

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XV — Núm. 50 — Junio, 1990

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

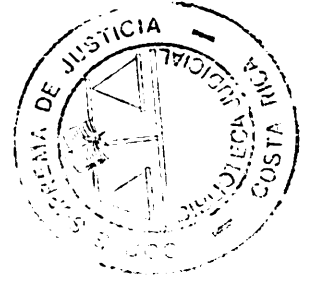
	Pág.
PRESENTACIÓN.....	5
SECCIÓN I: ESTUDIOS	
Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución 233.96.....	13 ✓
Prof. Dr. Alessandro Baratta	
Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Lati- noamérica..... 233.97.....	23 ✓
Dr. Raúl Cervini	
Los antecedentes filosóficos del Código Civil 233.98...	35 ✓
Licda. Sonia Picado Sotela	
El abuso de la personalidad jurídica en sociedades anónimas 2.339.9..	43 ✓
Lic. Víctor Manuel Garita González	
-- Sobre los plaguicidas en Costa Rica 2.340.0..	55 ✓
Ms. Roxana Salazar Cambroneró	
Inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo sexto de la Ley de la Moneda. ...	65
Lic. Claudio A. Murillo Ramírez	
Lic. Luis Alberto Varela Quirós	
Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal 2.340.1.....	71 ✓
Dr. Daniel Gadea Nieto	
La legítima defensa en el Derecho Penal costarricense 2.340.2..	83 ✓
Lic. Juan Gerardo Quesada Mora	
Revisión bibliográfica sobre maltrato infantil 2.340.3..	87 ✓
Dra. Ileana Herrera G.	
SECCIÓN II: INFORMACIÓN NORMATIVA.....	103
Jimmy Vargas Durán	

SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.	107
Licda. Cecilia Sánchez Romero	

SECCIÓN IV: JURISPRUDENCIA.	115
Digesto	

Índice general (de las revistas números 1 a 50; por materias y por autores).....	187
Jorge Araya Leandro	
Víctor Pérez Vargas	
José María Pereira Pérez	



PRESENTACIÓN

Con esta entrega, la Revista Judicial llega a la media centena. Un número como cualquiera (e inclusive, mucho menos simbólico que otros menos celebrados, pero cargados de mayor significación, desde el punto de vista de la antropología cultural comparada); sin embargo, la media centena brinda ocasión para hacer un breve recuento de la "historia de la Revista".

La idea de una publicación propia del Poder Judicial en la que se diese cuenta de jurisprudencia, doctrina y legislación, fue impulsada y ejecutada, en sus primeros pasos, por el **señor ex presidente de la Corte, Lic. don Ulises Odio Santos**; fue bajo su dirección, con anterioridad a la existencia misma de la Revista Judicial, que el otrora escueto Boletín Informativo de la Corte mejoró notablemente, imprimiéndose desde entonces (con la estructura de esta publicación) un sello particular a la solamente proyectada Revista Judicial; en el Boletín, don Ulises, consciente del papel de la doctrina y de su importancia en el Sistema Romano (del que somos parte, según enseña el Derecho Comparado), introdujo, por vez primera, estudios y comentarios de autores nacionales sobre temas de Derecho. Debe reconocerse que fue gracias a su iniciativa que, primero el Bo-

letín y luego la Revista, se convirtieron en medios de comunicación de ideas e inquietudes para servidores judiciales y abogados, sobre los múltiples y variados ámbitos de la Administración de Justicia; llegaron a ser fuente indispensable de la investigación jurisprudencial que debe preceder a todo estudio serio, mina constante de preciosa información para el profesor universitario y para el estudiante de Derecho y canteira permanente de fundamentación para litigantes, jueces y funcionarios públicos. Algún efecto positivo, desde el ángulo del Sistema u Ordenamiento Jurídico ha de haber producido este intercambio de información.

Sirva esta entrega como homenaje a don Ulises quien, además, en innumerables campos de la vida jurídica dejó importantes resultados para el Poder Judicial, cuya autonomía económica siempre defendió, frente a los embates de quienes superponen las argumentaciones contables a los valores más profundos del ser costarricense; entre sus aportes mencionaremos —entre otros— su papel en la instauración de la Defensa Pública y del Ministerio Público, en la organización del Digesto de Jurisprudencia del Poder Judicial y en la consolidación del nuevo proceso penal, reafirmando el *rol* inno-

vador del Poder Judicial, reconocido por el propio **LAUDERDALE** (en la Revista Judicial, N° 34, pág. 13) en los Estados Unidos.

Junto con don Ulises, el **licenciado don Fernando Coto Albán (q.d.D.g.)**, el **licenciado don Juan Jacobo Luis**, el **licenciado don Ulises Valverde Solano** y el **licenciado don Gonzalo Retana Sandí**, contribuyeron especialmente con su apoyo en favor de la naciente Revista y desde sus inicios defendieron, desde el órgano supremo, su vida, al tiempo que muchos la miraban con recelo (desconfiando de su posible utilidad, desde una perspectiva exegética y codiguera y, en consecuencia, restando valor a la metodología integradora de la investigación jurídica, para la cual "nada de lo jurídico" es ajeno al jurista, dada la unidad formal y sustancial del sistema). Hoy los primeros no han visto frustradas sus proyecciones.

Otras personas han sido determinantes en la vida de la Revista:

La licenciada Marcelina Zeledón Castillo (q.d.D.g.) durante muchos años tuvo a su cargo la Sección de Información Normativa, eficientemente continuada por el señor Jimmy Vargas Durán. A ellos nuestro agradecimiento permanente.

No es posible dejar de lado en esta breve reseña a la **licenciada Cecilia Sánchez Romero**, directora del Digesto y a sus colaboradores, sin

cuya eficiencia, puntualidad y conocimientos no habría sido posible la entrega puntual de la información jurisprudencial durante todos estos años.

En la fase ejecutiva, como jefe de la Imprenta, fue determinante la labor del **licenciado Rafael Ovidio Valenzuela Sandoval**, quien, además de ser una persona con una cultura amplia y profunda, contribuyó enormemente con su experiencia como filólogo en el perfeccionamiento de la Revista. Igualmente, **don Jorge Araya Leandro**, como jefe de la Sección de Arte y Composición (y hoy del Departamento de Publicaciones e Impresos) y **don Joaquín Quirós Gómez**, como jefe de la Sección de Impresión, con su alto sentido de responsabilidad y sus conocimientos, continúan haciendo realidad la vida de la Revista, lo mismo que sus colaboradores, a pesar del recargo de trabajo —por factores sobrevenientes a la programación que realiza la **Comisión de Publicaciones**— (en los respectivos Departamentos).

Agradecemos, finalmente, el apoyo recibido de la Comisión de Publicaciones, la que, en todo momento, ha dado prioridad a la Revista, de conformidad con lo dispuesto por Corte Plena.

Pasamos de inmediato a reseñar, como siempre, este número:

Del profesor **Dr. Alessandro Baratta** de la Universidad de Saarland

(Saarbrücken, R.F.A.), ofrecemos **"Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución"**, ponencia presentada en el Seminario Internacional Derecho y Justicia en la Constitución, celebrado en Managua en diciembre de 1986. El profesor Barratta explica la convergencia de posiciones ideológicas en el Estado de Derecho, el diverso contenido que ha recibido esta expresión. También comenta la teoría de los Derechos Fundamentales, indica sus orígenes y sus pilares básicos. Finalmente se refiere a la doctrina del Derecho Judicial en el marco de las fuentes del Ordenamiento.

El Dr. Raúl Cervini, profesor de Derecho Penal en la Universidad de la República (de Uruguay) y profesor de Criminología en la Escuela Superior de Capacitación Universitaria nos ha enviado su trabajo titulado **"Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales y su Trascendencia en América Latina"**. Este principio se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente; en otras palabras, la ley penal no debe incluir prohibiciones que violenten aquello socialmente aceptado. Plantea el tema del desajuste cultural que se produce con la importación de normas sin arraigo en nuestro medio latinoamericano. Este aporte es especialmente valioso desde el punto de vista de la antropología jurídica comparada. En sus conclusiones defiende la necesidad del reconocimiento de las diversidades culturales.

La licenciada Sonia Picado S., ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ex Directora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y actualmente Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, colabora con **"Los antecedentes filosóficos del Código Civil"**, conferencia pronunciada en las Jornadas Conmemorativas del Centenario de la Promulgación del Código Civil. La distinguida autora aclara sus posibles antecedentes y sus premisas filosóficas y analiza los principios del Código Napoleón (relativos a la familia monárquica, a la propiedad individual, a la autonomía de la voluntad y a la responsabilidad individual) de tipo individualista y liberal. Seguidamente da cuenta de la inspiración que tuvo nuestro Código en el proyecto García Goyena (español), del cual enuncia su inspiración y sus fuentes. Se refiere luego al Liberalismo en Costa Rica, a sus principios y características, ofreciéndonos información histórica sobre su génesis y sobre la participación de los grandes juristas del momento, lo mismo que sobre los enfrentamientos entre liberales y católicos (particularmente en tema de matrimonio). Nos informa, además, la licenciada Picado acerca del papel de la metafísica Krausista y de la influencia tanto de Kant como del Positivismo. Concluye citando al Dr. Rodolfo Cerdas para quien "el Código es símbolo de nuestro respeto al Derecho".

El profesor de Derecho Romano de la Universidad de Costa Rica,

Lic. Víctor Manuel Garita González aparece con **"El abuso de la personalidad jurídica"**, texto de la conferencia dictada en la Escuela Judicial el 20 de mayo de 1988, con particular referencia a las sociedades anónimas; el autor revisa el concepto de personalidad jurídica frente a las situaciones donde las sociedades son usadas con ánimo de defraudar a terceros. Afirma que, en tales casos, se produce un uso abusivo, complaciente y desviado de las sociedades mercantiles, avalado por el propio ordenamiento formalmente entendido. Muestra cómo el principio ya ha encontrado acogida en nuestro sistema tanto en materia laboral, como en materia tributaria y propone su inclusión en el Derecho Mercantil. El estudio del profesor Garita ha servido de base en los trabajos de revisión del Código Civil y sus ideas fueron aprobadas como ponencia por el Congreso Jurídico Nacional 1988.

"Sobre los plaguicidas en Costa Rica", es el título de la exposición, de gran actualidad, de la **licenciada Roxana Salazar Cambronero Ms.** Describe ahí el envenenamiento masivo que se produce en los países subdesarrollados con los plaguicidas prohibidos (por su evidente toxicidad) en países como los Estados Unidos de América, así como muchos otros problemas producidos, en general, por los agroquímicos (contaminación, erosión, residuos en alimentos, etc.) y por su mal manejo acelerado. La apreciada colaboradora identifica seguidamente la legislación referente a plaguicidas en

Costa Rica, así como la situación de estos productos en el país y su uso irracional. Finalmente sugiere atinadas soluciones que nos place publicar, con la esperanza de que encuentren eco y realización.

