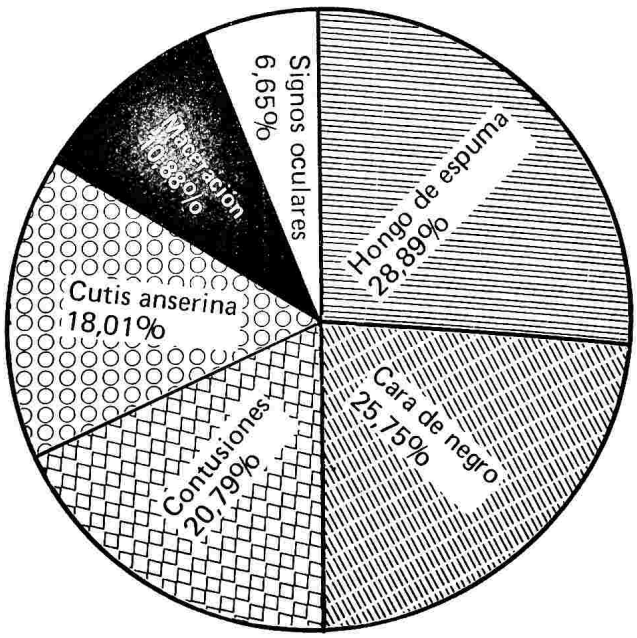
Signos externos	Casos	Porcentaje
Hongo de espuma	239	28,89
Cutis anserina	149	18,01
Congestión conjuntival	50	6,65
Maceración	90	10,88
Cara de negro	213	25,75
Excoriaciones	172	20,79

ASFIXIAS POR SUMERSION 1965–1983

Gráfico No. 8

Hallazgos autopsia

(Signos externos)



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 11

ASFIXIAS POR SUMERSION

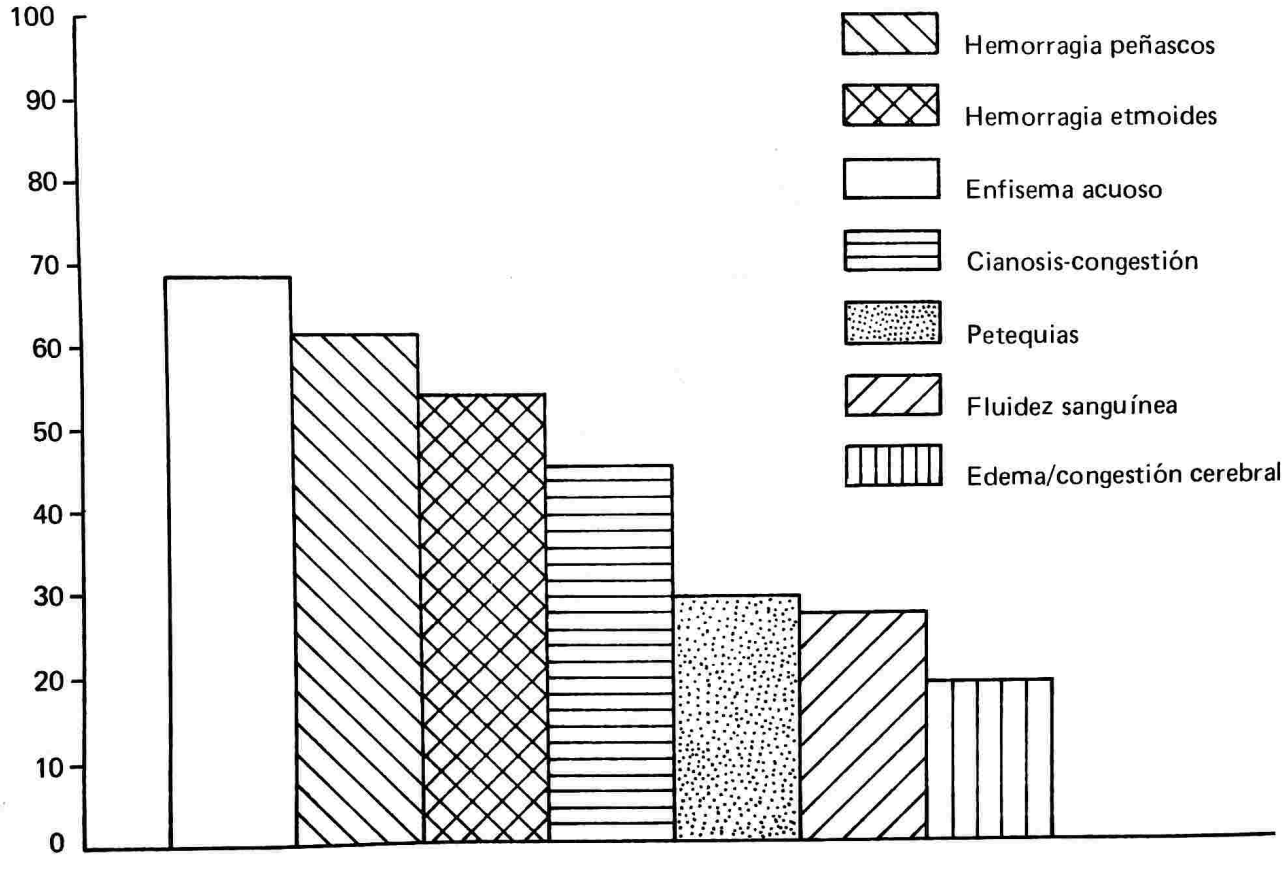
Hallazgos de autopsia

Signos internos	Casos	Porcentaje
Hemorragia etmoidal	448	54,17
Hemorragia peñascos	504	60,94
Enfisema acuoso	557	67,35
Congestión visceral	379	45,82
Fluidez sanguínea	225	27,20
Petequias	245	29,62
Edema cerebral	164	19,83

ASFIXIAS POR SUMERSION 1965–1983

Gráfico No. 9

Signos internos



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 12
ASFIXIAS POR SUMERSION
Alcoholemia

Alcoholemia	Casos
0 – 100 mg	81
101 – 200 mg	59
201 – 300 mg	46
301 – 400 mg	20
más de 400 mg	9

***

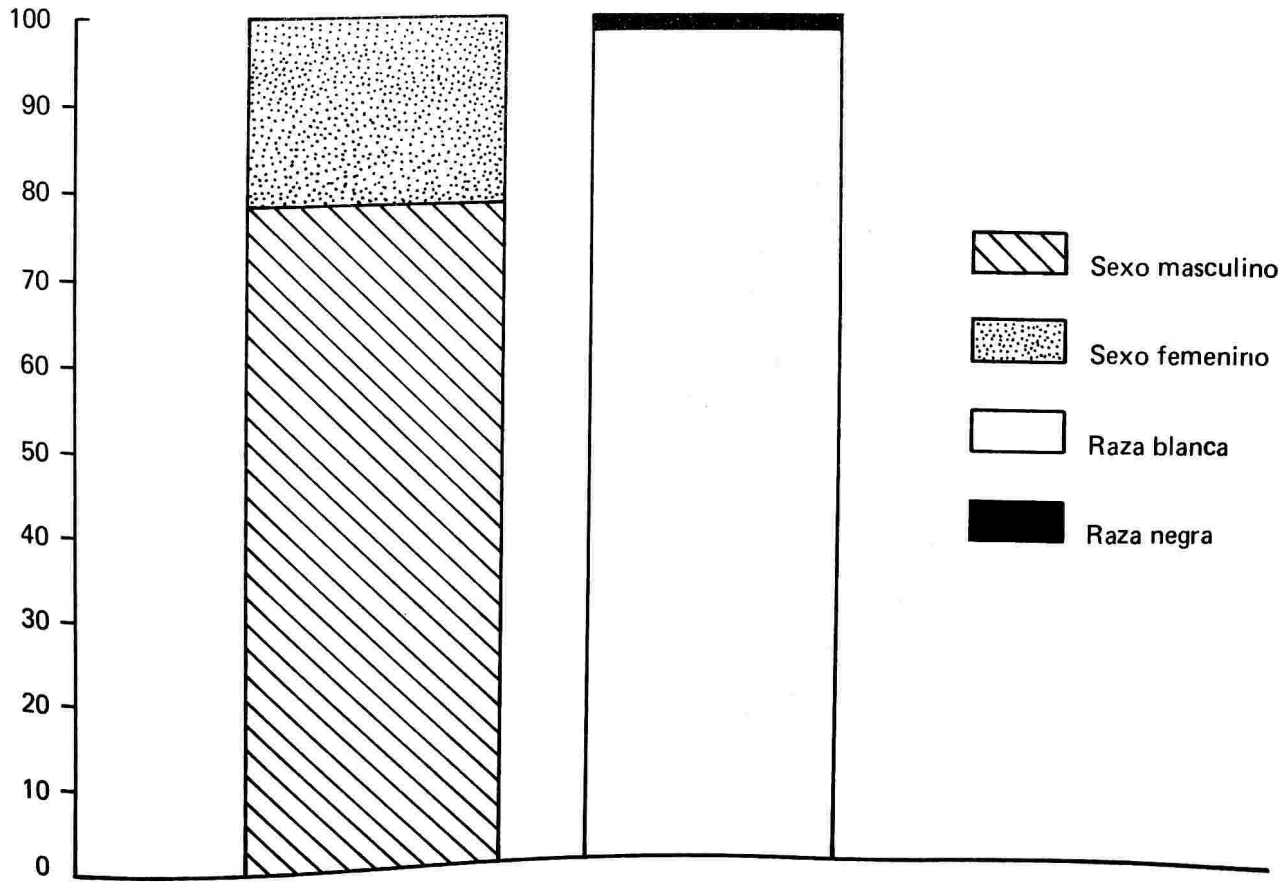
Cuadro No. 13
ASFIXIAS POR SOFOCACION
Desglose por raza

Raza	Casos	Porcentaje
Blanca	154	98,71
Negra	2	1,28

Cuadro No. 14
ASFIXIAS POR SOFOCACION
Desglose por sexo

Sexo	Casos	Porcentaje
Masculino	124	79,48
Femenino	32	20,51

ASFIXIAS POR SOFOCACION 1965–1983
Gráfico No. 10
Raza y sexo



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 15

ASFIXIAS POR SOFOCACION

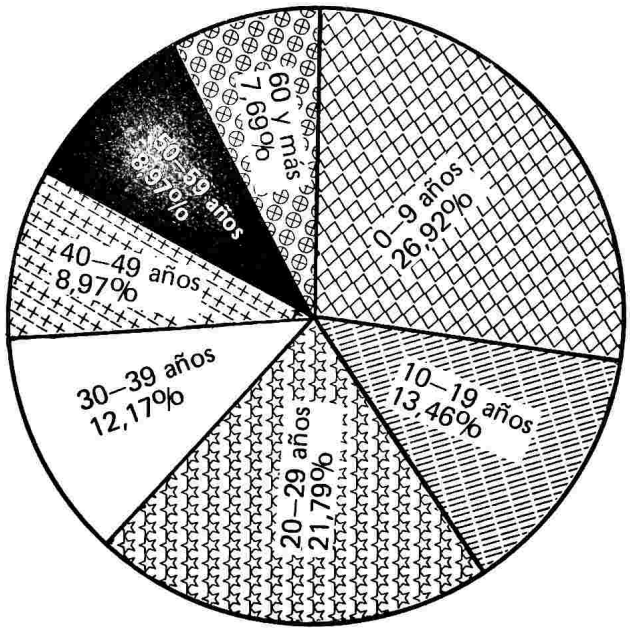
Desglose por edad

Grupos de edad	Casos	Porcentaje
0 — 9 años	42	26,92
10 — 19 años	21	13,46
20 — 29 años	34	21,79
30 — 39 años	15	12,17
40 — 49 años	14	8,97
50 — 59 años	14	8,97
60 y más años	12	7,69

ASFIXIAS POR SOFOCACION 1965—1983

Gráfico No. 11

Grupos de edad



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 16

ASFIXIAS POR SOFOCACION

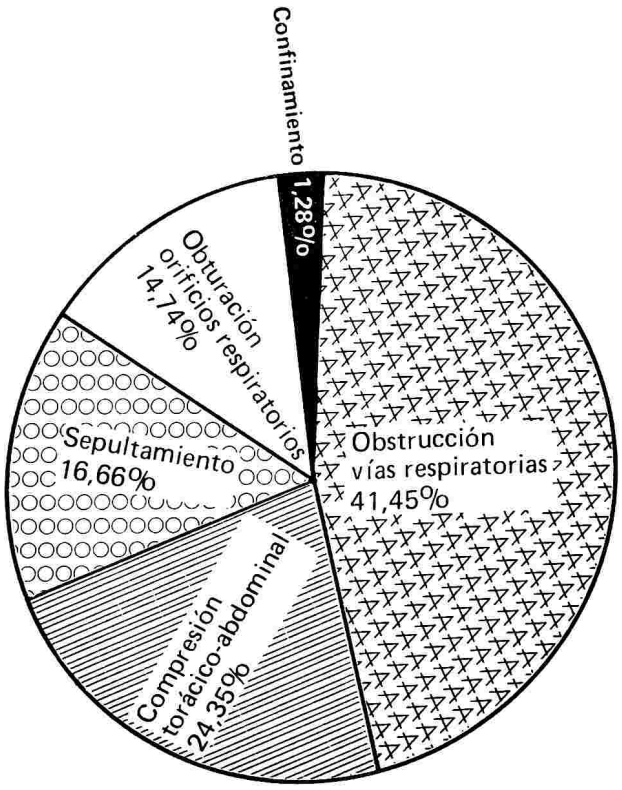
Análisis de las variedades o tipos

Tipos	Casos	Porcentaje
Obstrucción vías respiratorias	65	41,45
Compresión torácico-abdominal	38	24,35
Sepultamiento	26	16,66
Obturación orificios respiratorios	23	14,74
Confinamiento	2	1,28

ASFIXIAS POR SOFOCACION 1965–1983

Gráfico No. 12

Tipos



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 17

ASFIXIAS POR SOFOCACION

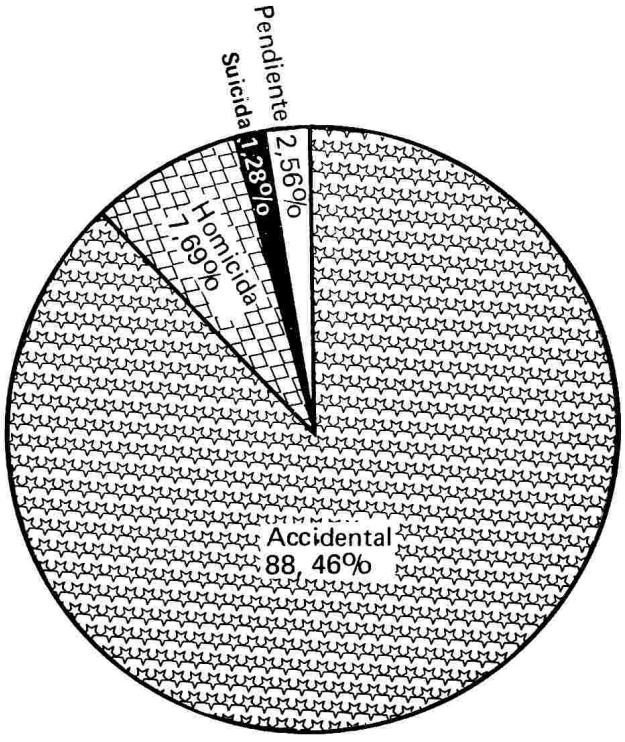
Manera de muerte

Manera de muerte	Casos	Porcentaje
Accidental	138	88,46
Homicida	12	7,69
Suicida	2	1,28
Pendiente o indeterminada	4	2,56

ASFIXIAS POR SOFOCACION 1965–1983

Gráfico No. 13

Manera de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 18

ASFIXIAS POR SOFOCACION

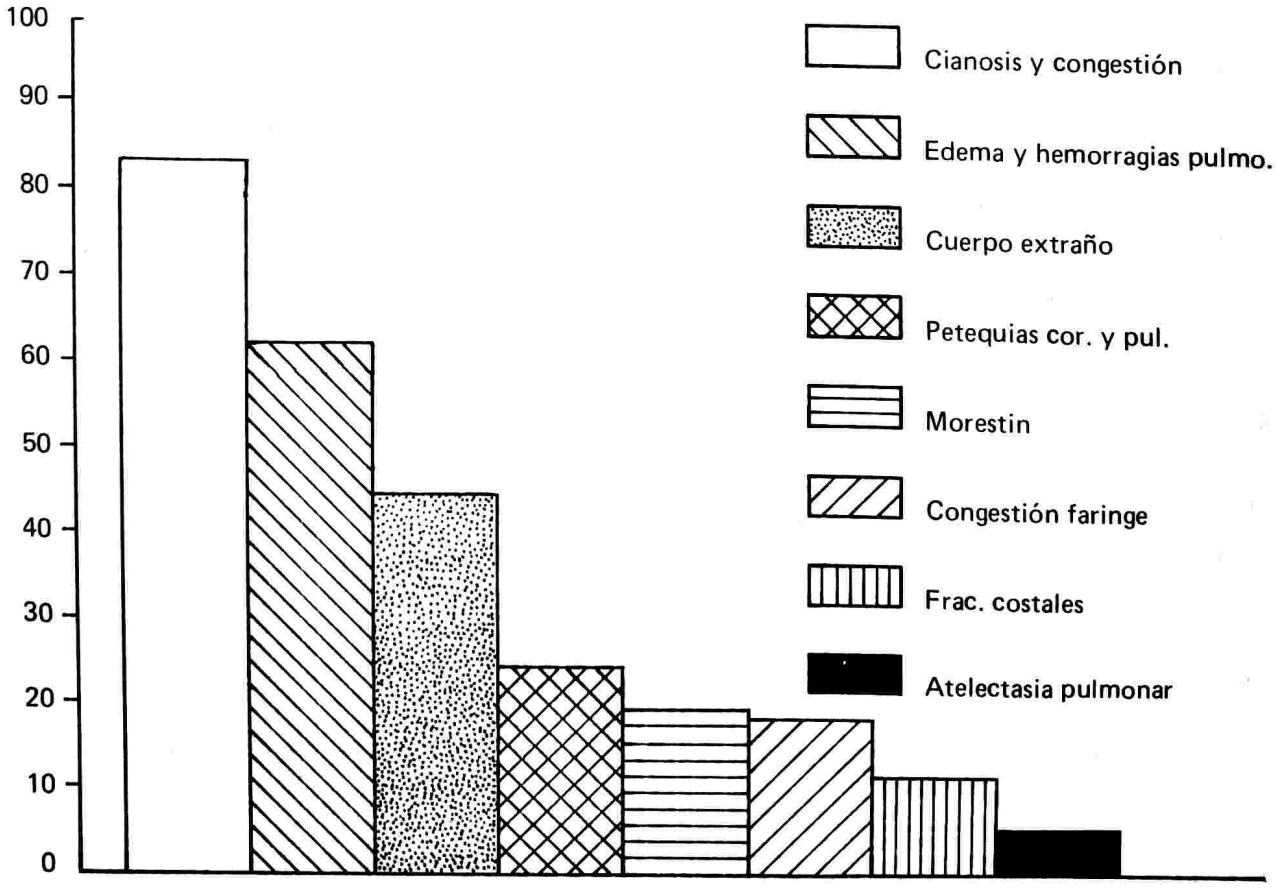
Hallazgos de autopsia

Signos	Casos	Porcentajes
Cianosis y congestión visceral	130	83,87
Edema y hemorragia pulmonar	96	61,93
Cuerpo extraño	69	44,51
Petequias en corazón y pulmones	41	26,45
Morestin	32	20,64
Congestión de la faringe	31	20,00
Fracturas costales	21	13,54
Atelectasia pulmonar	9	5,80

ASFIXIAS POR SOFOCACION 1965–1983

Gráfico No. 14

Hallazgos de autopsia



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 19

ASFIXIA POR ESTRANGULACION

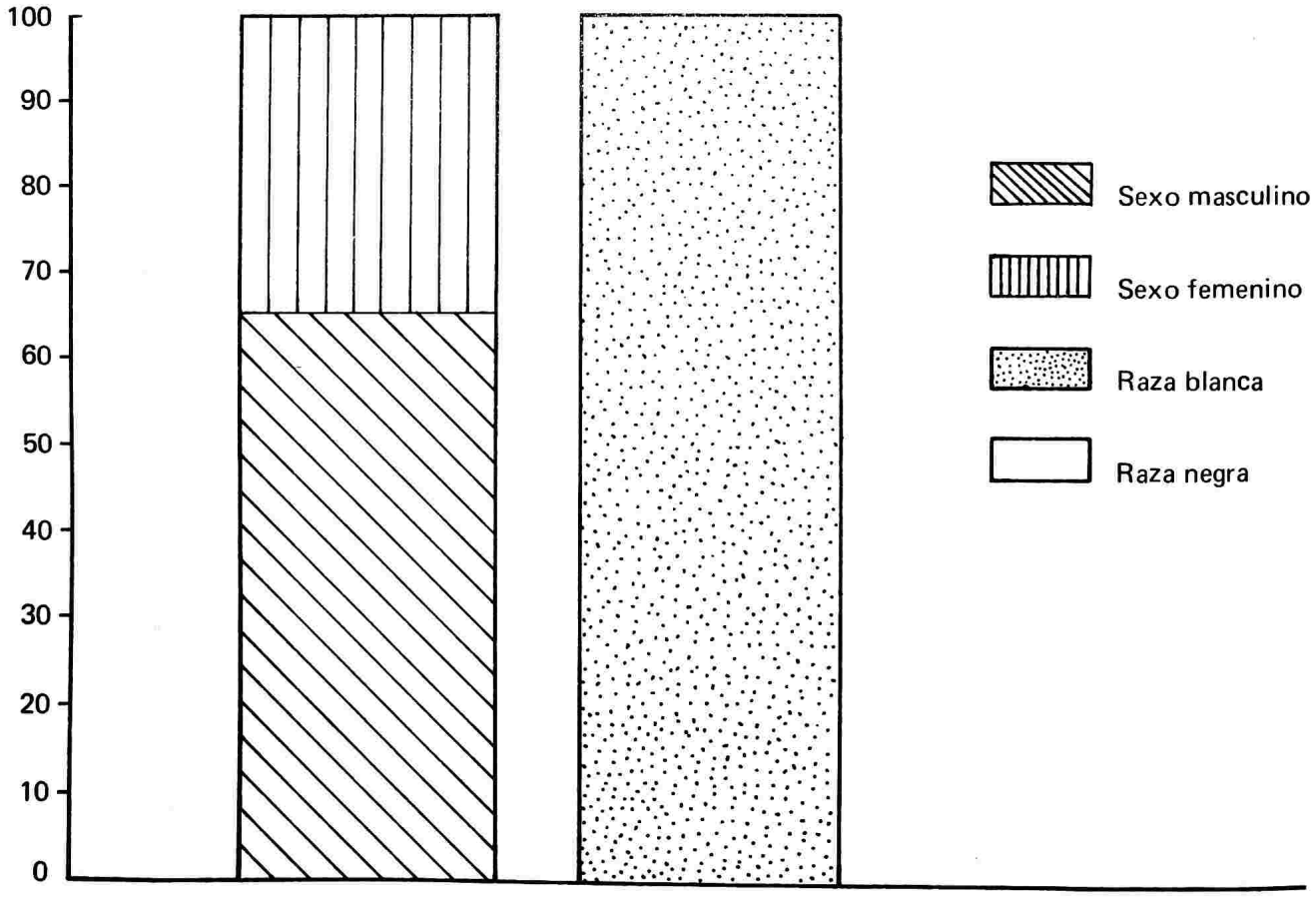
Desglose por sexo y raza

Sexo	Casos	Porcentaje
Masculino	33	66
Femenino	17	34
Raza blanca	50	100

ASFIXIAS POR ESTRANGULACION 1965–1983

Gráfico No. 15

Raza y sexo



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 20

ASFIXIA POR ESTRANGULACION

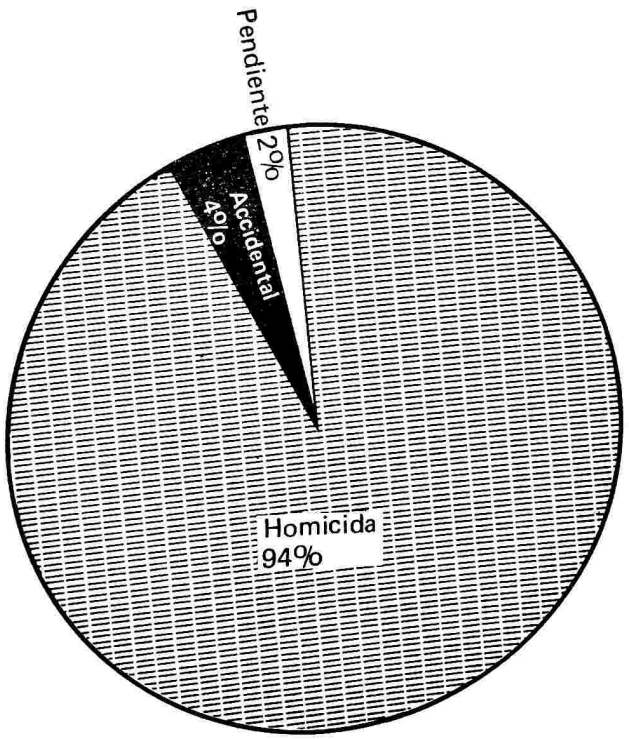
Manera de muerte

Manera de muerte	Casos	Porcentaje
Homicida	47	94
Accidental	2	4
Pendiente	1	2

ASFIXIAS POR ESTRANGULACION 1965–1983

Gráfico No. 16

Manera de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 21

ASFIXIA POR ESTRANGULACION

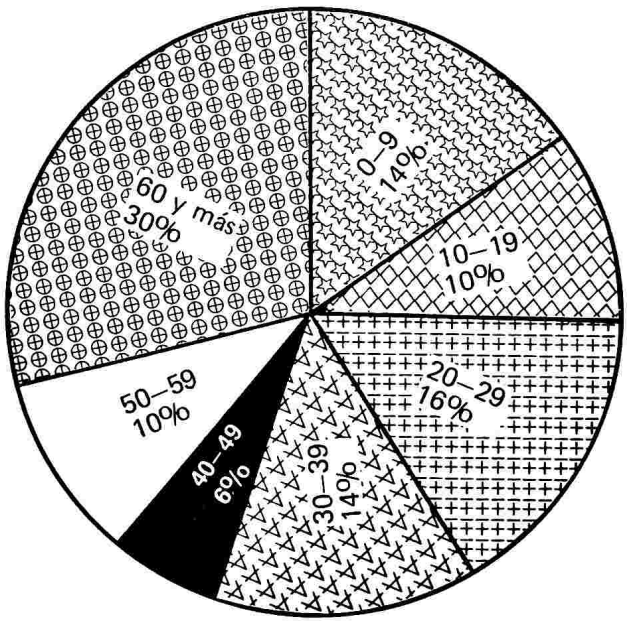
Desglose por edad

Grupos de edad	Casos	Porcentaje
0 — 9 años	7	14
10 — 19 años	5	10
20 — 29 años	8	16
30 — 39 años	7	14
40 — 49 años	3	6
50 — 59 años	5	10
60 y más años	15	30

ASFIXIAS POR ESTRANGULACION 1965—1983

Gráfico No. 17

Grupos de edad



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 22

ASFIXIA POR ESTRANGULACION

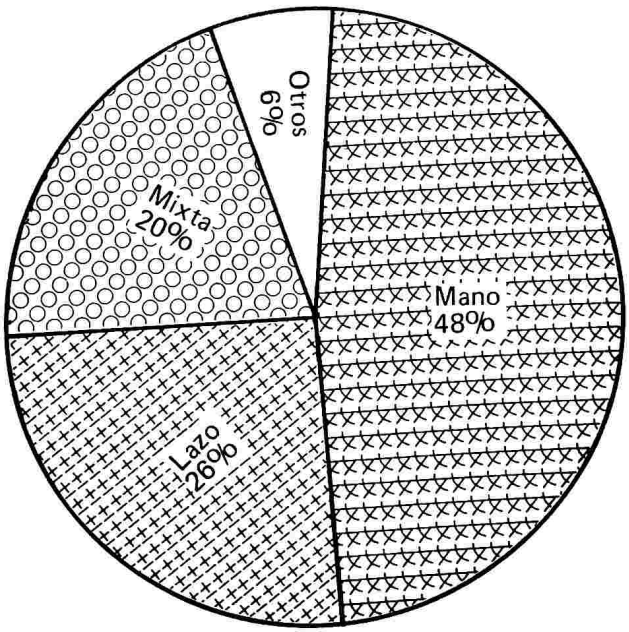
Variedades

Variedades	Casos	Porcentaje
Por mano o manual	24	48
Por lazo	13	26
Mixta	10	20
Otros	3	6