Los **licenciados Claudio A. Murillo Ramírez**, profesor de Derecho de la Contratación Privada en la Escuela Libre de Derecho y **Luis Alberto Varela Quirós**, profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica, contribuyen con **"Inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo sexto de la Ley de la Moneda"**, controversiales comentarios sobre el artículo de la Ley de la Moneda, que no concede "acción legal" para las obligaciones pactadas en moneda extranjera que no se encuentren comprendidas dentro de la lista de excepciones que la propia ley establece. Explican que es posible dar dos orientaciones al texto legal: la que asegura que se trata de obligaciones naturales y la que sostienen los autores, en el sentido de que va contra los derechos humanos y contra la Constitución, que garantizan el derecho de acceso a la justicia. Comentan la doctrina del **Dr. Carlos Manavella C.**, al que acusan de "parcial" en su análisis (Iustitia, N° 21) en el primero de los sentidos expuestos (de que se trata de obligaciones naturales), así como la jurisprudencia que rechaza esta calificación a partir de la ilicitud de las obligaciones (no exceptuadas) en moneda extranjera, de su prohibición y de la concomitante nulidad absoluta. Seguidamente revela

las razones que —a su juicio— justifican la inconstitucionalidad de la norma, por opinar que viola el derecho a la acción y permite el aprovechamiento del propio dolo.

Del **Dr. Daniel Gadea Nieto**, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, publicamos **“Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal”**. Después de mostrar la importancia del tema se refiere a la noción general de la prueba penal, como medio que permite afirmar la existencia o no existencia de un hecho determinado o la exactitud o falsedad de una situación, por lo que puede calificarse a la prueba como fuente de conocimiento. Establece las diferencias con la prueba en el proceso civil y enuncia algunos problemas generales, tales como la carga de la prueba, la presunción de inocencia, el papel del actor civil y la situación del imputado. Trata otros temas como el valor probatorio (los sistemas que hay) para pasar seguidamente a la materia de las reglas para la búsqueda y producción de pruebas penales. Concluye refiriéndose a la verificación y sus modalidades.

El señor don **Juan Gerardo Quesada Mora**, participa con **“La legítima defensa en el Derecho Penal costarricense”**. En este trabajo, dedicado a los magistrados José Alberto Gamboa Salazar y Luis Paulino Mora, el autor examina, los fundamentos y límites de la institución y los caracteres del ataque que la fundamenta: “la agre-

sión ilegítima”, su concepto, las formas en que puede ocurrir, su antijuridicidad y los requisitos del peligro. Seguidamente enfoca la necesidad razonable de la defensa para repeler o impedir la agresión. Al hablar de la elección de la defensa enfatiza la proporción entre ésta y la ofensa. Además, desarrolla el punto relativo a la falta de provocación del agredido. Trata también el tema de la defensa privilegiada, o sea, aquella ejercitada contra el individuo que mediante escalamiento o fractura logra introducirse en una edificación, representando un peligro para las personas. También estudia la legítima defensa putativa en la que se da error de tipo (que excluye la tipicidad) y error de prohibición (que cuando es invencible excluye la culpabilidad). Finalmente nos expone un par de ilustrativos fallos: en el primero se negó la existencia de la legítima defensa (calificándose la conducta, más bien, como venganza); en el segundo se admitió la racionalidad del medio empleado.

En momentos en que se denuncia por diversos medios el maltrato infantil nos complace dar a la luz pública el trabajo de la **Dra. Ileana Herrera G.** Jefa del Centro de Salud de San Rafael de Oreamuno, **“Revisión bibliográfica sobre maltrato infantil”**. Después de un desarrollo histórico del tema, la Dra. Herrera realiza una delimitación de sus diversos aspectos; comienza por identificar los sujetos activos de estas conductas antijurídicas; proyecta las tendencias del problema; dilucida sus causas y define sus indicadores. Luego

de comentar el marco legal, se ocupa de los importantes temas de la prevención y la intervención. Vale recordar aquí los trabajos que la **Fundación Paniamor** ha venido desarrollando en este campo en Costa Rica, en particular en valiosos proyectos de Ley, que tienden a agravar las penas en delitos como el de lesiones, cuando el ofendido es un menor y también en muchos otros diversos programas de carácter preventivo.

Presentamos, como siempre, las secciones de Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes y Jurisprudencia.

Concluimos así la presentación de este número 50 en el que hemos incluido, como siempre —cada diez números— un Índice General de la doctrina publicada durante la existencia de la revista.

Víctor Pérez Vargas

DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN

Alessandro Baratta*

1. Estado de derecho, derechos fundamentales y derecho judicial.

A pesar de su éxito, el principio del Estado de Derecho continúa siendo, sin embargo, uno de los más controvertidos de la ciencia jurídico-política moderna.

Posiblemente, la concepción del Derecho natural sea la única en este sentido equiparable a la del Estado de Derecho; por la riqueza de sus manifestaciones, la pluralidad de puntos de vista desde los que puede ser estudiada y el diverso contenido que se le ha asignado en el desarrollo histórico de las ideas jurídicas. Concepciones diversas acerca del "Derecho" y la "naturaleza" produjeron durante los siglos XVII y XVIII múltiples definiciones del Derecho natural. Y del mismo modo, como consecuencia de la Revolución Francesa y de la fundamentación kantiana de la moderna ciencia del Derecho, se ha ido delineando en los dos últimos siglos un modelo multiforme, un concepto rico y complejo en extremo de Estado de Derecho: concepciones diversas (científicas e incluso ideológicas) acerca del "Derecho" y del "Estado" han contribuido a determinar sus varios aspectos y significados.

Es interesante observar cómo en el concepto de Estado de Derecho convergen de forma singular posiciones ideológicas no sólo discrepantes, sino antitéticas. En relación con las corrientes ideológicas aparece la idea de Estado de Derecho vinculada al pensamiento liberal clásico (Locke, Kant, primeras obras de Fichte, Humboldt, B. Constant, etc.), aunque muchas veces no se la mencione de manera expre-

sa) al pensamiento liberal de la ilustración (Rousseau, Montesquieu), al tradicionalismo conservador que origina el nacimiento del *Reich* alemán (Gneist, Stahl) a la tradición del constitucionalismo inglés y del pensamiento liberal norteamericano, a la ciencia alemana del Derecho público (Jellineck, Mayer), a la democracia social (en sus manifestaciones jurídica y estatal), e incluso a algunas posiciones teóricas de marchamo netamente autoritario (ideología fascista de Panunzio o nacional-socialista de Lange). Asimismo, aparece vinculada esta fórmula a las ideologías neocapitalistas del "Estado de bienestar" y se habla, en este sentido, de Estado social de Derecho, el cual se diferencia del módulo clásico del Estado liberal de Derecho y constituye una etapa de un desarrollo cuya última meta es, el Estado democrático de Derecho, es decir, un Estado socialista que proporcione garantías legales y sustanciales de libertad (legalidad socialista).

No parece haber tenido éxito el intento de establecer una doctrina pura del Estado de Derecho libre de cualquier contaminación ideológica, neutral respecto a una tabla de valores políticos. Ha habido ciertamente quien ha colocado la esencia del Estado de Derecho en la distinción platónica entre gobierno de hombres y gobierno de leyes para indicar las características de un Estado en el que la actividad de los órganos está legitimada por la ley y en el que la ley garantiza la esfera inviolable de la libertad de los ciudadanos. Pero ¿Es suficiente la caracterización? ¿No existe en este caso el riesgo de hacer coincidir el concepto de Estado de Derecho con el de

* Universidad del Saarland, Saarbrücken (R.F.A.).

Estado moderno? La cualidad de jurídico, la conexión estructural con un sistema de reglas abstractas es una característica esencial del Estado y de la libertad moderna (Constant). Para el Estado y para la libertad moderna el Derecho es un elemento connatural a su estructura. El Derecho, como regla abstracta (ley), constituye el preludio de la delimitación impersonal de poderes en el interior del Estado-aparato y de la autonomía de los ciudadanos en el interior del Estado-comunidad; en este sentido, no es dable disociar el Estado moderno del Derecho y de la ley. Laband y Kelsen han intentado construir un modelo de Estado completamente depurado de cualquier idea socio-política. Kelsen identifica Estado y ordenamiento jurídico. Con la consecuencia de que Kelsen ha vaciado de todo contenido la expresión Estado de Derecho. Para Kelsen, desde un punto de vista meramente formal, todo Estado en cuanto tal (y, por tanto, toda la gama, muchas veces trágica, de variedades que en la época moderna ha asumido el moderno Leviatán) es —en cuanto ordenamiento jurídico— Estado de Derecho.

Una documentación filológica del diverso contenido que, primero en Alemania y más tarde en el resto de Europa, recibió la expresión "Estado de Derecho" por parte de las últimas generaciones de pensadores nos mostraría el esfuerzo de los representantes de las ideologías jurídicas y políticas más opuestas por reivindicar —para justificarse— el uso legítimo de la fórmula en su verdadero significado. Lo cual sólo se explica porque el principio se había convertido desde comienzos del siglo en un principio prestigioso, asociado a una valoración estimada positiva. Y esto, a su vez, demuestra que, a pesar de su generalidad, se ha venido depositando en el fondo de esta expresión —a través de un proceso inconsciente de filtración y selección— un cierto residuo común ideológico que no basta, es cierto, para individualizar los contornos de un sistema político, pero que acoge algunos de los aspectos más constantes de los ideales políticos que acompañan la historia del Estado moderno.

El origen y el carácter del Estado de Derecho son plenamente germánicos (como han sustentado con acierto Von Stein y Gneist); mas, cuando el citado proceso de absorción y europeización puede considerarse concluso, al finalizar el siglo pasado, corren paralelas una "historia interna", específica y típicamente alemana, y una "historia externa", más genéricamente europea, del mismo concepto. Las cuales, de ordinario, se superponen en una "communis opinio" a través de la cual se ha venido cristalizando un vago y elemental residuo ideológico, confiado a la transmisión científica de los tratadistas y

colocado actualmente en la cúspide de aquellos dogmas cuya plenitud axiológica es inversamente proporcional a su relación concreta con la historia y con la realidad política.

Esta forma, Estado de Derecho no es sólo lo que ha sido en el contexto político (de la formación del *Reich* en Alemania) en el que surgió y ejerció una función determinada como ideología jurídica, sino también un "mito" que, con independencia de tal función originaria, ha transformado y continúa haciéndolo —por obra de la idealidad unida al concepto de Derecho— el "estado de cosas" en el "Estado" o Estado de Derecho. El Estado de Derecho es, pues, la variante jurídica y, en cuanto a tal, quizá la principal variante del mito moderno del Estado.