ASFIXIAS POR ESTRANGULACION 1965–1983

Gráfico No. 18

Variedades



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 23

ASFIXIA POR ESTRANGULACION

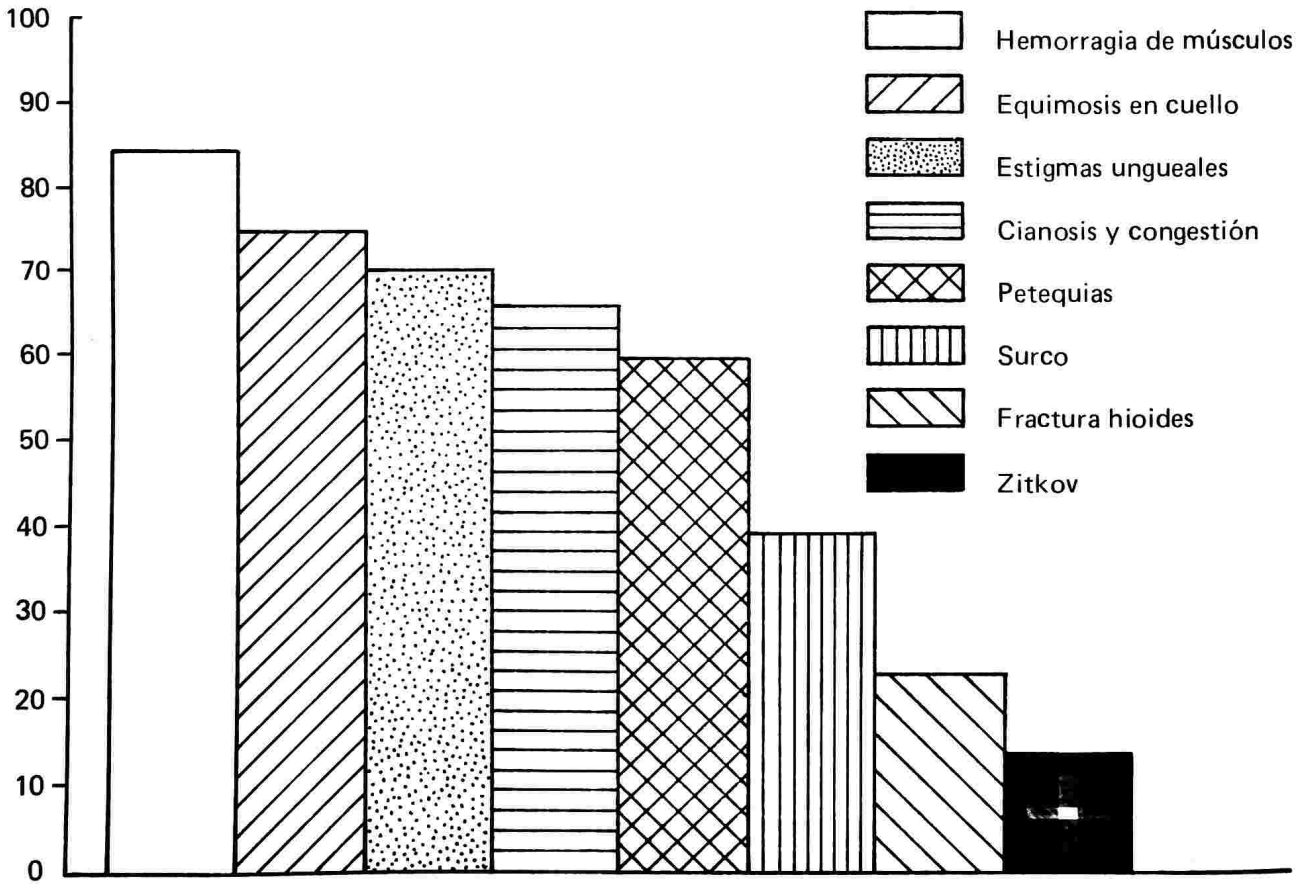
Autopsia médico-legal

Hallazgos	Casos	Porcentaje
Hemorragias en cuello	42	84
Equimosis en cuello	37	74
Estigmas ungueales	35	70
Cianosis y congestión visceral	33	66
Petequias	30	60
Surco	20	40
Fractura hioides y cartílagos	12	24
Zitkov	7	14
Otros	11	22

ASFIXIAS POR ESTRANGULACION 1965–1983

Gráfico No. 19

Hallazgos de autopsia



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 24

ASFIXIA POR AHORCADURA

Desglose por sexo

Sexo	Casos	Porcentaje
Masculino	159	90,85
Femenino	16	9,14

Cuadro No. 25

ASFIXIA POR AHORCADURA

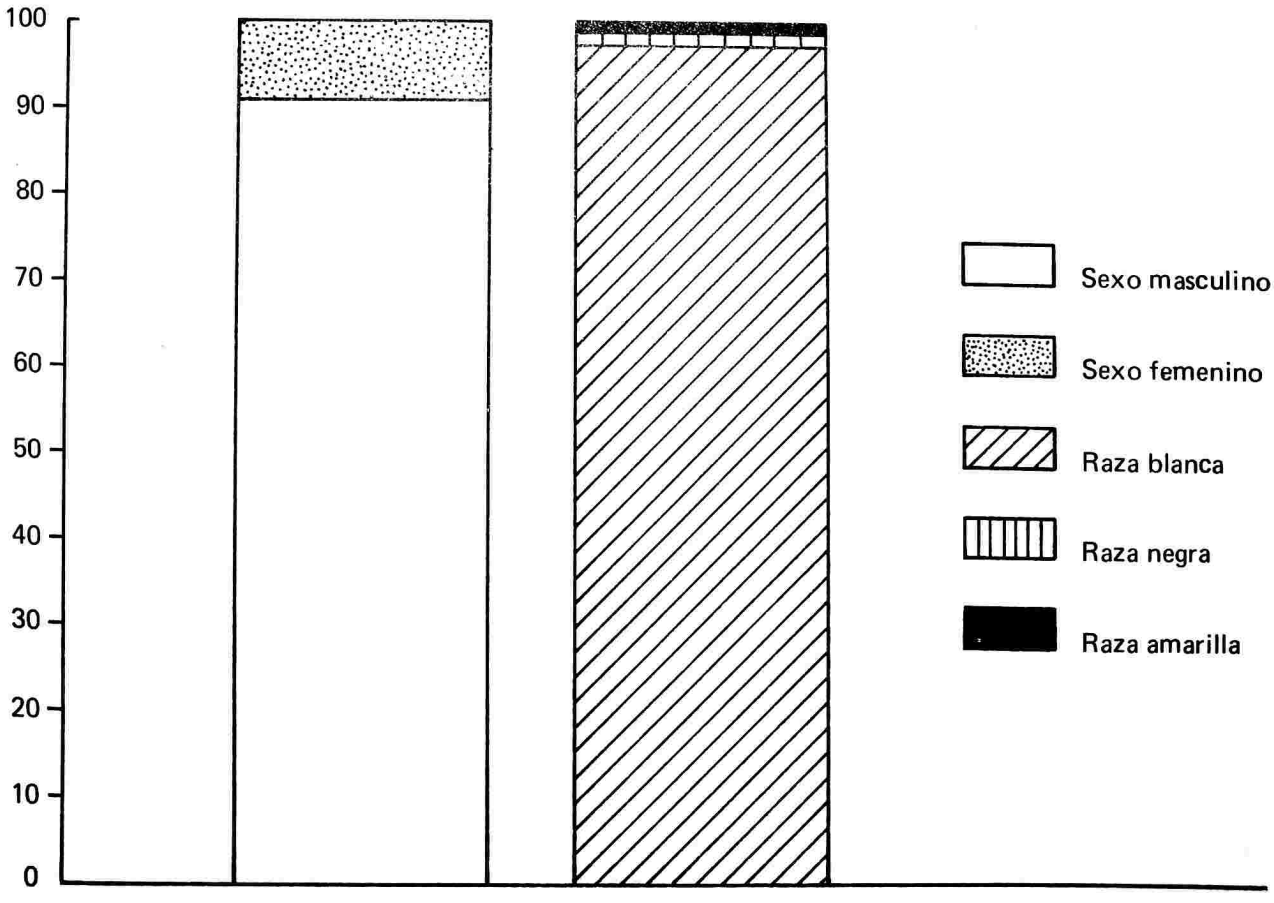
Desglose por raza

Raza	Casos	Porcentaje
Blanca	173	98,85
Negra	1	0,57
Amarilla	1	0,57

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1983

Gráfico No. 20

Raza y sexo



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 26

ASFIXIA POR AHORCADURA

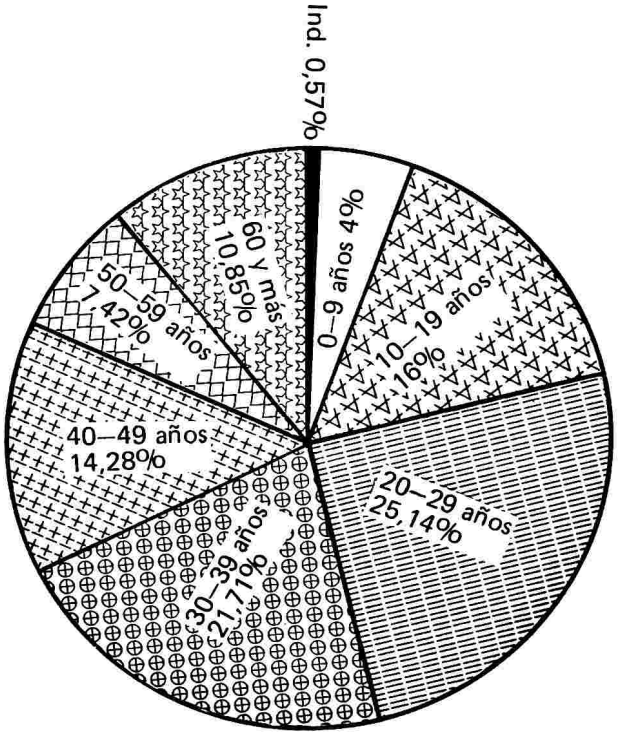
Desglose por edad

Grupos de edad	Casos	Porcentaje
0 — 9 años	7	4
10 — 19 años	28	16
20 — 29 años	44	25,14
30 — 39 años	38	21,71
40 — 49 años	25	14,28
50 — 59 años	13	7,42
60 y más años	19	10,85
Indeterminado	1	0,57

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965—1983

Gráfico No. 21

Grupos de edad



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 27

ASFIXIA POR AHORCADURA

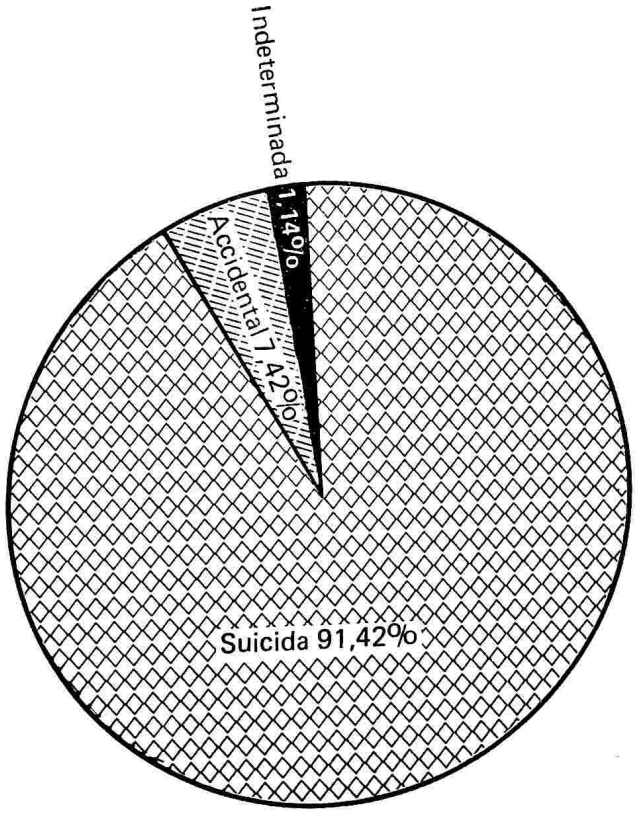
Manera de muerte

Manera de muerte	Casos	Porcentaje
Suicida	160	91,42
Accidental	13	7,42
Pendiente	2	1,14

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1984

Gráfico No. 22

Manera de muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 28

ASFIXIA POR AHORCADURA

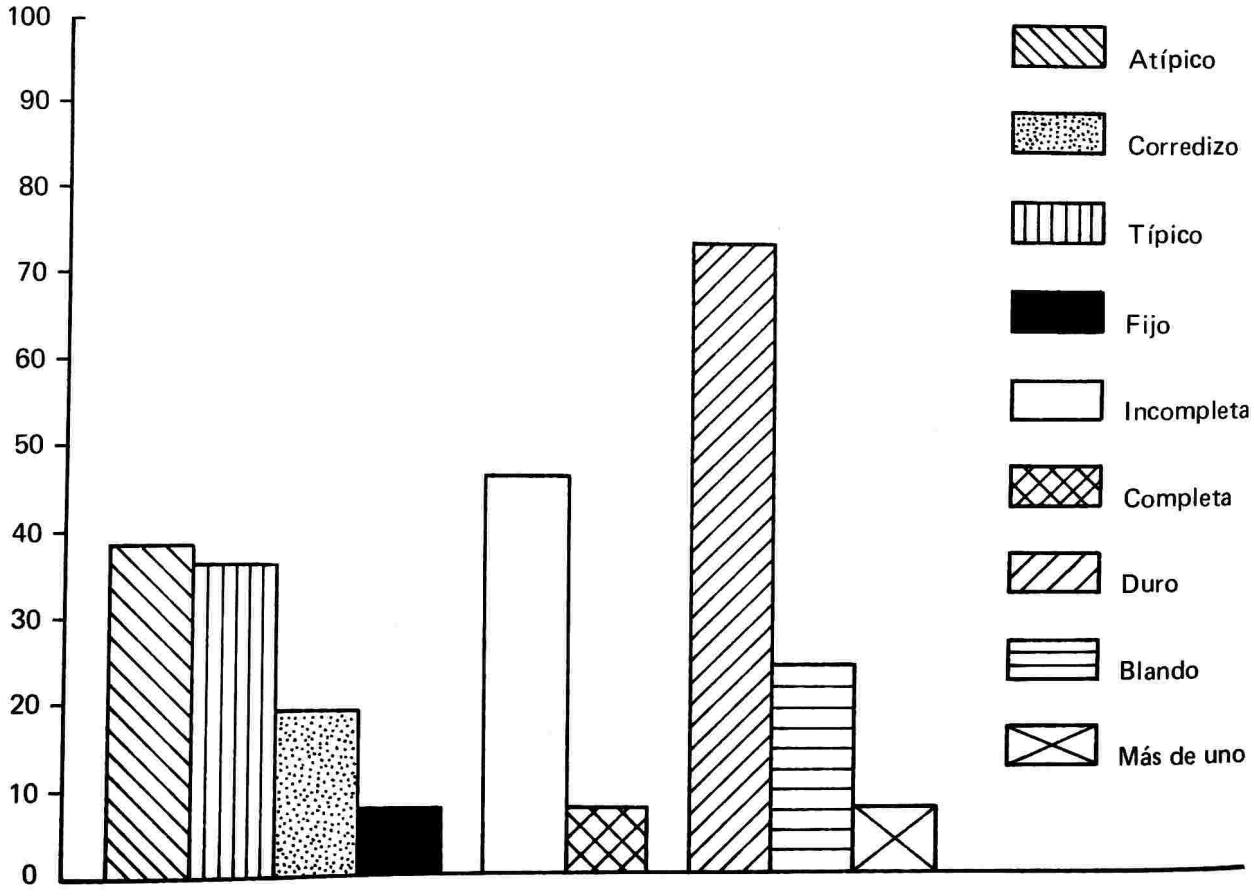
Clasificación según la ubicación y tipo de nudo suspensión y presión de la cuerda

Tipos	Casos	Porcentaje
Nudo atípico	67	38,72
Nudo típico	63	36,41
Nudo corredizo	34	19,65
Nudo fijo	13	7,51
Suspensión incompleta	83	47,97
Suspensión completa	14	8,09
Surco duro	130	75,14
Surco blando	25	14,45
Surco doble o más	13	7,51

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1983

Gráfico No. 23

Tipos de nudo, suspensión y cuerda



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

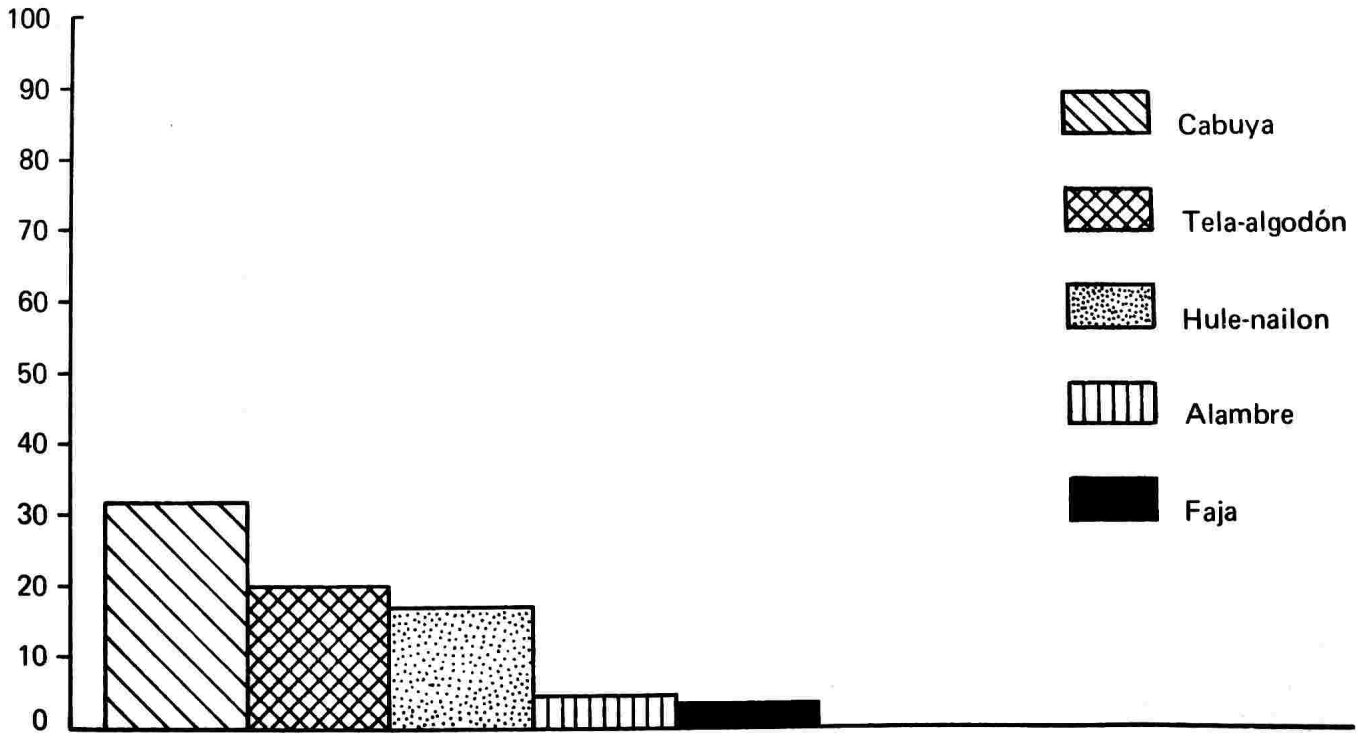
Cuadro No. 29
ASFIXIA POR AHORCADURA
Tipos de cuerda

Tipo	Casos	Porcentaje
Soga de cabuya	54	31,21
Tela de algodón	35	20,23
Hule-nailon	30	17,34
Alambre	8	4,62
Fajas	7	4,04

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1984

Gráfico No. 24

Tipos de cuerda



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 30

ASFIXIA POR AHORCADURA

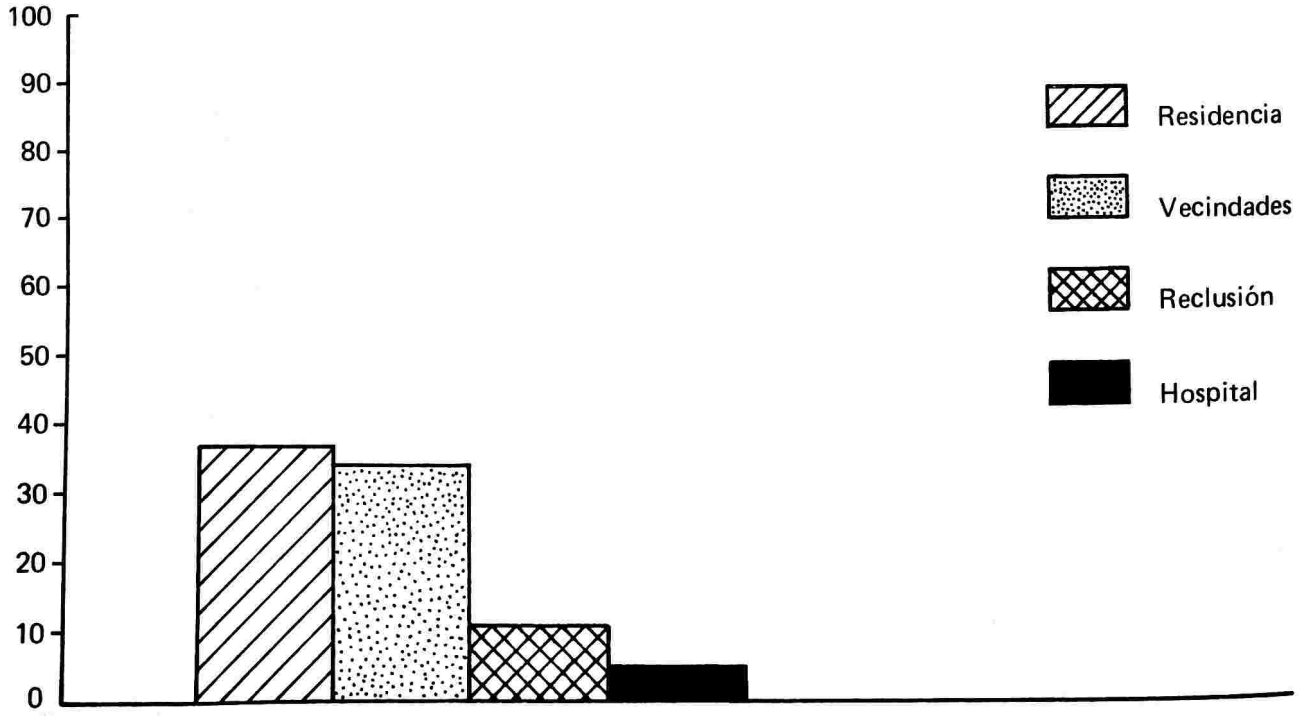
Escena de la muerte

Lugar	Casos	Porcentaje
Residencia	63	36,41
Alrededores	60	34,68
Reclusión	19	10,90
Hospital	8	4,62

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1984

Gráfico No. 25

Escena de la muerte



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 31

ASFIXIA POR AHORCADURA

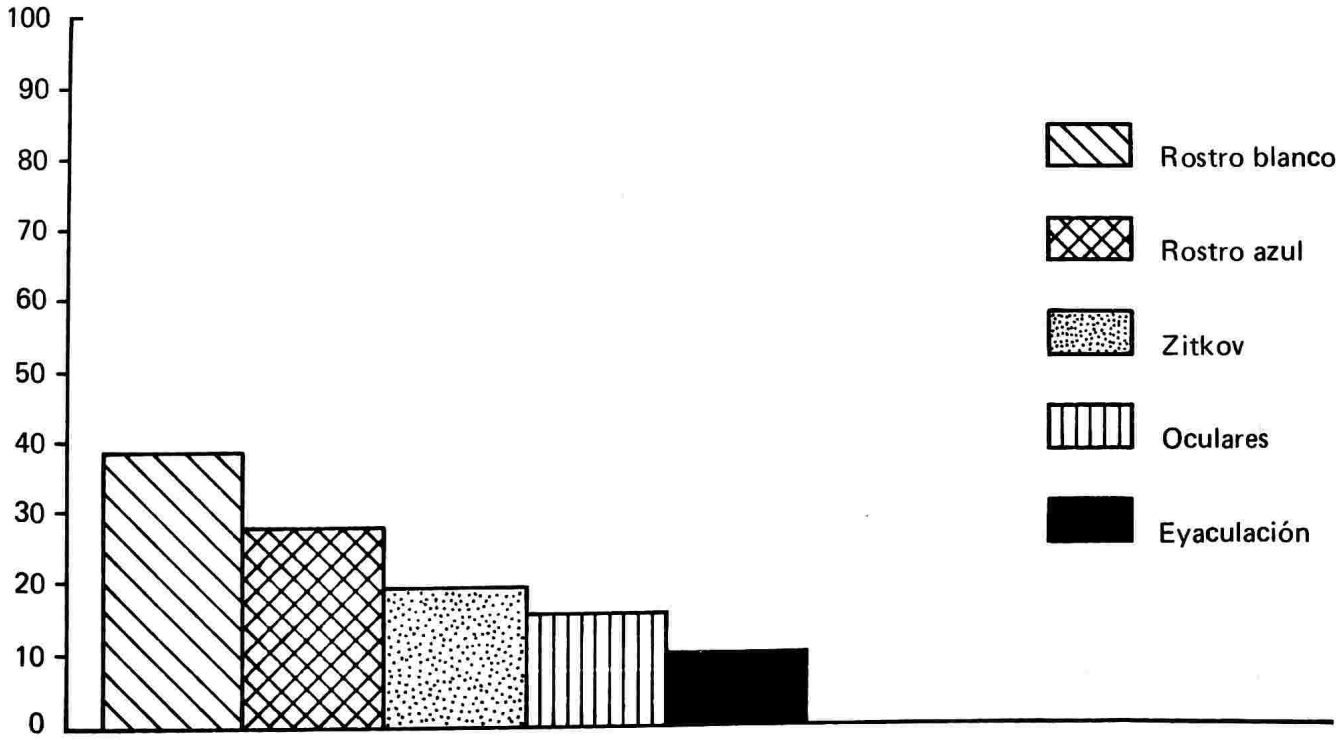
Hallazgos de autopsia

Signos externos	Casos	Porcentaje
Rostro blanco	69	39,88
Rostro azul	50	28,90
Zitkov	34	19,65
Oculares	29	16,76
Eyaculación	17	9,82