No se puede dar una definición más precisa del concepto desde el plano histórico-político sin considerar detenidamente su historia *interna*. Cabe, sin embargo, otro tipo de investigación: la de analizar lo que queda aún subsistente del mito del Estado de Derecho. Análisis que puede contribuir a aclarar algunas constantes de su historia *externa*.

En el primer aspecto; la investigación histórico-filosófica lleva al resultado de modificar la opinión muy difundida de que con el marbete o rótulo de Estado de Derecho se podría identificar la entera tradición del pensamiento liberal europeo y norteamericano. De acuerdo con esta opinión, con la expresión alemana *Rechtsstaat* se identifica el mismo tipo de Estado o de ideal político que se evoca con la expresión inglesa *Rule of Law* o con la francesa *séparation des pouvoirs*. Ahora bien, es cierto que en su "historia externa" el Estado de Derecho se concreta, en último término, en los dos componentes esenciales de la legalidad —en el sentido de garantía de las libertades individuales— y de la división de poderes, entendido como principio de organización jurídica y delimitación de todas las funciones del estado (Carl Schmitt); pero también es verdad que en la forma con que en esta suerte de "communis opinio" el concepto alemán del Estado de Derecho absorbe la idea de la "Rule of Law" y de la "séparation des pouvoirs" se realiza una especie de unión hipostática ideológica y una abstracción conceptual, mediante la cual estos elementos pierden en buena parte su significado y alcance originario. Por ello únicamente pueden individualizarse si se hace abstracción de su parcial absorción en el mito del Estado de Derecho a través de una diligente reconstrucción de la tradición constitucional anglo-americana y de las concepciones políticas del iluminismo francés.

Constituye el núcleo común la idea de la *auto-limitación del Estado por medio del Derecho*; las divergencias se originan con motivo del fundamen-

to de la autoridad del Derecho: la *soberanía popular*, por medio de la ley, según modelos franceses (Mohl y Bähr), o la monarquía y las tradiciones jurídicas locales (Stahl, Gneist), de acuerdo con ejemplos ingleses que Gneist contraponía, no sin artificio, a los franceses.

A pesar de que haya entrado en el patrimonio ideológico europeo, la expresión Estado de Derecho ha encontrado general acogida fuera de Alemania únicamente en Italia y en España, por el influjo de la ciencia política alemana en estos países, mientras que en Inglaterra y en Francia se han consolidado, sobre todo, las expresiones "Rule of Law" y "división des pouvoirs", las cuales se hacen corresponder con *Rechtsstaat* en sentido lato, es decir, en su "historia externa". El resultado es que no aparecen claramente delimitados por los autores los confines entre el Estado de Derecho, Estado constitucional, Estado parlamentario y Estado liberal, a pesar de que algunos lo hayan intentado.

Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la *soberanía* imperante en estos países durante el liberalismo clásico. En Francia, la soberanía pertenece al pueblo. Por esto, Gneist consideró totalmente contrapuesta a la ideología alemana del Estado de Derecho la concepción francesa de la ley como expresión de la soberanía popular, instrumento, además, de garantía de la libertad individual entendida como autonomía (es menester observar que Kant está al respecto más próximo de los franceses que de ser precursor de la ideología alemana del Estado de Derecho). Desde este punto de vista, la teoría de la separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del Poder Legislativo —expresión de la voluntad popular— sobre el Ejecutivo y el Judicial. Tanto el Ejecutivo como el Judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las dos Cámaras y a la Corona. La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial.

Para el pensamiento alemán, por el contrario, la soberanía pertenece al Estado, el cual, sin embargo, se personaliza en el monarca, que es el verdadero habitante de ella. La versión jurídica idealista del problema político de la soberanía enmascara, pues,

la estructura autoritaria con que surge el *Reich*, mediante el equívoco —que continúa aún sin resolver— de la relación entre el poder personal del monarca (y de la aristocracia agraria, que no solo le apoya, sino que le condiciona al proporcionarle las clases burocrática y judicial) y las estructuras democráticas y representativas. Estas se reservan a la actividad del parlamento, que no constituye, empero, la suprema autoridad del Estado, sino que aparece condicionado por la monarquía, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el Poder Ejecutivo y Judicial, los cuales continúan firmemente retenidos en las manos de la nobleza agraria y de la burguesía industrial. Estos grupos disponen, pues, de medios para luchar contra los éxitos formales obtenidos en el parlamento por la clase obrera utilizando los recursos que ofrecía la cabeza de puente de la democracia social.

Aquí se encuentra la raíz política de la idea alemana de separación de poderes en la forma en que ésta se integra en el concepto de Estado de Derecho entendido en su "historia interna". La ideología jurídica alemana produjo una inversión en la jerarquía entre poder legislativo y judicial (a la que se vincula el origen de la idea de la separación de poderes) y una equívoca contraposición entre ley y derecho. Esta contraposición constituye la base del movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*) y de la teoría de la función del control judicial sobre la ley (*Prüfungsrecht*). Y se exterioriza también en la concepción del Estado de Derecho de Gneist, que rechaza la idea francesa de la soberanía de la ley para exaltar la fuerza de la tradición jurídica local y el papel de los jueces honorarios de extracción aristocrática, y de Bähr, que atribuye la máxima importancia no a la ley, sino al control judicial de la actividad del Estado. Con estas concepciones se inicia el proceso que terminaría por transformar cada vez más el Estado de Derecho en el ámbito de su historia interna, típicamente alemana, de un Estado legal (*Gesetzesstaat*) en un Estado judicial (*Richterstaat*).

Dos ideas fundamentales del pensamiento liberal clásico, la de los derechos o libertades fundamentales y la de la separación de poderes, reciben en el pensamiento alemán una significativa transformación en sentido jurídico-formal. Lo cual, unido a la contraposición entre "ley" y "derecho", ha permitido ampliar excesivamente el concepto del Estado de Derecho hasta permitir incluir en él un tipo de Estado como el nacional socialista, que constituía una clara antítesis de las premisas liberales clásicas.

Parte de los autores nacional-socialistas contrapusieron, en efecto, dos tipos de Estado de Derecho: el burgués (individualista) y el nacional y fascista. El

primero era simplemente un Estado legal. El segundo, el verdadero Estado de *Derecho* (Lange). Schweinichen llega a afirmar en este sentido que el Estado de Derecho es el ordenamiento en el que el Derecho no asume el carácter de limitación de la soberanía del Estado, significando, por el contrario, "una ordenada forma de dominio de acuerdo con el deber". Por medio de esta clase de razonamiento teórico, a través de una "mixtificación" moralizadora del Derecho, se llegó a hacer desaparecer todo tipo de limitación legal del poder.

Carl Schmitt se opuso a esta ampliación del concepto en una interesante polémica que sostuvieron los juristas afectos al nacional-socialismo. Él era el principal teórico del nuevo Estado autoritario imperante en Alemania, pero su agudeza jurídica le mostraba la imposibilidad lógica e histórica de incluir el Estado autoritario, fuese nacional-socialista o fascista, dentro del concepto de Estado de Derecho, cuyo surgir histórico no es fácilmente separable de la ideología individualista-liberal. La lúcida postura de Carl Schmitt —su polémica con parte de los juristas nacional-socialistas— merece ser citada como oposición a las falacias —no raras en los Estados fascistas— por parte de autores que pretenden de forma especiosa justificar una realidad política autoritaria y antiliberal con el prestigioso principio del Estado de Derecho. (En Italia pueden servir de ejemplo las concepciones que sostuvo Panunzio durante el fascismo).

En las Constituciones modernas el carácter del Estado de Derecho se origina según Schmitt, por la concurrencia del principio de organización y del principio de distribución. "El principio de distribución" —libertades fundamentalmente ilimitadas respecto a los ciudadanos; autoridad fundamentalmente limitada respecto al Estado— se concreta en una serie de derechos que se denominan fundamentales o derechos de libertad; el principio de organización se contiene en la doctrina denominada de la separación de poderes, que consiste en la división entre legislación, gobierno (administración) y jurisdicción o, con otras palabras, entre Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El principio de distribución presupone la delimitación jurídica de las relaciones entre el Estado y el ciudadano (cuya principal consecuencia lógica es el principio de la reserva legal). De acuerdo con este principio, toda limitación a la esfera de la libertad individual se puede establecer únicamente por medio de una ley.

La historia externa del concepto de Estado de Derecho, formulada de forma precisa por Schmitt, corresponde a la *communis opinio* de gran número de autores, los italianos incluidos. Puede bastar al

respecto la cita de Orlando, para quien Estado de Derecho es el Estado que "se autoimpone el freno de normas jurídicas capaces de moderar la acción de la autoridad pública de tal forma que se reconozcan y respeten los legítimos intereses de los súbditos". Maiorana sostiene una postura análoga, al estimar que "la principal exigencia del Estado jurídico, que reúne y comprende todas las restantes", es "la de reconocer, tutelar y garantizar los derechos individuales".

2. Los Derechos Fundamentales.

La teoría moderna de los Derechos Fundamentales responde en su origen a los postulados característicos del pensamiento político y jurídico de la ilustración, cuyos principios jurídicos racionales y naturales, que eran la base de la Revolución Liberal en Inglaterra y Francia, fueron codificados y positivizados. Desde este punto de vista no se puede separar la historia de los Derechos Fundamentales desde su expresión en las Constituciones modernas, la historia del Estado de Derecho, que también tiene sus orígenes sociales y políticos en la época de la ilustración.

En efecto, los Derechos Fundamentales representan uno de los dos pilares básicos que constituyen la base del sistema del Estado de Derecho moderno. El otro pilar es la Separación de los Poderes. Derechos Fundamentales y Separación de Poderes corresponden a los dos principios fundamentales: el principio de la Distribución y el principio de la Organización, que según la opinión mayoritaria forman el carácter del Estado de Derecho en cualquier Constitución moderna (Carl Schmitt).

El sistema de organización del Estado de Derecho moderno, es decir, la Separación de los Poderes, tiene su origen en las obras clásicas de Locke (véase especialmente el segundo Tratado de los "Two Treaties on Government" del año 1690) y de Montesquieu. En el noveno Libro de "L'esprit des lois" del año 1748, Montesquieu expone que ninguna libertad política se puede alcanzar "Si el Poder Legislativo o el Ejecutivo están unidos en la misma persona o en la misma entidad" y si "el Poder Judicial no está separado del Poder Legislativo o el Ejecutivo". La experiencia muestra, sigue exponiendo Montesquieu, que "toda persona que posea poder es propensa a abusar de él, llegando hasta donde encuentre límites" y por eso, "para que no se abuse del poder, es necesario que las condiciones estén reguladas de tal manera que el poder ponga límites al poder". El principio de la Separación de los Poderes contiene, en su expresión más amplia, la idea de que toda la actividad estatal está vinculada a la ley.

Esta idea tiene su origen tanto en el principio de la independencia judicial del Ejecutivo, el principio de legalidad de la Administración y de su control por el Poder Judicial, como de la distinción conceptual entre ley y acto administrativo con la primacía de la ley.

Es fácil reconocer que esta primacía de la ley, la superioridad del Poder Legislativo frente al poder estatal, desde el punto de vista teórico y funcional es esencial para los Derechos Fundamentales y su positivización en el moderno Estado de Derecho. Porque con el principio organizativo de la Separación de Poderes se exponen los motivos de importantes aspectos del principio de distribución, es decir, del arraigo constitucional de los Derechos Fundamentales, y el principio de distribución implica solamente a causa de una conexión con el principio de la Separación de Poderes, una definición jurídica de la relación entre Estado y ciudadanos, cuya consecuencia básica y lógica es el principio de reserva de ley. Eso implica que cualquier limitación de la esfera de libertad del ciudadano debe efectuarse por medio de una ley. Así pues, una restricción de la libertad no es posible llevarla a cabo sólo por medio de las actividades del gobierno y de la Administración del Estado.

Para comprender el origen y la teoría clásica de los Derechos Fundamentales de la ilustración, hay que encontrar su encuadre natural en la Teoría del Estado de Derecho y en el constitucionalismo de la ilustración con el que está relacionado.

Examinaremos brevemente cómo se desarrolló la positivización de los Derechos Fundamentales en el marco del Estado de Derecho moderno desde la ilustración. Lo que distingue las modernas declaraciones de los Derechos Fundamentales, desde un punto de vista jurídico-formal, en comparación con las declaraciones clásicas de los derechos en Inglaterra (piénsese en la "Magna Charta" del año 1215, en el "Hábeas Corpus" del año 1679 o en el "Bill of Rights" del año 1689), es el hecho de que en las modernas declaraciones no se trata de la distribución de privilegios a los nobles o a los ciudadanos por acuerdos o por leyes normales del Parlamento, sino que se trata de principios, que se deducen de una fuente del Derecho que es la superior del Ordenamiento Jurídico del Estado. Por ello, los derechos son reconocidos en el marco mismo de la función del Poder Constituyente. Tal reconocimiento es parte del acto de legitimación y fundación del nuevo Estado o de una nueva Constitución.

En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Estado de Virginia (12 de junio de 1776) es un prototipo de las

modernas declaraciones de los Derechos Fundamentales. Esta fue acompañada por las declaraciones de los otros trece Estados norteamericanos que anteriormente habían sido colonias inglesas.

Aunque estas declaraciones en cuanto a su contenido político, se orientan hacia la tradición inglesa del "Bill of Rights", su significado jurídico es nuevo, ya que está relacionado con la fundación constitucional de los nuevos Estados, independientes de la Madre Patria inglesa.

Los principios del "Bill of Rights" americano tenían una repercusión sobre la Declaración francesa de 1789, la cual estaba influenciada directamente por las experiencias americanas y a través de la intervención de Lafayette y Jefferson. Los mismos principios fueron recogidos en la Constitución del 3 de septiembre de 1791. La Constitución republicano-demócrata de 1793 amplió considerablemente la lista de los derechos fundamentales e incluyó los llamados derechos sociales, es decir, los derechos a servicios públicos por parte del Estado, como también el derecho al trabajo y a la asistencia social. Se ampliaron los derechos políticos (el derecho de sufragio y de petición) a todos los ciudadanos. A pesar de su corta existencia, la segunda Constitución de la Francia republicana anticipó la estructura de los Derechos Fundamentales que más tarde sería la propia del Estado Social. En el Estado Social, o propiamente dicho, en el Estado Social y de Derecho, fue integrada la ideología del individualismo liberal, con la del Socialismo Utópico y la de la socialdemocracia. En cuanto a este primer progreso hacia el Estado Social en la Francia republicana posrevolucionaria, hay que añadir que el derecho al trabajo fue suprimido en la Constitución de 1795.

Con las declaraciones realizadas a fines del siglo XVIII en Francia, se determinó un rasgo característico de los derechos fundamentales como elemento del Estado de Derecho: las esferas de libertad a las cuales se refiere son "absolutas", en lo que concierne al supuesto fundamento supraestatal, pero son "relativas", en lo que concierne a su recepción por el Derecho positivo. Ya que el Estado determina a través de ley positiva el contenido, los límites y las formas concretas de la garantía de estas libertades (por ejemplo también los procedimientos procesales para la protección de los Derechos Fundamentales). Esta positivización por medio de ley no debe ser vista solamente como un límite jurídico a las libertades básicas. Con eso las constituciones modernas quieren excluir cualquier limitación de los Derechos Fundamentales por medio de la intervención arbitraria del Poder Ejecutivo. Hasta la actualidad, el principio de la reserva de ley y el principio de

la Separación de Poderes marcan toda la historia de los Derechos Fundamentales. Este último principio se debe entender como la sumisión del poder Ejecutivo al Legislativo. Por otro lado la determinación positiva de las libertades está vinculada necesariamente con su definición a través de normas constitucionales y legales. De hecho la legalidad como contexto estructural con su sistema de reglas abstractas, es una característica tanto del Estado, como también del moderno concepto de libertad (de la "libertad de modernidad" en el sentido de Constant). Para ambos el Derecho no es un principio que se califique exteriormente, sino un elemento que forme parte de su estructura. Como regla abstracta el Derecho positivo es el principio tanto de la limitación del poder en el interior del aparato estatal, como de la autonomía de los ciudadanos en la Comunidad.

Sin embargo, la positivización y el principio de la reserva de ley significan de todos modos una limitación frente al contenido jurídico-natural de los Derechos Fundamentales, porque a través de la reserva de ley el legislador positivo tiene el poder de deshacer su contenido de manera legal.

3. El "Derecho Judicial".

Para comprender la dimensión de una teoría del derecho judicial en el marco de una teoría de las fuentes del derecho, es necesario distinguir tres significados del concepto de "fuente del derecho".

En un primer significado puede hablarse de *fuentes de producción*. Fuentes de producción son todos los hechos o actos que en un cierto ordenamiento jurídico originan una norma, ya sea abstracta y general (ley) o concreta (decisión judicial, actos administrativos).

Fuentes de validez son, por el contrario, las normas que establecen qué actos o hechos producen en el ordenamiento jurídico nuevas normas, y bajo qué condiciones. En este sentido, según la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, la validez de las normas depende de otras normas de grado superior, es decir, de normas que autorizan o reconocen actos o hechos normativos de grado inmediatamente inferior. Las fuentes de validez de las normas concretas individuales creadas por el juez son las leyes; la fuente de validez de éstas es la Constitución. Al final de la escala, para Kelsen, se encuentra la hipótesis de una norma básica; para Hart, por el contrario, el hecho de una norma de reconocimiento.

Fuentes de conocimiento, finalmente, son aquellos hechos y documentos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad de señalar la existencia de una norma y su contenido. Tales fuentes

de conocimiento son distintas, en general, de las fuentes de producción y de las fuentes de validez. Por ejemplo, la fuente de conocimiento de la ley para el ordenamiento jurídico alemán, es el *Gesetzblatt*, donde se publican las leyes.

Las fuentes de producción, comparadas entre sí, pueden ser fuentes originarias o fuentes derivadas. Una fuente es derivada con respecto de otra cuando esta última es la condición de validez de la primera o constituye su programa de decisión. En este sentido, la decisión judicial constituye, frente a la ley y al derecho consuetudinario, una fuente derivada. Fuentes originarias son, por el contrario, aquellas cuya validez o su programa de decisión no proviene de una norma superior a la que están subordinadas.

Una vez presentados estos aspectos preliminares, prosigamos con la argumentación ocupándonos de la norma consuetudinaria. En ella la fuente de producción coincide con la fuente de conocimiento, en el sentido de que la regularidad del comportamiento, acompañada de la "opinio juris ac necessitatis", no sólo es el hecho o complejo de hechos que producen la norma, sino que estos mismos son los que evidencian su validez. Una importante corriente doctrinaria tiende, por el contrario, con poderosos argumentos, a privilegiar la decisión judicial como fuente de conocimiento del derecho consuetudinario. En otras palabras, afirma que solamente el conocimiento constante, por parte de la autoridad judicial, del hecho consuetudinario, puede establecer la constancia y validez de semejante hecho. Esta teoría merece atención, pero no puede ser confundida con la tesis de que el derecho judicial (mejor aún, el derecho de los prejuicios de los jueces) constituya derecho consuetudinario.

No comparto esta opinión, y me sumo, por lo tanto, a Esser y a otros que se oponen al supuesto carácter consuetudinario del derecho judicial. Si la opinión antes mencionada fuese correcta, entonces estarían unidas en el derecho judicial, la fuente de producción con la fuente de conocimiento. Una consecuencia, por lo menos cuestionable, sería, entre otras, la producción de una norma generada por un prejuicio judicial; eso significaría que a partir de la consolidación fáctica del prejuicio, la decisión tendría un carácter normativo para todos los jueces.

El derecho judicial es, en lugar de esto, sólo una fuente de producción. Por el contrario, la ley y la costumbre se mantienen, para el derecho judicial, como fuente de validez y conocimiento. En este sentido, la decisión judicial es, junto a la ley, fuente productora, pero, al contrario de ésta, fuente derivada, no originaria.

Es importante haber establecido simultáneamente la dependencia y el carácter innovador del derecho judicial frente a la ley para recalcar su distancia frente a la ideología jurídica que, en el pensamiento jurídico alemán, encuentra su expresión en el concepto de *Juristenrecht*. Tendencias dominantes desde inicios del siglo XIX hasta la última posguerra, consideran al *Juristenrecht*, y en especial al derecho judicial, a diferencia de la tesis aquí expuesta, como fuente originaria paralela a la ley, e incluso a veces contrapuesta a ésta.

En la historia del pensamiento jurídico alemán es posible observar tres periodos en los cuales la relación entre ley y derecho se establece de un modo que no tiene nada en común con la teoría antes expuesta. En los tres periodos que quiero recordar en pocas palabras, la distinción entre ley y derecho cumple la función ideológica de contraponer la actividad de los juristas, en especial la del juez, al Poder Legislativo, y de relativizar este poder respecto a un derecho viviente que se expresa en la actividad de los juristas teóricos y prácticos. La actividad de los juristas se contempla como la expresión de un derecho viviente que encuentra sus orígenes alrededor del *Volksgeist* (espíritu del pueblo), en la conciencia de la comunidad o de acuerdo con un principio orgánico de desarrollo con respecto al cual el derecho legal posee un carácter artificial y potencialmente arbitrario.

La primera expresión completa de una teoría del *Juristenrecht* se remonta a Savigny y la escuela histórica en Alemania. Esta teoría parte directamente de la polémica sobre la codificación y representa la posición conservadora dominante en la *Methodenlehre* alemana de la época de la restauración.