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1983

Gráfico No. 26

Hallazgos de autopsia



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro No. 32

ASFIXIA POR AHORCADURA

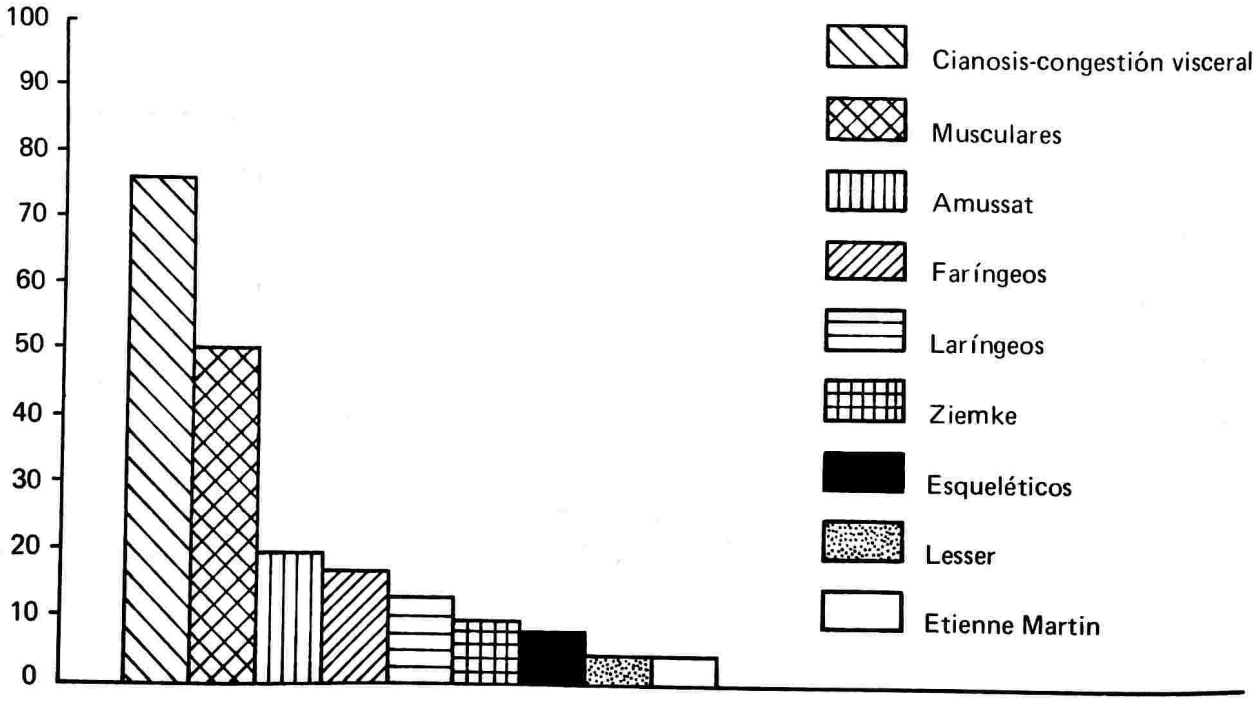
Hallazgos de autopsia

Signos internos	Casos	Porcentaje
Cianosis y congestión visceral	129	74,56
Musculares	85	49,13
Amussat	33	19,07
Faríngeos	32	18,49
Laríngeos	26	15,02
Ziemke	18	10,40
Esqueléticos	15	8,67
Lesser	8	4,62
Etienne Martin	8	4,62

ASFIXIAS POR AHORCADURA 1965–1984

Gráfico No. 27

Hallazgos de autopsia



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 33

ESTUDIO HISTOLOGICO

55 ASFIXIAS POR AHORCADURA

	Con patología		Sin patología		No procesados	
Tejidos	**Casos**	**Porcentaje**	**Casos**	**Porcentaje**	**Casos**	**Porcentaje**
Pulmón	48	87,27	3	5,45	4	7,25
Corazón	12	21,81	40	72,72	3	5,45
Riñón	43	78,18	9	16,36	3	5,45
Hígado	38	69,09	14	25,45	3	5,45
Páncreas	7	12,72	25	45,45	23	41,81
Bazo	40	72,72	10	18,18	5	9,09
Suprarrenal	26	47,27	10	18,18	19	34,54
Estómago	30	54,54	20	36,36	5	9,09
Tiroides	30	54,54	18	32,72	7	12,72
Cerebro	34	61,81	15	27,27	6	10,90
Testículo	19	34,54	16	29,09	20	36,36
Esófago	15	27,27	17	30,90	23	41,81

Cuadro No. 34

ASFIXIAS POR AHORCADURA

ESTUDIO HISTOLOGICO

	Con patología		Sin patología		No procesados	
Tejidos	**Casos**	**Porcentaje**	**Casos**	**Porcentaje**	**Casos**	**Porcentaje**
Piel (epidermis)	48	87,27	3	5,45	4	7,27
Piel (dermis)	47	85,45	4	7,27	4	7,27
Músculo	26	47,27	10	18,18	19	34,54
Carótida (Advent.)	45	81,81	7	12,72	3	5,45
Carótida (media)	27	49,09	25	45,45	3	5,45
Carótida (íntima)	16	29,09	36	65,45	3	5,45
Yugular (Advent.)	43	78,18	6	10,90	6	10,90
Yugular (media)	26	47,27	23	41,81	6	10,90
Yugular (íntima)	6	10,90	43	78,18	6	10,90
Epiglotis (mucosa)	17	30,90	26	47,27	12	21,81
Epiglotis (Submuc.)	36	65,45	7	12,72	12	21,81
Vago	7	12,72	15	27,27	33	60,00
Ganglios (cuello)	17	30,90	6	10,90	32	58,18
Lengua	11	20,00	11	20,00	33	60,00
Tráquea	18	32,72	12	21,81	25	45,45

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

IV. DISCUSION Y CONCLUSIONES

Las asfixias mecánicas constituyeron el 5,84% del total de las autopsias realizadas en la Morgue Judicial del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica, durante el período de 1965 a 1983.

Más de las dos terceras partes ocurrieron en el sexo masculino. La raza blanca fue afectada en casi la totalidad de los casos.

Examinando los grupos de edad, podemos concluir que en los tres primeros decenios de la vida se presentaron más de las dos terceras partes de los casos.

De los tipos de asfixias la sumersión prevaleció con un porcentaje de 68,64%, que se puede atribuir a la riqueza hidrográfica del suelo costarricense y a sus playas tan cercanas que hacen acequible a todas las personas. Le sigue en orden de frecuencia la ahorcadura, cuyo número se va incrementando paulatinamente debido a la facilidad para ejecutarla, a la muerte relativamente rápida y que solo requiere de una cuerda y de un punto de apoyo. La literatura actual pone de manifiesto la gran variedad de casos presentados como parte de prácticas masoquistas, fetichistas y autoeróticas.

La sofocación y la estrangulación completan este grupo y su incidencia a pesar de ser considerable no tiene la prevalencia de las dos primeras.

La manera de muerte accidental es la más común dentro de las asfixias mecánicas, correspondiéndoles las dos terceras partes de los casos estudiados; el tercio restante lo conformaron la suicida, homicida y la pendiente de investigación o indeterminada. La manera de muerte accidental se encuentra en relación directa con la sumersión y sofocación, la homicida con la estrangulación y la suicida con la ahorcadura.

Los casos tabulados como pendientes de investigación en su gran mayoría corresponden a la sumersión; esto es lógico por el estado de putrefacción en que se recuperan estos cadáveres del agua, y sin una historia médico-legal definida.

Dentro de la sumersión predominan el sexo masculino y la raza blanca; más de las dos terceras partes ocurrieron en personas menores de treinta años y de estos el porcentaje más elevado correspondió al decenio entre los 10 y 19 años (28,17%). La mayoría de las muertes por sumersión aconteció en forma accidental debido a imprudencia o impericia para la natación, o por la aparición repentina de turbulencia del agua que arrastró a las víctimas. Las otras alternativas de manera de muerte se presentaron en forma esporádica.

La autopsia médico-legal en las sumersiones pone de manifiesto una gran variedad de signos de valor diagnóstico. Fue muy común el observar en la mayoría de los mismos signos externos como el hongo de espuma en orificios nasales y boca, el cutis anserina (piel de gallina) y lesiones, especialmente excoriaciones, en cara, codos, manos, rodillas y pies.

En el trabajo estadístico presentado pudimos ver cómo cuerpos que han permanecido varias horas en el agua presentaron maceración de la piel caracterizado por un arrugamiento palmar (manos de lavandera) y plantar, mientras que los cuerpos extraídos varios días después, el signo más comúnmente encontrado fue la "cara de negro" de Lecha Marzo. Muchos de los cuerpos en este estudio fueron recogidos en reducción esquelética.

Al examen interno lo más llamativo fue una tríada de signos muy característicos de la sumersión, estos fueron la hemorragia etmoidal (signo de Vargas-Alvarado), la hemorragia de peñascos (signo de Niles), y el enfisema acuoso de Brouardel. Los dos primeros de gran utilidad cuando los cuerpos se encuentran en estado de putrefacción, y más, cuando se localizan restos óseos.

Otros signos generales de las asfixias se encontraron al revisar cada uno de los protocolos de autopsia, de estos los más citados fueron la congestión visceral, petequias subpleurales y subepicárdicas, congestión y edema cerebral.

El estudio de las alcoholemias nos proporcionó datos poco concluyentes aunque muy significativos, esto fue debido a una falta de técnicas adecuadas, ya que hasta el año 1979 el método usado fue el de sustancias reductoras que suministró muchos falsos positivos en muestras putrefactas. A partir de ese año se ha venido empleando la cromatografía de gases para la detección de alcohol etílico, pero no se ha llegado a establecer parámetros exactos en lo referente a las muestras en condiciones antes citadas.

En la sofocación, se obtuvieron muchas conclusiones interesantes. La raza blanca y el sexo masculino fueron los más afectados. En menores de 30 años se presentaron más de las dos terceras partes de los casos y llama la atención que el grupo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de 0 a 9 años le correspondió el mayor porcentaje. Se trataba de recién nacidos y niños de cuna que fallecieron al quedar cubiertos sus rostros por sábanas, frazadas o almohadas. Varios casos correspondieron a infanticidio.

En lo referente a los tipos de sofocación, a la obstrucción de las vías respiratorias le correspondió cerca de la mitad de los casos, la mayoría debido al enclavamiento accidental de cuerpos extraños. Usualmente se trató de personas que en estado de ebriedad se atragantaron con alimentos, o de menores que se introdujeron a la boca diversos objetos.

Otro tipo muy común de sofocación fue la compresión torácico-abdominal la cual se observó generalmente en personas que quedaron atrapadas bajo tractores agrícolas o por objetos pesados que cayeron sobre su cuerpo. En menor proporción se encontró la sofocación por sepultamiento (individuos atrapados por terraplenes o que cayeron accidentalmente a silos, etc.), obturación de orificios respiratorios, y el confinamiento relativamente raro.

Las tres cuartas partes de los casos correspondieron a accidentes. En segundo lugar estuvo el homicidio en niños y recién nacidos. En adultos se acompañó de otros mecanismos y de una gran variedad de lesiones externas. La variedad suicida fue rara. Los datos tabulados en nuestro Departamento presentó dos casos que datan de 1963 y 1976, en ambos había intentos previos de suicidio; uno tenía una herida por arma punzo-cortante en tráquea y hemoaspiración masiva que fue la causa de su muerte; el segundo se encerró en el cuarto de cocina y abrió la llave del gas. Pienso que la causa de muerte en estos casos es cuestionable, el primero realmente no fue asfixia mecánica por ser el medio asfíctico endógeno (la sangre).

En 35 autopsias el laboratorio informó alcoholemias positivas.

La asfixia por estrangulación difiere un poco en relación con las anteriores debido a que un gran porcentaje de las víctimas fueron del sexo femenino. Todos ocurrieron en la raza blanca.

La manera de muerte homicida fue la predominante en casi la totalidad de los casos estudiados. El motivo fue el robo y el ataque sexual. En lo referente a la edad, la mayor incidencia se presentó en personas mayores de 60 años (un tercio de los casos) y entre el grupo de edad de los 20 a 29 años.

Sobre las variedades de estrangulación podemos decir que la manual se presentó en casi la mitad de los estrangulados, el otro cincuenta por ciento estaba constituido por estrangulación a lazo, mixta y por dispositivos cilíndricos.

La mayoría de las lesiones se ubicaron en el cuello y cara siendo muy característico la presencia de hemorragias, equimosis y estigmas ungueales en tejidos blandos.

En un tercio de los casos se pudo constatar fracturas del hueso hioides y de los cartílagos cricoides y tiroides; la mordedura de la lengua (signo de Zitkov) fue visto en muy pocos casos.

Las alcoholemias en las autopsias estudiadas fueron positivas en diez de los casos, más de la mitad con valores inferiores a 100 mg% y sólo uno sobre los 300 mg%. El análisis casuístico de la asfixia por ahorcadura nos permitió comprobar que el sexo masculino presentó una incidencia elevada (más de las tres cuartas partes de los casos), de igual forma la raza blanca.

Entre los 10 y 49 años se agrupó la mayoría de las víctimas con prevalencia entre los 20 y 29 años (25,14%).

La manera de muerte más frecuente fue suicida. En muchos hubo antecedentes psiquiátricos y en otros lo hicieron problemas económicos o familiares. La manera accidental se agrupó en menores de 9 años, generalmente eran niños que quedaron suspendidos al bajarse de sus cunas o por imitar a personajes de teatro y televisión.

Tres casos fueron calificados como autoeróticos debido a que presentaban protección del cuello, lo que indicaba que su intención no era el quitarse la vida, sino únicamente obtener una satisfacción sexual.

De acuerdo con el tipo de suspensión, la forma incompleta fue la usual; en lo referente al tipo de nudo se mantuvo en equilibrio entre la localización típica y atípica; pero, en la mayoría el nudo fue corredizo.

Analizando las características del surco podemos concluir que las tres cuartas partes de las autopsias presentaron surco duro. Nos llamó la atención el observar en varios cuerpos dos o más surcos de ahorcadura.

La escena de la muerte en muchos de los casos no tuvo la participación del médico forense, por haberse presentado fuera de la provincia de San José; sin embargo se pudo corroborar que una tercera parte de los casos ocurrieron en el interior de sus domicilios y específicamente en el interior de *closets*, dormitorio o cuarto de baño. La otra tercera parte se presentó en los alrededores de sus

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

viviendas, especialmente patios posteriores, huertos o cafetales. En un 10% de los casos ocurrieron en los centros de reclusión y un 4,68% en el interior de hospitales, principalmente psiquiátricos.

Los materiales usados para la suspensión fueron muy variados dependiendo del lugar en donde ocurrió la suspensión. Así, los encontrados en el interior de las cárceles usaron sus vestimentas (camisa, pantalón, fajas, cordones de zapatos, etc.). Los pacientes de hospitales usaron sábanas y frazadas, mientras que en el resto fue muy variado (cuerdas de cabuya, nailon, hule, alambre, etc.).