La segunda fase de la *Methodenlehre* alemana, en la cual el derecho judicial se impone como derecho que compite con la ley, está dominada por el "movimiento del Derecho Libre" desde finales del siglo XIX hasta 1930.

La tercera fase de revalorización del *Juristenrecht* y de la actividad judicial como fuente autónoma de derecho se desarrolla en Alemania después de la caída del nacionalsocialismo. Estrechamente unido a esta fase se encuentra el renacimiento del derecho natural, que representa uno de los primeros intentos del pensamiento jurídico alemán por superar la experiencia de la "injusticia legal" y de la "perversión del ordenamiento jurídico" del decenio anterior.

La Constitución de la República Federal de Alemania ofrece una base a este movimiento de revalorización del derecho judicial, que encuentra una expresión significativa en el libro de Marcic, *Vom*

Gesetzstaat zum Richterstaat. En la medida en que la Constitución alemana (art. 20) vincula al juez no sólo a la ley, sino también al derecho, cumple con la exigencia expresada, entre otros, por Radbruch, de afianzar la justicia y el derecho en Alemania y en Europa sobre una base más sólida que la mera ley. Se intentaba de esta forma limitar el monopolio del legislador y su arbitrariedad revalorizando la "clase de los juristas" e interpretando de esta manera la tradición anglosajona, que considera a los juristas como protectores de los principios del derecho y de la justicia.

Estos tres periodos, durante los cuales las ideas del *Juristenrecht* y del derecho judicial pudieron imponerse, se caracterizan por condiciones sociales y políticas muy heterogéneas que deben ser observadas individualmente.

Si penetramos en los orígenes históricos de esta concepción, típicamente alemana, de la relación entre ley y derecho, y del jurista como creador del derecho, es posible encontrar una de las características que diferencian el modelo alemán de Estado de Derecho del desarrollo de este concepto en el resto de Europa. A diferencia del pensamiento jurídico francés, el Estado de Derecho en Alemania está mucho menos vinculado a la idea de la división de poderes. La prerrogativa del jurista frente al legislador, exigida por la teoría del *Juristenrecht* posterior a 1814 en la época de la restauración, es un ejemplo de este carácter conservador y, en cierto modo, autoritario inherente a la idea del Estado de Derecho en Alemania.

El concepto del jurista como representante del pueblo, puede interpretarse como una especie de límite a la función de la asamblea legislativa y del parlamento. El énfasis dado a la comunidad (*Gemeinschaft*) en relación con la sociedad, que se impone con la escuela histórica y caracteriza todo el siglo pasado hasta el idealismo social en la época de Guillermo II, documenta significativamente una cultura oficial que tiende a ignorar las divergencias de clase y los conflictos entre grupos sociales, sobrevalorando las posibilidades de armonía entre los mismos.

Mientras Thibaut y los partidarios de la codificación inspirada en el modelo francés apoyaban la creación de un Código Civil para Alemania, Savigny se dirige en un escrito polémico contra esta opinión, calificándola de un modo de pensar racionalista que descuida la realidad concreta del derecho. En su opinión, el derecho es un fenómeno como el del lenguaje, unido al largo e indetenible desarrollo del *Volksgeist*, y su fuente más importante de conocimiento no es la ley, sino la costumbre. Como suce-

de con el lenguaje, el derecho tiene sus propias y originarias fuentes y su "lugar" en la conciencia del pueblo. La aparición de los juristas como clase especial dentro del pueblo obedece a una fase del desarrollo del derecho relativamente tardía. Así, el derecho toma finalmente una "dirección científica", y del mismo modo en que antes ha vivido en la conciencia del pueblo, vive ahora en la conciencia de los juristas que representan al pueblo en esta función. Sin embargo, el derecho tiene desde entonces una doble vida, natural por un lado, por el otro artificial. La primera, que se mantiene vinculada con la vida del pueblo en general, representa el elemento "político", mientras que la vida científica del derecho representa el elemento "técnico".

En esta función como representante del espíritu del pueblo, la ciencia del derecho tiene la cualidad de fuente de derecho. Esta idea, central en la escuela histórica del derecho, es representada por Savigny, Puchta y otros. Aquí se encuentra la idea de un *Juristenrecht* puesto en el sistema de las fuentes, al mismo nivel que el derecho legislativo y consuetudinario, idea que desde entonces permanecerá en el pensamiento jurídico alemán.

El éxito de estas corrientes de pensamiento jurídico en las últimas décadas del siglo pasado, corresponde históricamente a una época en la que se puede constatar una consolidación de los conflictos de clase en dos frentes. Mientras la asamblea legislativa del primer y segundo "Reich" es influenciada, de manera cada vez más fuerte, por la Socialdemocracia, que obtiene cada vez más escaños, las fuerzas conservadoras y reaccionarias mantienen firme en sus manos el poder absoluto en la jurisprudencia, la burocracia, las fuerzas armadas y, sobre todo, en el poder económico y empresarial.

Al poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo se contraponen la estabilidad del poder de la burguesía y de la aristocracia agraria en las estructuras judiciales y administrativas del Estado y, de manera más general, en las relaciones reales de la sociedad capitalista. Ésta es, si no la única, sin duda una razón esencial para la superación del positivismo legal, así como también para explicar el nacimiento de la oposición entre ley y derecho, es decir, entre la legalidad formal, transferida a la función legislativa, y los principios y valores jurídicos materiales, salvaguardados por la jurisprudencia y la praxis administrativa. De ahí proceden las tendencias del "derecho libre", que se impusieron con el cambio de siglo (Ehrlich, Kantowitz, etc.) y que se desarrollaron de modo cada vez más decisionista (piénsese en Isay) en el nuevo siglo, hasta la llegada al poder del régimen nacionalsocialista. Frente a

la fuente de derecho formal se introduce de este modo una material: la conciencia social, que encierra en sí el "derecho viviente" y encuentra su expresión en la jurisprudencia, la ciencia jurídica y la tradición administrativa.

Éste es el aspecto ideológico más negativo y mistificador del "derecho libre" y de las tendencias antipositivistas y antiformalistas de la ciencia jurídica alemana que lograron imponerse desde finales del siglo pasado. Bajo la etiqueta de una aproximación de la ley al derecho y a la conciencia jurídica del pueblo, se oculta una reacción conservadora que intenta limitar la legalidad formal y debilitar el poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo.

De lo dicho puede deducirse que la ideología contenida en el derecho de los juristas va acompañada de una visión simplista del carácter pretendidamente estático del derecho legal, en contraposición al dinamismo del derecho judicial. Por lo tanto, debe cuestionarse y, en cada caso, controlarse empíricamente si, comparando el derecho legal y el derecho de los juristas, es siempre este último el que garantiza un desarrollo jurídico adecuado al cambio social, a las necesidades de la población y a la realización de la justicia.

La tesis del derecho de los juristas como fuente de producción originaria del derecho, junto a la ley, no es en sí ni progresista ni conservadora. Sólo la política concreta, el origen social y el comportamiento de las élites políticas y jurídicas permiten determinar si la dinámica histórica de las necesidades generales de una sociedad encuentra una expresión más adecuada en el legislador que en los jueces.

Precisamente en Italia, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una teoría, y en parte también una praxis judicial, que intenta favorecer un "uso alternativo del derecho" también por parte de los jueces, orientada a la igualdad social y a los intereses de las capas más perjudicadas de la población; en vez de favorecer los intereses de los grupos dominantes.

Debe también señalarse que incluso en contextos teóricos diferentes a la teoría antes mencionada, se ha insistido sobre el aporte de la actividad judicial a un desarrollo progresista del derecho. Pero lo que no puede afirmarse es que la dirección y el contenido de la política del derecho resulten solamente condicionadas por la mayor o menor independencia de los jueces respecto de la ley.

A propósito de esto, tal vez sea necesario recordar aquí que razones de carácter estructural que conciernen a la organización del ordenamiento jurídico y la democracia parlamentaria son las que

abogan por una subordinación "razonable" del juez y del administrador del derecho a la ley, sin dejar de reconocer, sin embargo, el carácter renovador de la aplicación del derecho.

En esta perspectiva quiero defender la decisión ideológica básica que da preferencia a la norma abstracta en la política jurídica, y con ello el papel del parlamento (con todas las limitaciones de las que, por desgracia, hemos sido testigos en los últimos tiempos). Esta decisión ideológica básica en favor de un Estado de Derecho parlamentario democrático viene en gran medida determinada por la consideración de que, en comparación con la decisión judicial, son las decisiones legislativas las que, en nuestras sociedades, resultan más fácilmente controlables a través de la discusión pública y de la comunicación política básica. La decisión judicial, a pesar del campo de juego necesario para la concreción de la ley está, en lo esencial, ya programada en la decisión legislativa. Si es cierto que la ley sólo se convierte en derecho en la decisión judicial (y en los demás actos de concreción de la ley), también es cierto que la ley y la Constitución siguen siendo los instrumentos más importantes para controlar democráticamente la producción del derecho.

4. Conclusiones.

La conciencia de que la ley, es decir, el Derecho positivo del Estado, es insuficiente para ofrecer certeza y garantía a los derechos de libertad, hace que en relación con el principio del Estado de Derecho aparezca más evidente cada día la independencia de dos valores que en la transfiguración iluminista de la ley parecían identificarse: la certeza y la justicia. Por consiguiente, en la identificación del contenido de este principio se nota una oscilación que produce que el Estado de Derecho aparezca ora, en su contenido mínimo ideal, como el Estado que garantiza la certeza de las relaciones entre autoridad y libertad, ora, por el contrario, como el Estado que garantiza la justicia de estas relaciones o, con otras palabras, un determinado contenido ideal que se asocia precisamente a la garantía de una amplia esfera de libertad para los individuos y los grupos. En la opción entre este mínimo y este máximo de contenido ideológico se exterioriza la opción existente entre una concepción iuspositivista y una concepción iusnaturalista del Derecho y del Estado, entre la consideración del Derecho tal cual es y la del Derecho tal como debe ser.

Por nuestra parte, pensamos que si se quiere dar algún contenido al principio que analizamos es necesario acoger la primera concepción (positivista). Y no precisamente porque no se considere esencial

reproducir en términos de justicia material el problema de las relaciones entre autoridad y libertad, sino porque estamos convencidos de que, planteado en estos términos, el problema excede de la estructura del Estado moderno y afecta directamente a la transformación de la sociedad actual en otra nueva en la que las relaciones citadas no se configuren en términos negativos y de límites recíprocos, es decir, en los términos jurídicos propios del Estado moderno. De hecho, éste corresponde a una forma de organización social en la cual el poder es algo extraño a la sociedad o a gran parte de ella. Decir que el Estado de Derecho no es más que el ideal de un Estado en el que están determinadas las limitaciones de la autoridad en relación con la libertad es poco si se piensa que la determinación de los confines entre autoridad y libertad deja sin enjuiciar el problema de la extensión real de la libertad, pero es mucho si se piensa que mientras el poder continúe siendo algo sobrepuesto a la sociedad y extraño a ella y las tensiones en la estructura de la sociedad hagan que el dualismo entre autoridad y libertad se resuelva (a pesar de alguna "mixtificación" ideológica) en una irreductible antítesis, no podrá existir libertad sin la certeza de la ley: certeza que, quizá, constituya el mínimo de libertad —la libertad moderna— que puede y debe ser asegurada frente al Estado, si queremos llamarlo Estado legal.

Por esto, la afirmación y el mantenimiento de una forma de Estado que garantice un mínimo de certeza en lo que afecta a la existencia del individuo y de sus libertades, constituye en nuestros días una exigencia elemental e irrenunciable por cuyo reconocimiento se siente justamente obligado a luchar todo aquel que desee contribuir al progreso de la sociedad. Pero si la libertad jurídica, la libertad moderna, es la única libertad que puede y debe ser salvada de la prepotencia del Estado, esta libertad es una libertad contradictoria, porque el Derecho que debe limitar el poder del Estado está condicionado —y más que nunca en el Estado contemporáneo— precisamente por este poder. Y la historia enseña cuán precaria es para la libertad de la mayor parte de los hombres una garantía que deriva de un poder que sólo formalmente es poseído por la generalidad de los ciudadanos, mientras que, en realidad, es expresión de la fuerza y de los intereses de una parte de ellos, como ha acaecido hasta ahora en toda forma conocida de Estado.

La meta última del progreso social la constituye la superación del dualismo entre sociedad y Estado: la absorción del poder del Estado por una sociedad que deje de estar dividida por inhumanas relaciones de explotación originadoras de graves tensiones

conflictivas. En lo que afecta a la evolución actual de las relaciones sociales, la lucha por el Estado de Derecho puede representar hoy tanto una lucha conservadora como una lucha por el progreso real de la sociedad. Se tratará de una lucha por el progreso de la sociedad cuando por medio del Estado de Derecho se pretenda llegar más allá del Estado de Derecho; es decir, cuando esta lucha se dirija no sólo a una modificación formal y meramente jurídica, sino

a una modificación sustancial tanto de las relaciones económicas como de las relaciones de poder dentro de la sociedad: de tal manera que no sólo la forma jurídica, sino la estructura misma de estas relaciones, llegue a ser la garantía (no formal, sino sustancial) de la libertad. En este sentido, el Estado de Derecho puede ser al presente si no la meta final, al menos una etapa decisiva en el caminar hacia una sociedad de hombres libres.

* * *

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ACERCA DEL PRINCIPIO DEL RESPETO A LAS AUTONOMÍAS CULTURALES Y SU TRASCENDENCIA EN LATINOAMÉRICA

DR. RAÚL CERVINI*

I. SUBCULTURAS Y NORMATIVIDAD PENAL

A. Señala Alessandro Baratta¹ que el principio del respeto a las autonomías culturales, se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias.

En otras palabras, la ley penal no debe incluir *prohibiciones que violenten aquello culturalmente aceptado*.

A nuestro juicio, la jerarquía innegable de este principio garantizador referido por el Profesor de Saarbrücken se reafirma si tomamos como punto de partida del análisis la moderna Teoría Normativa de la Cultura.

Los sociólogos americanos *Jaeger* y *Selznick* han hecho hincapié en los aspectos simbólicos de la comunicación y el aprendizaje al proponer su teoría normativa de la cultura: "la cultura se compone de todo aquello que resulta de las experiencias simbólicas compartidas y de todo aquello que es capaz de mantenerlas".²

Observan los mismos autores que su concepción normativa de la cultura conlleva una correspondiente teoría de los valores, la cual demanda considerar a las normas como "culturales" no por su virtud de normas, sino nada más que en cuanto suscitan

respuestas simbólicas que integran un *sistema de significados antropológicamente compartidos*.

B. Tradicionalmente se ha señalado que existen en las subculturas, como una parte de ese todo que es la cultura, ciertas notas características, que a luz de las nuevas propuestas normativas de la cultura redimensionan su trascendencia, así:

1. Una subcultura implica que existen juicios de valor o todo un sistema social de valores que, siendo parte de otro sistema más amplio y central, ha cristalizado aparte. Vista la situación desde la cultura dominante y más amplia, los otros valores de la subcultura segregan a la primera y obstaculizan la integración total, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos.

Como resultado del aislamiento normativo de la subcultura y a su propia solidaridad, surgen valores compartidos que sus miembros aprenden, adoptan e inclusive exhiben con trascendencia simbólica, y que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante.

Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de

* Profesor Asistente de Derecho Penal (Universidad De la República de Uruguay). Profesor de Criminología (Escuela Superior de Capacitación Universitaria).

1. BARATTA, Alessandro, *Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal*, en *Revista de Criminología y Derecho*, Nº I, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, pág.11.

2. JAEGER, Gertrude y SELZNICK, Philip, *A normative theory of culture*, en *American Sociological Review*, 1964, 29:653-669.

una subcultura. Pasa con él lo que *Sellin* ya en 1938, hacía notar³: "Nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adaptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan significados inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos, y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como elementos culturales que van encajando en ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados".

2. Los valores compartidos por una subcultura suelen evidenciarse y se pueden identificar fenomenológicamente en función de la conducta esperada: actos que van desde lo permitido hasta lo obligatorio en determinadas situaciones de la vida.

Cualquier norma o cuadro de valores debe ser capaz de gobernar naturalmente la conducta, en una variedad de situaciones, para que puedan calificarse legítimamente como antropológicamente fundadas.

Precisamente *Radcliffe-Brown*⁴ al estudiar el fundamento de las sanciones a través de las sociedades primitivas, subraya su indisoluble vinculación con los parámetros culturales de cada comunidad, ya que su eficacia deriva, entre otras razones, de que las normas se ajusten más o menos estrechamente a los valores que prevalecen en el substrato de la misma.

3. La misma subcultura puede también tolerar otros valores fuera de su propio sistema, con tal que no socaven la adhesión a los suyos propios que la caracterizan como tal, y siempre y cuando no se vea intrínsecamente amenazada su propia existencia⁵.

C. El tema tiene especial importancia en América Latina donde nos limitamos a copiar nuestros códi-

gos penales de Europa y agudamente manifiesta *Zaffaroni*⁶ "Si nosotros nos preguntamos qué tiene que ver la realidad del Paraguay con el Imperio Alemán para tener el Código del Imperio Alemán, no lo vamos a ver claro. Qué tiene que ver la realidad peruana para tener el proyecto suizo, tampoco lo vamos a ver muy claro. ¿Qué tiene que ver Venezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli? ¿Qué tiene que ver la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach?"

Como vemos, durante un largo período —por no decir desde siempre— hemos estado dando la espalda a nuestra propia realidad cultural, tomando prestados fragmentos de ideologías penales a los países centrales que responden a otros parámetros socio-culturales.

Este desajuste, este desencuentro entre los códigos importados y el medio cultural en que se pretenden aplicar, tiene profundas consecuencias en el campo de los derechos humanos de las comunidades indígenas y de otros colectivos sociales culturalmente diferenciados por historia, proveniencia, religión, aislamiento geográfico y otras características propias.

1. En lo referente a las etnias aborígenes debemos ante todo recordar que los textos latinoamericanos imbuidos de una visión etnocentrista parten de la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por elevarlo a uno superior, afectándose con ello claramente los principios de igualdad, libertad de cultos y derecho a la integridad psíquica de la persona, porque un hombre al que se pretende abruptamente sustraer de su cultura sufre una fractura en su sistema de significados con el consiguiente daño psíquico.

La propia Etnología nació con un perjuicio metodológico intrínseco, como teorización de un hombre "civilizado" sobre un "salvaje". Así indagó y comparó costumbres destacadas como exóticas, para aventurar luego consideraciones supuestamente universales. Su formulación científica requería un sujeto cognocente y un objeto de conocimiento, lo

3. SELLIN, Thorsten, *Culture Conflict and Crime*, en Social Science Research Council, Boletín N°41, New York, 1938, pág.11.

4. RADCLIFFE-BROWN, A. R., *Estructura y función en la Sociedad Primitiva*, Ediciones Península, Barcelona, 1974, pág. 233. Sobre el mismo tema ver BLALOCK, H. M.: *Introducao a pesquisa social* (2.ª Edic.) Editorial Zahar, Rio de Janeiro, 1977, pág. 77.

5. Conf. DA MATTA, Roberto, *Relativizando: Uma introducao a Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, pág. 86.

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Problemas de Política Criminal Latinoamericana*, en Revista de Derecho Penal, N° 6, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, 1984, pág. 28.

que llevó inevitablemente a sacrificar la dimensión humana de las etnias observadas⁷.

La historia de las etnias aborígenes era cosificada, catapultada a un tiempo cíclico que se repetía sin posibilidades reales de cambio, esa "dance sur place" de que nos habla *Gurvich*.

Los países centrales se arrogaban entonces el papel mesiánico de romper el círculo, de liberarlas del eterno retorno de lo igual a través de una "transfusión de progreso", en realidad, a través de un agresivo cambio aculturativo.

Como bien señala *Zaffaroni* en el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, esta antropología "victoriana" estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa del siglo XIX, "que pretendían —particularmente en África— considerar a los africanos o colonizados en situación de infantilidad respecto del colonizador de cultura adulta o madura, como también a la ideología de nuestras elites del siglo pasado, contrarias a la democracia por considerar que nuestras razas indígenas o africanas aún no estaban preparadas para su práctica".⁸

El evolucionismo atacó los viejos prejuicios eurocéntricos, pero no sin generar otros. Admitía que el hombre era homogéneo en naturaleza, pero situaba a los pueblos en distintos niveles de un mismo proceso de desarrollo cultural. Así *Morgan* habló de tres estados: salvajismo, barbarie y civilización, dividiendo a los dos primeros en tres momentos: inferior, medio y superior.⁹

Significativamente, para los autores del Evolucionismo, los Aztecas, Incas y Mayas engrosaban la lista de pueblos calificados como "bárbaros" por desconocer la escritura alfabética, pese a su notable nivel de conocimientos y al monumentalismo de su arquitectura que asombró a los colonizadores. Este juicio era coherente con la idea de una secuencia evolutiva-cultural universalmente válida, medida con la vara de un criterio eurocéntrico.

Más adelante, el Funcionalismo reconoció la radical diferenciación de las culturas, pero las concibió como sistemas cerrados sin historicidad.

Levi—Strauss en su "Antropología Estructural"¹⁰ afina los conceptos expresando que "la Etnología, aquello que los ingleses llaman Antropología Social, y los norteamericanos Antropología Cultural, no puede permanecer indiferente a los procesos históricos ni a las más altas referencias conscientes de los fenómenos sociales".