El estudio de los hallazgos de autopsia nos permite poner en relieve muchos datos interesantes, aunque por la falta de un patrón preestablecido ciertos datos no fueron consignados en el protocolo de autopsia respectiva. Sin embargo, además del surco señalado anteriormente un tercio de los casos presentó el surco blanco, la saliencia de la lengua entre los dientes con alguna frecuencia, al igual que signos oculares (congestión y hemorragia) y eyaculación.

Internamente fueron comunes los desgarros y hemorragias musculares, signos vasculares (Amussat, Ziemke, Etienne Martin, Lesser) se observaron con frecuencia.

Si no se sigue una técnica adecuada podemos obtener falsos positivos (alteraciones producidas por pinzas o demasiada tracción).

Es preciso anotar que en diversas autopsias en que intervine observé verdaderos hematomas traumáticos a nivel de las distintas estructuras comprometidas por el lazo (músculos, vasos, nervios, ganglios, etc.); es así como también con otros compañeros observamos hemorragias del cartílago cricoides y de epiglotis.

Acorde con los informes de alcoholemias del laboratorio en un cuarto de casos los resultados fueron positivos.

En lo concerniente al estudio histológico de las asfixias por ahorcadura, permite confirmar los signos observados en la macroscopía y descubrir otros no apreciados a simple vista. Creo que la falta de experiencia en este campo y de un seguimiento adecuado del control de calidad haya hecho que muchos datos no se tabulen adecuadamente; sin embargo la muestra en estudio fue significativa.

Aunque la hemorragia y la congestión visceral parecen ser patognomónicos de las asfixias es necesario diferenciarlas de las hipostasias.

A nivel de las distintas estructuras del cuello estudiadas en el presente trabajo, es básico acotar que el agente de ahorcadura siempre produce algún tipo de lesión. La piel a nivel del surco presenta un aplanamiento del epitelio e inclusive, en ciertos casos, con pérdida del mismo; el desprendimiento dermato-epidérmico muy peculiar, la dermis con disociación de sus fibras elásticas y colágenas, lesiones en los anexos, y destrucción y desplazamiento del tejido adiposo hacia estructuras vecinas.

Los músculos involucrados, casi siempre presentan hemorragia y dislaceración de sus fibras. Los vasos, a nivel de la adventicia, siempre muestran hemorragia, la media fragmentación, edema y separación de sus fibras y el endotelio edema; en muchos casos fue factible la confirmación histológica de algún signo macroscópico (Amussat, hemorragia del cartílago cricoides, edema y congestión de la epiglotis Zitkov, Etienne Martin).

RECOMENDACIONES

La Medicina Legal es una disciplina relativamente poco conocida. Esto obliga a quienes la practicamos a poner toda nuestra capacidad para dar a conocer su real valor y grandeza.

Ante la elevada cifra de asfixias por sumersión, es necesario inculcar a la población los métodos para prevenirla.

En relación con los casos de asfixia por ahorcadura que ocurren en medio hospitalario y penitenciario, conviene instruir al personal para que tengan mayor control de las personas a su cargo.

Es indispensable la presencia del médico forense en las escenas de la muerte, ya que como muchos autores lo afirman, es allí donde está la causa y manera de la muerte. En aquellos lugares donde el médico no pueda asistir, las personas encargadas del manejo del caso deben tener los conocimientos básicos para evitar la pérdida de pruebas. Quizá se debería elaborar una cartilla de normas en torno a las circunstancias de la muerte, para evitar que muchos datos pasen inadvertidos.

En la autopsia médico-legal es imprescindible

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el control de calidad, a lo largo de todo su curso hasta la emisión del dictamen.

Debe existir una mejor correlación entre las distintas dependencias del Organismo para que el trabajo se realice en equipo con ahorro de tiempo y la obtención de mejores resultados para beneficio de la justicia.

Debe profundizarse hasta qué punto puede haber positividad en las alcoholemias de muestras putrefactas.

BIBLIOGRAFIA

1) ADELSON, L. *The Pathology of Homicide,* Charles C. Thomas, Illinois, III edition, 1974, págs. 439-549.
2) ASNAES, S. and PRASKE, F. *The significance of medico-legal autopsy in determine mode and cause of death,* Forensic Science International, Vol. 14, págs. 23-40.
3) BALTHAZARD, V. *Manual de Medicina Legal,* Salvat Editores, VI edición, 1947, págs. 182-196.
4) BONNET, E.F.P. *Medicina Legal,* López Libreros, II edición, 1980, Buenos Aires, págs. 297-1403.
5) BOWEN, D. *Hanging-A Review,* Forensic Science International, Vol. 20, 1982, págs. 247-249.
6) CAZZANIGA, A. e CATABENI, C.A. *Compendio di Medicina Legale e delle assicurazioni,* V edizione, UTET, Torino, 1976, páginas 213-236.
7) CHAVES CHAVARRIA, R. *Diagnóstico de laboratorio de la asfixia por sumersión,* Tesis de grado, Costa Rica, 1967, págs. 1-36.
8) CURRAN, W.; GARRY, A. and PETTY, C. *Modern Legal Medicine Pshychiatry and Forensic Science,* Davis Company, Philadelphia, 1980, págs. 244-266.
9) CURRY, A. *Poison detection in human organs,* Charles Thomas, Illinois, II edition, 1963, pág. 20.
10) DEROBERT, L. *Medicine Legale,* Flammarion Medicine Science, París, 1974, págs. 349-442.
11) EMSON, H.E. *Accidental hanging in autoeroticism,* The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, Vol. 4, (4), 1983, págs. 337-339.
12) FOGED, N. *Diatoms and drowning once more,* Forensic Science International, Vol. 21, No. 2, 1983, pág. 153.
13) FRAZER, M. *A case of suicidal ligadure strangulation,* The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, Vol. 4, (4), 1983, págs. 351-354.
14) GOMEZ, H. *Medicina Legal,* Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, XXI ediçao, 1981, pág. 160.
15) GONZALES, T.A.; VANCE, M.; HELPERN, M. and UMBERGER. *Legal Medicine Pathology and Toxicology,* Appleton Century Crofts, New York, II edition, 1954, págs. 454-522.
16) GRADWOHL, R.B.H. *Legal Medicine,* Mosby, St. Louis, 1954, págs. 260-284.
17) GUHARAH, P.V. *Forensic Medicine,* Orient Longman, Bombay, I edition, 1982, págs. 169-184.
18) HARM, T. and RAJS, J. *Tipes of injuries and interrelated conditions of victims and assailants in attempted and homicidal strangulation,* Forensic Science International, Vol. 18, 1981, págs. 101-123.
19) HAZELWOOD; DIETZ and BURGESS. *Sexual fatalities: behavioral reconstruction in equivocal cases,* Journal of Forensic Sciences, Vol. 27, 1982, págs. 763-773.
20) HIRSCH, C.; MORRIS, C. and MORITZ, A. *Handbook of Legal Medicine,* Mosby Company, St. Louis, V edition, 1979, págs. 66-70.
21) LUKE, J.L. *Asphyxial deaths by hanging in New York City, 1964-1965,* Journal of Forensic Sciences, Vol. 12, (3), 1967, págs. 359-369.
22) MARTIN, E. *Manual de Medicina Legal,* Salvat Editores, Barcelona, I edición, 1942, págs. 341-364.
23) MORITZ, A. *The Pathology of Trauma,* Lea-Febiger, II edition, 1954, págs. 181-199.
24) MORITA, M.; MIKI, A.; KAZAMA, H. and SAKATA, M. *Deaths caused by fregon gas,* Forensic Science International, Vol. 10, 1977, págs. 253-260.
25) MUELLER, W.F. *Pathology of temporal bone haemorrhage in drowing,* Journal Forensic Sciences, Vol. 14, (3), 1969, págs. 324-336.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

26) PARIKH, C.K. *Textbook of medical jurisprudence and toxicology,* Medical Publications, Bombay, 1979, págs. 179-220.

27) PEPER, J.A. and WECHT, C. *Microscopic diagnosis in Forensic Pathology,* Charles Thomas Publisher, Illinois, 1980, págs. 206-210.

28) POLSON, C.J. and GEE, D.J. *The essentials of Forensic Medicine,* Pergamon Press, Osford, New York, Toronto, Sinney, III edition, 1973, págs. 363-499.

29) RAFFO, O.H. *La muerte violenta,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, págs. 132-138.

30) RUPP, J.C. *Suicidal garrotting and manual self-strangulation,* Journal Forensic Science, Vol. 15, (1), 1970, págs. 71-77.

31) SASS, F.A. *Sexual asohyxial in the female,* Journal of Forensic Sciences, Vol. 20, (1), 1975, págs. 181-185.

32) SIMONIN, C. *Medicina Legal Judicial,* Editorial Jims, Barcelona, 1980, págs. 211-218.

33) SPITZ, W.V. and FISHER, R.S. *Medico-legal investigation of death,* Charles Thomas, Illinois, 1977, págs. 270-277.

34) SPITZ, W.V. and SCHNEIDER, V. *Diatoms in the diagnosis of death by drowing,* Journal Forensic Sciences, Vol. 9, (1), 1964.

35) SUMAYA, H.; NAKASONO, I.; YOSHITAKE, T.; NARITA, K. and YOSHIDA, C. *Significance of haemorrhages in central parts of the tongue found in the medico-legal autopsy,* Forensic Science International, Vol. 20, 1982, págs. 265-268.

36) SWANN, H. *The development of pulmonary edema during the agonal period of sudden asphyxial deaths,* Journal of Forensic Sciences, Vol. 9, (3), 1964, págs. 360-373.

37) TEDESCHI, C.G.; ECKERT, W.G. and TEDESCHI, L.G. *Forensic Medicine W.B. Saunders Co.,* Philadelphia, London, Toronto, 1977, págs. 6-203-1006.

38) UZEL, M. *Les suicides en Milieu Hospitalier,* Colloque de Giens, France, 1972, pág. 24.

39) VARGAS ALVARADO, E. *Medicina Legal,* Lehmann Editores, Costa Rica, III edición, 1983.

40) VARGAS ALVARADO, E. *La hemorragia etmoidal en el diagnóstico de la muerte por sumersión,* Revista Médica de Costa Rica, XXXIX, 1972, págs. 247-257.

41) VARGAS ALVARADO, E. *La hemorragia del etmoides en la muerte por sumersión. Signo de Vargas Alvarado,* Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia, Vol. 3, (2), 1978.

42) WEBER, D.L.; FAZZINI, E.P. and REAGAN, T.J. *Autopsy pathology procedure and protocol,* Charles C. Thomas, Illinois, 1973, pág. 73.

43) WESSELIUS, C. and BALLY, R. *A male with autoerotic asphyxia sindrome,* The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, Vol. 4, (4), 1983, págs. 341-345.

44) WRIGHT, R. and DAVIS, J. *Homicidal hanging masquerading as sexual asphyxia,* Journal of Forensic Sciences, Vol. 21, (2), 1976, págs. 387-389.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA CLAUSULA "DUE ON SALE" EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO

DR. PEDRO F. SILVA-RUIZ
Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico.

1. La cláusula de aceleración conocida como *due on sale* dispone, en esencia, que si el deudor vende la propiedad sin el consentimiento del acreedor, éste podrá, a su opción, declarar vencida la totalidad de la deuda y recurrir a la ejecución de la hipoteca. El prestador renuncia a este derecho de aceleración si antes de la venta somete al nuevo adquirente a un examen de su crédito y éste acuerda pagar una nueva tasa de interés.[1] "El uso de la cláusula para obtener mayores intereses surge como consecuencia de la inflación que comenzó a sufrir la economía a mediados de la década de 1960 y que aún permanece. Las asociaciones de ahorro y préstamo. . .obtienen los fondos para sus préstamos hipotecarios de certificados y cuentas de ahorro a corto plazo. Al tenerlos que invertir en préstamos a largo plazo con un interés fijo sufren pérdidas porque para atraer depositantes tienen que pagar intereses cada vez más altos. . . La cláusula *due on sale* ayuda a aliviar la situación permitiendo que la institución financiera aumente los intereses de los préstamos hipotecarios a la tasa de interés prevaleciente en el mercado. . .".[2]

2. Dicha cláusula regularmente reza de la siguiente manera:

> Transferencia de Propiedad; Asunción. Si toda o parte de la Propiedad o un interés en la misma es vendida o transferida por el Deudor sin el consentimiento previo por escrito del Prestador, excluyendo (a) la creación de una carga o gravamen subordinada a esta hipoteca, (b) la creación de una garantía de precio de compraventa de enseres del hogar, (c) una transferencia por legado o herencia, o (d) la concesión de un derecho de arrendamiento de tres años o menos que no contenga una opción de compra, *el Prestador podrá, a opción del Deudor, declarar todas las sumas aseguradas por esta Hipoteca inmediatamente vencidas y pagaderas.* El Prestador habrá renunciado a tal derecho de *aceleración* si, antes de la venta o transferencia, el Prestador y la persona a quien la Propiedad ha de ser vendida o transferida llegan a un acuerdo por escrito a efectos de que el crédito de dicha persona es satisfactorio al Prestador *y de que el interés pagadero en relación con las sumas aseguradas por esta Hipoteca será al tipo que requiera el Prestador.* La renuncia por el Prestador de la opción de aceleración dispuesta en este párrafo 17 no será interpretada como una renuncia a las obligaciones del Deudor bajo esta Hipoteca y el Pagaré.
>
> —Si el Prestador ejerce dicha opción de aceleración, el Prestador enviará por correo al Deudor notificación de aceleración de acuerdo con las disposiciones del párrafo 14 de la presente. Dicha notificación concederá un período de no menos de treinta (30) días a partir de envío por correo de la notificación durante el cual el deudor podrá pagar las sumas declaradas vencidas. Si el Deudor dejare de pagar dichas sumas antes de la expiración de dicho período, el Prestador podrá, sin necesidad de notificación o requerimiento adicional al Deudor invocar cualquiera de los remedios permitidos por el párrafo 18 del presente. (Subrayado nuestro).

3. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha tenido ocasión de expresar que "(L)a cláusula de

---

1. **"A due-on-sale is a device commonly used in real property security transactions to provide, at the option of the lender, for acceleration of the maturity of the loan upon the sale, alienation or further encumbering of the real property security", es la descripción que de dicha cláusula se hace en *Wellenkamp* v. *Bank of America*, 582 P. 2d. 970, 971, nota al pie de página núm. 1 (1978), en el caso resuelto por el Tribunal Supremo de California.**

2. ***First Federal Savings and Loan Association of Puerto Rico* v. *Registrador de la Propiedad*, Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico, 16 de febrero de 1983; 1983 Col. Abog. P.R. 17, a la página 5.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

aceleración impone una penalidad al deudor hipotecario que transfiere la propiedad sin el consentimiento previo por escrito del acreedor. La penalidad consiste en la aceleración del vencimiento de la deuda. Vencida la deuda, si no es pagada, el acreedor puede pedir la ejecución del bien hipotecado para satisfacer su crédito. Ello demuestra que se trata de una obligación con trascendencia real y no una mera obligación personal. Su incumplimiento pone en función la garantía hipotecaria".[3]

4. En el medio económico nuestro, la cláusula forma parte de un instrumento uniforme preparado por la "Federal Home Loan Mortgage Corporation" (F.N.M.A.) para uso en los Estados Unidos y Puerto Rico. Esta institución compra hipotecas a diversas instituciones bancarias y prestatarias con capital obtenido de inversionistas individuales, quienes compran certificados "FNMA" (conocidos también como "Fannie Mae"), a tiempo fijo con intereses determinados en el mercado. Como condición previa a la compra de un certificado hipotecario, la "FNMA" exige que el instrumento de garantía utilizado sea el que ha establecido para uso uniforme. Con el propósito de asegurar la negociabilidad de sus créditos, la mayoría de los inversionistas y una buena parte de los bancos utilizan en sus préstamos convencionales este instrumento uniforme.

En Puerto Rico, la práctica generalizada había sido la de la asunción de las hipotecas por los compradores de viviendas como parte del precio de compraventa.

Pero esa práctica puede verse afectada desde que el "FNMA" anunció su intención de prohibir la asunción de hipotecas convencionales a menos que el vendedor del inmueble gravado someta al propuesto comprador a un examen de su crédito y éste acuerde la nueva tasa de interés a pagar. Bajo esta nueva práctica, si no se ponen las partes de acuerdo, la deuda se declararía vencida al momento de la venta, conforme los términos de la cláusula precedentemente transcrita y el comprador sólo podrá asumir el balance de la deuda si cualifica para el préstamo con la tasa de interés imperante en el mercado, la cual hoy día duplicaría la pactada originalmente.[4]

5. A nuestro juicio, la cláusula transcrita contiene una prohibición de enajenar. Dicha prohibición es renunciable por el prestador si el deudor hipotecario cumple con las disposiciones de la misma (bien sea antes o después de llevarse a cabo la transacción).

6. De la prohibición de enajenar —escribe Roca Sastre— puede darse este concepto: "Es la *privación o restricción del poder de disposición* que lleva anejo un derecho subjetivo y que *impide* que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos".[5]

"Las prohibiciones de enajenar no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudica a los terceros adquirentes, sino que solo son restricciones impuestas que limitan las facultades dispositivas de un derecho por parte de su titular, sin atribución de un correlativo derecho a otras personas, conforme estima la Resolución (española) de 20 de diciembre de 1929".[6]

Finalmente, "la prohibición de disponer propiamente dicha *afecta directamente al derecho subjetivo* impidiendo el ejercicio del *poder de disposición del mismo* en el sentido de quedar cercenado, sin implicar por tanto una simple *vinculación obligacional* de no valerse de él".[7]

Es que la prohibición de disponer trasciende

---

3. Ibíd, a la página 3.

4. Tomado textualmente de *Llama* v. *First Mortgage Investors*, Civil Núm. 80-151, Sala de Carolina del Tribunal Superior de Puerto Rico (Opinión y Sentencia del 21 de octubre de 1981). Estamos haciendo uso de la Opinión y Sentencia que fue publicada en el *Boletín Judicial*, año 3, núm. 3, julio-septiembre, 1981, páginas 29-37.

5. Roca, Sastre, Ramón M., *Derecho Hipotecario*, tomo II (Bosch, Barcelona, sexta edición, 1968), pág. 774. El mismo autor señala los siguientes otros conceptos:
(i) Según Sanz es la prohibición de disponer una limitación impuesta al poder dispositivo derivado del dominio y de los derechos reales, que impide la realización de actos dispositivos de los mismos.
(ii) Para Moxó las prohibiciones de disponer son impedimentos que en un derecho normal de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo su disponibilidad por un fin legislativo, temporalmente y *erga omnes*, sin necesidad de la creación de un derecho subjetivo.

6. Roca Sastre, citado, pág. 779, nota al pie de página 2. "Probablemente la idea de que la cláusula de aceleración constituye un derecho personal surge de la particularidad de que en la hipoteca a diferencia de la mayoría de los gravámenes reales hay una relación compleja de dos elementos: un crédito o débito personal y un derecho o gravamen real. Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, 7ma. ed., Barcelona, Ed. Bosch (1979), T. IV, Vol. 1, pág. 411. Sin embargo, al examinar la cláusula vemos que su incumplimiento repercute sobre la garantía real. No obstante, la determinación de que la cláusula de aceleración tiene trascendencia real no es suficiente para resolver que es inscribible, pues hay que determinar si es válida". Véase el caso citado en la nota dos (2).

7. Roca Sastre, citado (tomo II, 1968), pág. 781. Enfasis en el original.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el Derecho de cosas, en tanto que la obligación de no disponer corresponde al Derecho de obligaciones.[8]

7. En Puerto Rico, el Tribunal Supremo ha definido la prohibición de disponer o enajenar como la "imposibilidad de transmitir o de enajenar, a título oneroso o gratuito, una cosa o derecho, en virtud de pacto, precepto legal o de decisión judicial o administrativa. También como la situación resultante de manifestaciones de voluntad hechas en negocio jurídico por la que se niega a alguien la facultad dispositiva sobre bienes o derechos normalmente enajenables".[9]

Igualmente ha manifestado esa superioridad que "en la determinación de la eficacia jurídica tanto (de las prohibiciones) legales como de las convencionales, predomina, junto con otros principios, el criterio o norma de que ellos deben responder real y efectivamente, a un interés jurídico, a una causa o razón justificada, o a una finalidad apreciable en relación con el estatuto que la crea o permite, o con el negocio jurídico principal a cuyos elementos íntimos y constitutivos quedan asidas las prohibiciones".[10]

8. En California, el Tribunal Supremo de dicho estado resolvió, el 20 de septiembre de 1978, que:

> "We hold that a due-on clause contained in a promissory note or deed of trust cannot be enforced upon the occurrence of an outright sale unless the lender can demonstrate that enforcement is reasonably necessary to protect against impairment to its security or the risk of default. . .".[11]

En otras palabras, la cláusula no es nula *per se*, pero no se permitirá su implementación a menos que el prestador o tenedor de la hipoteca pruebe que la transferencia de la propiedad propuesta constituye una amenaza o reduce la garantía constituida por la hipoteca.

9. Un tribunal inferior en Puerto Rico estimó que "(D)e aplicarse la cláusula exigiendo un pago mayor en el interés esa movilidad y por consiguiente, el tráfico de propiedades se afectan, pues ya el vendedor no puede vender derivando una ganancia en la transacción ni podrá comprar otra porque no puede afrontar los costos del financiamiento que son altísimos. Vemos, pues, cómo la aplicación de la cláusula puede tener unos efectos detrimentales en el tráfico de bienes raíces, limitando además la movilidad de las personas afectadas por la cláusula.

"Por consiguiente, en su aplicación práctica la cláusula tiene el alcance de prohibir la enajenación de la propiedad, pues en un mercado de intereses altos, como el que prevalece ahora, nadie se va a arriesgar a adquirir una propiedad hipotecada sujeta a la hipoteca, si de antemano sabe que tiene

---

8. Ibíd., pág. 781. Dice Roca que la distinción entre la prohibición de disponer de eficacia real y la obligación de no disponer, se comprueba con el examen de los artículos 7 y 9 del Reglamento Hipotecario, pues aquél *permite la inscripción* de los actos que *modifiquen* "alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales", mientras que éste considera *no inscribibles* cualesquiera "*obligaciones o derechos personales*" sin perjuicio del acceso al Registro de las garantías reales o anotaciones preventivas que procedan. (Págs. 781-782).

9. *Iglesia Católica* v. *Registrador*, 96 DPR 511, 519-520 (1968).

10. Ibíd., a las páginas 532-533.

11. 582 P. 2d. 970, 976-977 (1978), omitiéndose citas. La cuestión legal: "Whether a due-on clause contained in a promissory note or deed of trust may be automatically enforced upon an outright sale of the property securing the loan". (Pág. 974).
Considérese la sec. 711.5 del Código Civil de California, adicionada en 1979:
§ 711.5. Housing purchase of rehabilitation loans by state or local entity directly or indirectly; assumptions; denial; acceleration of principal; change in interest.
(a) Notwithstanding the provisions of Sections 711 and 1916.5, a state or local public entity directly or indirectly providing housing purchase or rehabilitation loans shall have the authority to deny assumptions, or require the denial of assumptions, by a subsequent ineligible purchaser or transferee or the prior borrower of the obligation of any such loan made for the purpose of rehabilitating or providing affordable housing. If such a subsequent purchaser or transferee does not meet such an entity's eligibility requirements, that entity may *accelerate or may require the acceleration of the principal balance of the loan to be all due an payable upon the sale of transfer of the property.*
(b) As a condition of authorizing assumption of a loan pursuant to this section, the entity may recast the *repayment* schedule for the *remainder* of the *therm of the loan by increasing the interest* to the current market rate at the time of assumption, or to such lower rate of interest as is the maximum allowed by an entity that provided any insurance or other assistance which results in a assumption being permitted. Any additional increment of interest produced by increasing the rate of interest upon a loan pursuant to this subdivision shall be transmitted or forwarded to the entity for deposit in the specified fund from which the loan was made, or, if no such fund exists, or the public entity has directed otherwise, then to the general fund of such entity.
(c) The state or local public entity providing assistance as specified in this section may implement appropiate measures to assure compliance with this section.
(*Added by Stats. 1979*, c. 971, § 1.). (Subrayado nuestro).
Sobre la validez de la cláusula *due-on-sale*, véase la sec. 1917.062, 1917.162.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que pagar un interés mayor, y si se arriesga a adquirirla sabe que se la pueden ejecutar si no se aviene a pagar el incremento en la tasa".

"Obsérvese además que no hay correlación entre el *quantum* de limitación en la facultad de disponer que impone la cláusula y el interés comercial que pretende proteger. Es decir, mientras mayor es la limitación más justificada debe ser la cláusula. . . pues la facultad de disponer no debe estar condicionada a que se consienta primero a un incremento en la tasa de interés. Dicha cláusula constituye además una penalidad para el vendedor, pues de acogerse a la misma tiene que reducir el precio de venta".[12]

Finalmente, el tribunal de instancia puertorriqueño resolvió que aquella parte de la cláusula de aceleración ya indicada que condiciona el consentimiento del prestador para la transferencia de la propiedad a un incremento en el tipo de interés, "no responde real y efectivamente a un interés público protegido, sino a un interés comercial privado, no constituye una causa o razón justificada, pues no le da más firmeza a la garantía hipotecaria; es opresiva, injusta e irrazonable; es extorsionante y constituye una penalidad si se transfiere la propiedad sin el consentimiento del prestador; y es además contraria al orden público constituyendo en su aplicación una prohibición de enajenar".

10. Entretanto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidía, el 28 de junio de 1982, que:

> "The Home Owners' Loan Act empowers the Federal Home Loan Bank Board to issue regulations authorizing due-on-sale clauses in the loan contracts of federal savings and loan associations, and that the regulation in question preempted conflicting state limitations on the due-on-sale practices of federal savings and loan associations".[13]

En palabras del propio Tribunal:

> "Thus, we conclude that the Board's due-on-sale regulation was meant to preempt conflicting state limitations on the due-on-sale practices of federal savings and loans, and that the California Supreme Court's decision in Wellenkamp creates such a conflict".[14]

11. De conformidad con la referida jurisprudencia federal [*Fidelity* v. *De la Cuesta*] el Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve: "(E)sta decisión del Tribunal Supremo Federal nos obliga a resolver que las cláusulas de aceleración, conocidas popularmente como cláusulas *due on sale* incluidas en las escrituras de hipotecas que los recurrentes presentaron al Registro de la Propiedad son válidas, y nos está vedado imponer limitaciones que conflijan con la reglamentación federal".[15]

CONCLUSIONES

1. En derecho puertorriqueño, la cláusula de aceleración conocida como *due on sale* constituye una prohibición de disponer o enajenar. La misma no es nula *per se,* pero su implementación no debería permitirse a menos que el prestador o tenedor de la hipoteca pruebe que la transferencia de la propiedad propuesta constituye una amenaza o reduce la garantía constituida por la hipoteca.

2. Pero hay legislación federal y/o reglamentación de agencias federales que en Puerto Rico tienen, debido a su relación política con los Estados Unidos, el efecto de desplazar nuestro derecho doméstico. Esta es la situación con relación a la cláusula *due on sale,* que conforme el derecho federal norteamericano, la misma es válida. No está permitido, entonces, declarar nula una cláusula *due on sale,* siguiendo el derecho doméstico puertorriqueño, pues cuando conflige nuestro derecho con reglamentación federal, el derecho local se desplaza para que rija el federal.

---

12. *Llama,* citado.

13. *Fidelity Federal Savings and Loan Association, et. al.* v. *de la Cuesta, et. al.*, 73 L.Ed. 2d. 664 (1982). La cita es del resumen.

14. *Ibíd.*, a la pág. 679. A la pág. 676 dice el Tribunal:
(i) "Rather, the questions upon which resolution of this case rests are whether the Board meant to pre-empt California's due-on-sale law, and, if so, whether the action is within the scope of the Board's delegate authority".
(ii) "The due-on-sale regulation plainly provides that a federal savings and loan association 'continues to have the power' to include a due-on-sale clause in a loan instrument and to enforce that clause 'at its option'. 12 CFR sect. 545.8-3 (f) (1982). The California courts, in contrast, have limited a federal association's right to exercise a due-on-sale provision to those cases where the lender can demonstrate that the transfer has impaired its security".