No obstante, habrá que esperar los estudios de *Herskovits*¹¹ para que se desarrolle y acepte la idea de que existen vías multilineales de evolución cultural (relativismo cultural), o sea que cada cultura propone su propio modelo original de evolución sustancialmente válido.

Por otra parte, no hay un pensamiento racional y un pensamiento mítico radicalmente diferenciados. Hoy es incuestionable que todos los pueblos piensen, partiendo de premisas que se dan por aceptadas, en el proceso inconsciente de la socialización o endoculturación. Es decir que en toda mentalidad coexisten el logos y el mito; no se da una mentalidad prelógica en forma pura como tampoco una mentalidad racional pura.¹²

Actualmente está fuera de toda duda que no existe una categoría de "pueblos primitivos", que cada cultura propone un modelo original de evolución, y que así como el autodesarrollo evolutivo persigue el engrandecimiento de una cultura, el cambio aculturativo lleva a su destrucción (etnocidio), para ser reemplazada por la cultura dominante.

En mérito a ello, puede afirmarse que el cambio aculturativo a que tienden los códigos latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación racial a fin de facilitar la asimilación de las comunidades minoritarias, representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatoria de los derechos humanos.

7. Conf. CALAN, Hilary, *Etología y Sociedad*, Breviarios N° 235, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1973, Méjico, pág. 11 y ss. y MAUSS, Marcel, *Mentalidade primitiva y participacao en antropologia*, San Pablo, 1979, pág. 150 y ss.
8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final), Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Coordinador profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 56.
9. Conf. CARO BAROJA, Julio, *Ritos y Mitos equívocos*, Ediciones Istmo, Madrid, 1974, pág. 12; y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final), *op. cit.*, pág. 55.
10. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie Structurale*, Editorial Plon, París, 1958, pág. 34.
11. HERSKOVITS, Melville, *El hombre y sus obras. La ciencia de la Antropología Cultural*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1964.
12. Conf. CARO BAROJA, Julio, *op. cit.*, pág. 60 y ss., y MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1985, pág. 103 y ss.

2. Además de las minorías étnicas referidas, en todos nuestros países, caracterizados por esa marginalidad estructural de que nos habla *Zaffaroni*, existen otros grupos que se encuentran culturalmente aislados, por diversas causas, tanto en el ámbito rural como en el urbano y que merecen a nuestro parecer un tratamiento diferenciado por parte del sistema penal.

Al finalizar la década del '50, el antropólogo norteamericano *Óscar Lewis* daba a luz la primera de sus obras "*Antropología de la Pobreza*",¹³ libro especialmente destacable, pues a la vez de brindar un cuadro íntimo y objetivo de la vida diaria de cinco familias mexicanas —en su mayoría pertenecientes al sector de ingresos más bajos— nos enseña que la llamada "cultura de la pobreza" se manifiesta no sólo en la privación económica, sino también en una especial capacidad creativa que provee adaptaciones a los desposeídos frente a su posición marginal. Muchas de las particularidades subculturales de estas poblaciones, pueden considerarse como tentativas de solucionar localmente problemas que las instituciones de la sociedad global no resuelven y es ese aislamiento relativo, una de las características más importantes que influyen en la conservación de los rasgos de la cultura de la pobreza. "Fuera de mi barrio ya no me siento en México", dice entrevistado Manuel Sánchez.

En otra obra posterior,¹⁴ el mismo autor, destaca que los patrones compartidos dentro de estas comunidades minoritarias muchas veces coliden con los de una sociedad global intolerante que no reconoce la diversidad.

Precisamente, una investigación de campo, que desarrollamos con un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en dos "cantegriles" (barrios marginales) de la ciudad de Montevideo y de la cual hasta la fecha sólo existen resultados fragmentarios e inéditos, confirma el concepto anterior: un sustancial porcentaje de los encuestados mayores de edad, íntimamente, no considera ni comprende como ilícitas, algunas conductas que se encuentran formalmente tipificadas como delictivas en los textos susceptibles de serles aplicados. Así a vía de ejemplo: un 67% de los encuestados ignora que mantener relaciones sexuales

con una persona menor de 15 años, aun en el caso de que ésta hubiera prestado su total consentimiento, configura el delito de violación "ope legis" al presumirse violencia (art. 272 del C. Penal), y lo que es más importante, el 94% de los mismos encuestados —en virtud de las pautas de su propio grupo cultural— no puede comprender que haya un ilícito en tal conducta, ya que en su ambiente juega como un imperativo subcultural categórico, el hecho de que las jóvenes se relacionen sexualmente a partir de los 12 años y con una cierta vocación de estabilidad.

De la misma encuesta resulta que el 82% de las personas interrogadas al azar en esos mismos barrios manifiesta no comprender la razón por la cual el contrabando y la ulterior comercialización de los productos así ingresados al país, son consideradas actividades delictivas en los códigos, cuando para ellos son un simple medio de vida que cuenta, por lo demás, con cierta aquiescencia de los terceros.

En el mismo contexto subcultural existen auténticas acciones prohibidas, y entre ellas tal vez la delación constituya el caso más claro. Estar considerado en esos medios como "batidor" o "dortiba" (expresiones del lunfardo criollo que definen a quien denuncia un hecho tipificado como ilícito) constituye un estigma vergonzante para la absoluta mayoría de quienes allí viven.

También en el ámbito de otra subcultura marginal: las "favelas" de Rio de Janeiro, los equipos de trabajo coordinados por el profesor *Joao Marcello de Araujo Jr.*, analizando las implicancias subculturales de la droga en esos conglomerados, detectaron numerosos ejemplos de conductas que han sido formalmente criminalizadas a través de normas que carecen del más mínimo fundamento antropológico, principalmente entre los numerosos inmigrantes procedentes del nordeste brasileño.¹⁵

3. Aclarado el alcance y variado espectro de pautas sociales diferenciadas a las que se vincula el principio del respeto a las autonomías culturales, nos ocuparemos en los dos capítulos siguientes, fundamentalmente de las minorías culturales indígenas, cuya existencia genera una problemática, que a nuestro modo de ver, tiene en la mayoría de los casos, una solución ligada a la propuesta descriminalizadora.

13. LEWIS, Óscar, *Antropología de la pobreza*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1961.

14. LEWIS, Óscar, *A study of Slum Culture*, Edit. Random House, New York, 1968, citado por HERRAN, Carlos, *La cultura de la pobreza*, Editorial Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1972.

15. Trabajo de campo preparatorio aún inédito sobre aspectos subculturales del consumo de drogas, coordinado por el Catedrático de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro JOAO MARCELLO DE ARAUJO JURNIO, en el marco del denominado: "Proyecto Alternativo de Rio".

II. DESENCUENTRO ENTRE LOS TEXTOS NORMATIVOS Y LAS CULTURAS NATIVAS EN AMÉRICA LATINA

A. Formas de control social en las culturas Indo-americanas.

Un estudio serio sobre la situación de estas comunidades ante las normas penales de las culturas dominantes hace insoslayable un conocimiento cabal de los exactos términos en los que se desarrolla la vida del aborigen. Para ello, como paso previo, es necesario "descolonizarse" mentalmente.

En tal sentido la venezolana Gladys Yrureta¹⁶ citando a Reyes Posada, sostiene que "el derecho de una cultura tribal, no se expresa mediante reglas explícitas que puedan ser captadas por personas ajenas a su cultura, a menos que se profundice en el estudio de las instituciones que les son propias, como tampoco aparecen evidentes el aparato coactivo que obliga al cumplimiento de las normas y su cuerpo de sanciones. Pero que no obstante ello, cada una de las instituciones, desarrolladas en la comunidad, relaciones de parentesco, organización política, organizaciones del trabajo y educativas, la mitología y la religión entre las más destacadas, tienen una enorme fuerza social y no son confusas en el ámbito de su cultura".

El "derecho" de los pueblos precolombinos tenía su mayor expresión, precisamente en el ámbito penal,¹⁷ imponiendo una normativa de gran fuerza, con sistemas propios suficientemente eficaces, para hacer cumplir sus normas, como ha señalado Soler¹⁸ al tratar el carácter público del Derecho Penal entre los incas.

Pero, si algo caracteriza esta particular normativa es su diversidad, ya que no siempre los hechos

que configuran delitos para nosotros, son tenidos por estos pueblos como tales, pues en muchos casos éstos forman parte de sus costumbres y ritos. Así, por ejemplo, el rapto, que constituye una tradición a efectuarse antes del matrimonio en algunas tribus, lo mismo que la posibilidad que tiene el marido de convivir con dos o tres mujeres, además de la esposa, e incluso, el suministro de ciertas drogas, constituye en algunas de estas etnias un imperativo vinculado a propósitos religiosos, rituales y militares.¹⁹

Por otro lado, algunas tribus indo-americanas, imbuidas de un sentido altamente solidario, sorprendente para nuestra cultura, consideran delitos, al egoísmo, la acumulación de riquezas y en algunos casos, la mentira y la cobardía.²⁰ También las respuestas grupales suelen ser especiales, ej.: soluciones composicionales, y la exclusión del grupo étnico, con la consiguiente pérdida de identidad que es la más grave de todas las sanciones.²¹

B. Régimen jurídico penal aplicado a las comunidades indo-americanas.

1. La dominación española significó un virtual aplastamiento de las manifestaciones nativas. Los colonizadores desorganizaron meticulosamente las estructuras tradicionales de las culturas aborígenes. Los indígenas perdieron sus tierras, se vieron obligados a ceñirse a reglas de vida para ellos incomprensibles, forzados a abjurar de sus creencias y a adoptar otras que les eran ajenas.

Enseña la profesora G. Yrureta²² en su profundo estudio del indígena ante la ley penal, que una

16. YRURETA, Gladys, *El Indígena ante la ley penal*, Edición conjunta de la Universidad Central de Venezuela y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pág. 11, op. cit.: REYES POSADA, Alejandro, *El Sistema Jurídico de los Guahibos en Colombia*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Kelly, Bogotá, 1974, págs. 12 y 13.

17. Conf. RODRÍGUEZ ROUANET, Francisco, *Prácticas Tradicionales de los indígenas*, en *Revista Guatemala Indígena*, Volumen IV, Nº. 2, publicación editada por el Instituto Indigenista Nacional, Guatemala, 1969, pág. 51.

18. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tercera Edición, tomo I, Buenos Aires, 1956, pág. 96.

19. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Nuevo Régimen Penal y Administrativo sobre Estupefacientes y Psicotrópicos en México*, en *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 36.

CÁRDENAS DE OJEDA y col., *Toxicomanía y narcotráfico, aspectos legales*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª Edic., México, 1967, pág. 10.