15. Véase el caso citado en la anterior nota 2, a la página 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Les obligations. Le contrat", por Jacques Ghestin. (Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin, T. II.), L.G.D.J., París, 1980.

El tomo segundo del Tratado de Derecho Civil francés que dirige el profesor Jacques Ghestin, lo redacta él mismo y está dedicado al Derecho de Obligaciones, específicamente a la regulación de los contratos. El autor concibe ese acto jurídico, fundamentalmente, como "el instrumento de los intercambios entre los hombres", más que la expresión de su voluntad. En esa perspectiva analiza en un título preliminar los principios y caracteres esenciales de la institución, en donde estudia profundamente el principio de la autonomía de la voluntad, base de muchas de las instituciones del Código Civil francés de 1804, así como la contracción actual de ese postulado desde el ángulo de los caracteres actuales de las relaciones contractuales y del Derecho Positivo, para concluir en una búsqueda de los principios directores del contrato en la época contemporánea, en que pasa por la tesis de Kelsen (el Derecho Positivo es quien confiere al contrato su fuerza obligatoria), de Rouhette (la fuerza obligatoria del contrato no está fundada, ni en el acuerdo de voluntades ni en la voluntad del deudor, sino, como lo apunta Gorla, la confianza del acreedor puede justificar esa fuerza obligatoria) y el análisis marxista (el contrato, en tanto que instrumento de intercambios por equivalente, es presentado como la piedra angular de la economía capitalista, llamado por ese hecho a desaparecer al mismo tiempo que ésta), para llegar a proponer "elementos de solución": afirma la primacía del Derecho Objetivo, que no es incompatible con el reconocimiento del acuerdo de voluntades como criterio del contrato. Tales elementos de solución tienen como consecuencia la afirmación de varios principios que constata el autor: la fuerza obligatoria del contrato está fundada en el Derecho Objetivo, del cual el contrato es un instrumento que satisface necesidades concretas; el contrato se funda en el principio de libertad y de responsabilidad, que tiene como complemento el de seguridad jurídica, que explica el papel de la confianza del acreedor como fundamento de la fuerza obligatoria; esos principios se conjugan con el de justicia contractual (en el intercambio cada parte debe recibir el equivalente de lo que da) y el de buena fe (en la formación y la ejecución del contrato). El acuerdo de voluntades, distintivo del contrato, lo entiende de manera amplia: la libertad basta para caracterizar el contrato cuando éste ha sido consentido. En consecuencia, los contratos reglamentados y los contratos de adhesión deben ser tratados como contratos, desde que son consentidos libremente.

La primera parte de la obra la dedica a "Los elementos constitutivos del contrato": el consentimiento, el objeto y la causa. Dentro del análisis del consentimiento examina particularmente los vicios de la voluntad. El autor ya había tratado ampliamente el error,[1] y aquí sintetiza sus elaboraciones, particularmente la relativa al "error, la buena fe y la responsabilidad de las partes", en que destaca cómo es sancionada la responsabilidad de la víctima en el terreno del error inexcusable. A la par de la doctrina de los vicios como institución de protección del consentimiento, destaca "los otros modos de protección", sobre todo poniendo énfasis en la obligación precontractual de información sobre todos los elementos del contrato propuesto. El tratamiento del objeto del contrato lo orienta, decididamente, a destacar los caracteres esenciales: realidad (determinación y existencia), valor (teoría de la lesión) y licitud (en que analiza las cosas fuera de comercio y la protección de los

1. GHESTIN (J.), *"La notion d'erreur dans le droit positif actuel"*, 2a. ed., L.G.D.J., París, 1971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consumidores contra cláusulas abusivas, en una perspectiva bastante más técnica que en los párrafos que se injertaron al artículo 1023 de nuestro Código Civil). A pesar de ostentar una posición anticausalista, Ghestin analiza detenidamente la evolución histórica de ese concepto, la noción de causa ilícita así como la necesidad, la realidad y la prueba de la causa.

La segunda parte contiene una teoría general de las nulidades. En una elaboración muy cuidadosa y profusamente documentada, comenta la distinción entre nulidad relativa y nulidad absoluta (teoría clásica y concepciones actuales, en donde toma partido por las tesis de Drogoul, Japiot y Gaudemet en lo fundamental, que desechan la bipartición clásica y proclaman el reconocimiento de un solo derecho de crítica de los actos jurídicos que contravengan una regla de derecho), establece los caracteres del ejercicio de la acción de nulidad en cuanto a los sujetos y presenta los modos de consolidación del acto nulo (confirmación, validación automática y prescripción). Los efectos de la nulidad se tratan en cuanto a su extensión (nulidad parcial, modificación positiva del contrato), a su efecto retroactivo (entre las partes y entre terceros) y a las responsabilidades surgidas de la anulación de un contrato (reparación de daños y perjuicios, tanto para quien se prevalece de la nulidad como para quien no se favorece de ella).

La obra está "animada por la vasta cultura jurídica del autor, que ha asimilado admirablemente todos los aportes doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que han transformado profundamente el derecho de obligaciones y especialmente el de los contratos en el curso de estos últimos años".[2]

Diego Baudrit

***

2. **RAYNAUD (Pierre), Rev. Trim. Dr. Civ., No. 1, enero-marzo 1980, Sirey, París, pág. 70.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTENIDO DE ALGUNOS VOTOS SALVADOS EN RESOLUCIONES DE INTERES

LICDA. CECILIA SANCHEZ R.

DERECHO PENAL

Concurso ideal. Falsificación de documento equiparado. Uso de documento falso y estafa.

"Considero que no estamos en presencia de una falsificación propiamente, a pesar de que el epígrafe del artículo aplicado lleve ese título, sino que debemos analizar la conducta del autor y buscar dentro de los verbos que determinen esa acción para ver si es posible subsumir esa conducta dentro de la norma y en este caso observamos que el contenido de la norma aplicable es mucho más rico que el epígrafe y nos da justamente la medida, puesto que los cheques utilizados son en realidad verdaderos y auténticos, tanto en cuanto a la fórmula como en cuanto a la emisión y firmas originales, por lo que en realidad no estamos en presencia de una falsificación sino de una alteración de un documento privado equiparado a público. Por otro lado, el fin primordial de alteración de los documentos no es la alteración por sí misma, no el uso puro y simple, sino el cometer a través de esa alteración una estafa. Ahora bien, considero que el uso de documento falso no surge a la vida jurídica en estos casos, sino que se subsume dentro de la figura de la estafa y al surgir un concurso aparente de norma, creo que la aplicable es el numeral 216 del Código Penal y el 363 ibídem, distinto sería el caso de quien falsifica o altera un pasaporte y después lo usa como medio de identificación o quien altera o falsifica un documento de crédito para usarlo después como garantía, en estos casos sí surgiría a la vida jurídica el delito de uso de documento falso, por lo que me inclino por recalificar los hechos como alteración de documento privado equiparado a público en concurso ideal".

1983. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 37 de las 10:30 hrs. del 23 de febrero. Causa contra C.L.R.B. y otros.

Voto salvado del señor Juez Superior Carlos Villalobos.

Estafa. Falsificación de cheque. Configuración.

En sentido opuesto el voto minoritario se inclina por establecer que en el caso se está frente a dos delitos en concurso ideal; estafa y falsedad de documento privado equiparado a público, puesto que se han lesionado dos bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento, la fe pública con la contrafacción del cheque y el patrimonio de la empresa en que adquirió la mercadería el imputado con el cheque falsificado. "No se trata del principio de subsidiaridad tácita que informa el concurso aparente de normas contenidas en el artículo 23 del Código Penal, como parece admitirlo el voto de mayoría en el presente fallo.

La hechura falsaria de un cheque no importa el agotamiento necesario del tipo correspondiente a la defraudación: Son tres las reglas generales que se admiten para la concurrencia de la subsidiaridad en el aparente concurso; una la presencia de dos acciones ilícitas que surgen sucesivamente en orden cronológico, otra, que esas acciones constituyan distintos grados de ofensa a un mismo bien jurídico tutelado, y, finalmente, que esas acciones se encuentran en relación de medio a fin. No se trata en realidad de un mismo bien jurídico tutelado sino, por el contrario, el actuar del imputado revela, objetivamente, la violación de dos bienes jurídicos distintos como se indicó en líneas precedentes".

1983. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B, No. 56 del 25 de marzo. Causa contra L.A.A.V. por el delito de falsificación de documento privado equiparado a público y otro en perjuicio de "C.A. e I.R.L.".

Voto salvado del señor Juez Superior Carlos Luis Redondo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Delito. Alevosía. Condiciones naturales de la víctima.

El señor Magistrado don Ulises Valverde se separa del criterio de sus compañeros de Sala en cuanto calificaron como alevoso uno de los homicidios acusados, por ser la ofendida una niña de corta edad, argumentando que ello "no es suficiente para imprimirle agravación, pues el tribunal de juicio no tuvo por probado que la minoridad fuera aprovechada por la imputada para quitarle la vida, pues según la doctrina existe alevosía cuando se mata a una persona 'que se hallaba desprevenida y tal estado ha sido buscado, procurado o aprovechado por el agente de propósito'. (Ver Derecho Penal, S. Soler, tomo III, pág. 36, ed. 1951)".

1983. Sala Tercera de la Corte, No. 25 de las 9:40 hrs. del 17 de marzo. Causa contra A.C.S.Ch. por los delitos de homicidio simple y otro en perjuicio de J.A.M.J. y otra.

Voto salvado del señor Magistrado Ulises Valverde Solano.

Hurto. Violación de domicilio. Una sola acción.

"Ya que cada delito protege un bien jurídico diferente, lo mismo que cada contravención, salvo tratándose de hechos típicos y antijurídicos complejos; estimo que no podría desaparecer un hecho punible en aras de que ha sido el medio para realizar otro hecho punible en cuya definición no está incluso, y por tal virtud, siendo el delito de violación de domicilio el medio para la realización de la contravención de hurto, estimo que no puede desaparecer la primera figura jurídica, que formaría un concurso ideal con la contravención de hurto simple menor (art. 21), pero sin desaparecer el carácter delictual de la violación de domicilio, cuya pena, por ser la mayor, sería la aplicable a la especie (art. 75 del Código Penal)".

1983. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 99 de las 15:00 hrs. del 16 de marzo. Causa contra F.R.B. por el delito de hurto en daño de R.V.E.

Voto salvado del señor Juez Superior Jaime Quintana López.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Desahucio. Juicio ordinario para dejarlo sin efecto. Improcedencia.

Resulta de sumo interés transcribir, en lo conducente, el razonamiento del voto minoritario, en tanto enfatiza la posibilidad de discutir en vía ordinaria lo resuelto en un juicio de desahucio, con base en que "el artículo 722 del Código Civil asigna el efecto de cosa juzgada material únicamente a las sentencias dictadas en vía ordinaria. Desde luego que mediante normas de igual rango puede hacerse excepción a dicha regla general y atribuir el referido efecto a otras resoluciones, como sucede —por ejemplo— con los numerales 563 del mismo Código Civil y 153 de la L.O. del Poder Judicial. Pero esas excepciones más bien confirman que se requiere texto expreso para conferir la autoridad de la cosa juzgada a resoluciones que no son sentencias firmes recaídas en proceso ordinario. . . Se tiene, por otra parte, que la Sala de Casación ha resuelto reiteradamente, que no obstante que el artículo 933 del Código Procesal Civil habla de *sentencia firme,* no cabe recurso de revisión de las sentencias pronunciadas en sede sumaria. Y el fundamento radica en que la vía de revisión de los asuntos sumarios es la declarativa, desde luego más amplia que la del recurso específico, por no existir la limitación de motivos que contiene dicho artículo 933. De ahí que no se podría de ninguna manera —si no se concede la vía ordinaria— rediscutir lo resuelto en los juicios especiales, no obstante su sumariedad".

1983. Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera, No. 161 de las 8:15 hrs. del 11 de marzo. Ordinario de C.E.L.P. c. W.Ch.D.B.

Voto salvado del señor Juez Superior Ricardo Hilje Quirós.

DERECHO PROCESAL PENAL

Prueba. Declaración de los oficiales del O.I.J. Carácter.

Con un criterio interesante el señor Juez Superior Villalobos Rodríguez, analiza el alcance de las declaraciones autocriminatorias recibidas por los oficiales del Organismo de Investigación Judicial, concluyendo que las mismas no pueden ser el fundamento para sostener una sentencia condenatoria en el caso bajo examen, pues están basadas en una violación a los derechos constitucionales y legales de los acusados y en consecuencias viciadas de nulidad absoluta, porque atentan contra el principio de defensa en sus dos modalidades, porque por un lado tratan de allegar al proceso el dicho de los imputados en contra de ellos mismos, siendo esta declaración un medio material de defensa y la abstención una facultad inviolable del acusado, y por otro, atenta contra la defensa técnica al tratar de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

destruir el consejo legal del defensor a sus defendidos para que no declaren. Estos testimonios no pueden servir siquiera como indicios, ya que serían forzados y obtenidos contra ley pues los imputados no fueron advertidos de su derecho de abstención ni asistidos por un profesional en derecho que los aconsejara adecuadamente. La admisibilidad de testimonios de esta naturaleza en juicio constituye una grave amenaza para los derechos de los ciudadanos quienes verían reducida su capacidad de defensa ante el dicho de los policías, quienes ni siquiera requerían de una declaración escrita de los imputados, sino que con su simple manifestación de que el acusado dijo tal o cuál cosa, ya verían reforzada su posición de prepotencia y seguridad de que aquellas personas que ellos quieran incriminar se verían en aprietos con su simple declaración.

1983. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 10 de las 10:35 hrs. del 14 de enero. Causa contra J.F.C.R. y otro por el delito de hurto agravado en perjuicio de G.S.M.

Voto salvado del señor Juez Superior Carlos Villalobos Rodríguez.

Nota: *los títulos que se indican corresponden al título de la nota del voto mayoritario ubicado en la sección correspondiente.*

***