SIMOES, Luiz, *Cultura y control en las primitivas sociedades indo-americanas*, Cuadernos del Sur, Vol. 2, Edit. Diana, Caracas, Venezuela, 1969.

20. RAMÍREZ MIRANDA, Miguel, *Delitos y Sanciones Tribales*, en *Revista Guatemala Indígena*, Vol. IV, Nº 4, 1969, pág. 120.

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...*, op. cit., pág. 58.

22. YRURETA, Gladys, *El Indígena ante la ley penal*, op. cit., pág. 28.

simple revisión de la recopilación de las leyes de los reinos de indias nos permite verificar la existencia de un buen número de normas que atacaban la autonomía cultural de las comunidades indígenas: quitándoles sus ídolos, aras y adoratorios; apartándoles de sus hechicerías y sacerdotes,²³ implantándoles la lengua del conquistador,²⁴ prohibiendo su "amancebamiento" y su relación poligámica,²⁵ etc.

También figuraban en esa recopilación, reglas penales formalmente benevolentes, destinadas a aplicarse a los indígenas, ejemplo: las que establecen sanciones especiales para su amancebamiento²⁶ o procedimientos especiales contra los nativos en causas de inquisición,²⁷ incluso algunas que procuran evitar que se les someta a vejaciones y prisiones largas;²⁸ pero ciertamente, con este tratamiento propio de menores o de seres inferiores bajo tutela del colonizador, no se hacía sino degradar a esas comunidades en su dignidad.

2. En la actualidad, la situación del indígena en los códigos y proyectos penales latinoamericanos se puede sintetizar de la siguiente manera:

a. Por un lado existen muchos textos normativos que se caracterizan por la ausencia de previsiones expresas, lo que implica un grave desconoci-

miento de la ambivalencia cultural de países en los cuales los indígenas constituyen la mayoría o una parte muy apreciable de la población, caso del Código Mexicano para el Distrito Federal del 13 de agosto de 1931, o del Código Penal de Puerto Rico de 22 de julio de 1974.

b. Otros países poseen en su Derecho Positivo claros ejemplos de prohibiciones contrarias a lo culturalmente aceptado, como lo son el Decreto Ley del 5 de setiembre de 1935 en Haití que reprime el culto del vudú como práctica supersticiosa, en una isla donde el 75% de la población profesa ese rito; y el artículo 391 del Código Penal de Costa Rica que sanciona "las prácticas de brujería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres", norma que soslaya la diversidad cultural de la costa del Caribe de ese país. Por otra parte, en Colombia, una disposición con rango constitucional (art. 53) prohíbe: "los cultos contrarios a la moral cristiana".²⁹

Por lo demás el Código Penal del Perú de 1924 en sus artículos 44 y 45³⁰ divide a los peruanos en: "hombres civilizados" e "indígenas semicivilizados" (a los cuales asimila aquellos que están "degradados por la servidumbre y el alcoholismo") y "salvajes". El

23. Ley 2, tít. I, lib. 1; Ley 3, tít. I, lib. I; Ley 4, tít. I, lib. 1; Ley 5, tít. I, lib. 1; Ley 7, tít. 1, lib. 1 y Ley 15, tít. I, lib. 1. cit. por YRURETA, Gladys. *op. cit.*, pág. 29.

24. Ley 18, tít. I, lib. 6, *cit. ibídem*.

25. Ley 4, tít. 1, lib. 6; Ley 5, tít. I, lib. 6, *cit. ibídem*.

26. Ley 6, tít. 8, lib. 7 y Ley 8, tít. 8, lib. 7, *cit. ibídem*.

27. Ley 17, tít. 19, lib. 1, *cit. ibídem*.

28. Ley X, tít. X, lib. V, *cit. ibídem*.

29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final) *op. cit.*, pág. 56.

30. Arts. 44 y 45 del Código Penal del Perú de 1924:

"Art. 44. Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años."

"Cumplidos dos tercios de tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años."

"Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país."

Y al art. 45 agrega:

"Art. 45. Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del art. 90. Podrán asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la de colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42".

Código Penal de Bolivia de 1973 también vigente, en sus artículos 17 y 18³¹ habla del "indio selvático" como inimputable y del "inadaptado cultural" como semiinimputable. Por último, también el Código Penal de Colombia en su artículo 96 refiere al indígena como inimputable por "inmadurez psicológica".³²

Colombia, "las medidas" a que se somete al indígena suelen tender a su incorporación cultural, es decir, que se parte de la base de que el Derecho debe esforzarse por "elevar" a esos seres que se encuentran en un estadio inferior, sobre el modelo de la cultura dominante y sus valores jurídicos.

III. SOLUCIONES DE LA DOCTRINA LATINOAMERICANA RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE ESTAS NORMAS CONTRARIAS A LO CULTURALMENTE ACEPTADO

Intentaremos exponer en forma breve la diversidad de criterios ensayados a través de los años.

A. Desde un enfoque rígidamente positivista, *José Medrano Ossio*³³ ha sostenido que con el fin de proteger del delito a la sociedad y al propio individuo delincuente, deben establecerse medios defensivos variados en su forma e indeterminados en su intensidad, cuya medida solamente habrá de estar en el peligro que representa la causa del delito, con el fin de ver eliminado el mismo.

Por consiguiente, para este autor, aun tratándose del indígena, no interesa un examen de su imputabilidad o una declaración de su responsabilidad, sino que debe preocuparse la defensa social ante su delito, declarándolo peligroso y sometiénolo a las medidas apropiadas no penales que eviten su reincidencia. Ciertamente, pese a la distinta denominación, en los hechos para los indígenas no integrados, la reacción difiere muy poco de las penas comunes.

B. En la mayoría de los casos se ha enfocado la solución del problema desde la óptica de la Dogma-

tica Penal, básicamente desde dos puntos de vista:

1. Algunos³⁴ sosteniendo que aún en el caso de los indígenas debe ser mantenido a toda costa el principio de igualdad ante la ley, ya que la organización de los países americanos, descansa precisamente en los principios y sentidos democráticos de igualdad, no pudiendo, por ende, tolerar jerarquías de grupo o de raza.

Esta posición ha sido fuertemente criticada, en el entendido de que "es absurdo pensar que las reglas comunes del derecho público y privado puedan ser observadas y observables por poblaciones que tengan tan diversa estructura social, tan diversas tradiciones y costumbres, tan distinto género de vida familiar y social".³⁵

2. En otros casos se ha sostenido la necesidad de aplicar un sistema jurídico penal específico, para los indígenas.

Dentro de esta posición existe un sector minoritario, que sostiene la necesidad de que los indígenas sean juzgados en materia penal por un sistema completo especial aplicable a ellos,³⁶ y aquella parte de la doctrina penal, ampliamente predominante,

31. Arts. 17 y 18 del Código Penal de Bolivia de 1973:

"Art. 17: (Inimputabilidad). Son inimputables:

5. (indio selvático). El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización".

El inciso segundo del Art. 18, sobre semiinimputabilidad, dice:

"El juez procederá en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretando la medida de seguridad más conveniente), cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción".

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...* (Informe Final) op. cit., pág. 55.

33. MEDRANO OSSIO, José, *Responsabilidad Penal de los Indígenas*. Potosí, 1941, pág. 11 y ss. Citado por YRURETA, Gladys, op. cit., págs. 48-49.

34. Así: GALLINO YANZI, Carlos, *Imputabilidad (Los estados de barbarie)*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XV, pág. 243.

35. COSENTINI, Francisco, *Código Agrario para la República de México*, Revista Cubana de Derecho, Sección Doctrinal, Imprenta O'Reilly 62, La Habana, enero-junio 1957, págs. 62 y 63; citado por YRURETA, Gladys, en op. cit., pág. 52.

36. Posición del profesor José R. MENDOZA en, *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio*, 2.ª Ed., Madrid, 1956.

que estima que en la ley penal general deben existir algunos preceptos especiales destinados a considerar las características particulares de los indígenas, pero que no van hasta el punto de aceptar un régimen jurídico completo destinado especialmente a ellos.

En este último sector se encuentran, conforme a la sistematización propuesta por la profesora Yrureta,³⁷ los que propician la declaración de inimputabilidad del indígena (a), los que estiman que sus particularidades deben ser consideradas dentro de un examen de la personalidad del delincuente que permita una mejor individualización de la pena (b), y por último, quienes parecen ubicar el problema dentro de los variados campos de la culpabilidad (c).

a. Criterio de la Inimputabilidad.

Se funda en una pretendida inferioridad en el indio, ya sea psicológica, social y económica, o debida a su "decadencia" por factores de vicio o ambientales y declaran que se debe contemplar dentro de la legislación penal una regla que reconozca su inimputabilidad.

El tratadista brasileño Aníbal Bruno,³⁸ nos plantea que los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el punto de vista de la inimputabilidad penal, a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada de teratológico o patológico, su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva, en la cualidad y grado exigido por el código.

Agrega Bruno que en los indígenas existen, además, ciertas tonalidades en sus procesos psíquicos y ciertos complejos afectivos que los determinan, bastantes para confirmar esa inimputabilidad.

Diversos autores han compartido esta posición,³⁹ la que ha sido recogida por los códigos penales de Bolivia (arts. 17 y 18) y Código Penal de Colombia (art. 96).

Por cierto que este criterio se funda como señalamos en una posición paternalista o tutelar y en el supuesto de una pretendida inferioridad del indígena.

Francisco Olesa (aun cuando tratando de pueblos africanos) explica que el indígena vive en un mundo diferente al nuestro, fruto del particular contacto del hombre con el medio que le influye y que a su vez, y en cuanto frente a él reacciona, es influido... lo que impide que debamos juzgarlo psicológicamente con arreglo a nuestros propios patrones culturales... y exige apartar la idea de que la no coincidencia signifique en él mengua de facultades psíquicas.⁴⁰

b. Criterio de la regulación de la pena de acuerdo con el examen de la personalidad del delincuente.

De acuerdo con esta posición, la particular situación del indígena puede ser considerada penalmente como una circunstancia de atenuación de su responsabilidad penal, o como antecedente sobre su personalidad como imputado.⁴¹

c. Criterio que ubica el problema del indio dentro de la consideración de la culpabilidad.

En su manual, Zaffaroni, al referirse a la exclusión de la culpabilidad, observa certeramente que el error de prohibición cuando es invencible elimina la comprensión de la antijuridicidad; en ocasiones porque impide el propio conocimiento de la antijuridicidad, otras veces, porque aun existiendo tal conocimiento, falta en el sujeto una internalización suficiente de ella que le permita comprenderla. Expresa textualmente: "se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, te-

37. YRURETA, Gladys, *op. cit.*, pág. 57.

38. BRUNO, Aníbal, *Direito Penal, Parte Generale*, tomo II, Editora Jurídica, San Pablo, pág. 137 y ss.

39. En ciertos casos especiales así lo admite el tratadista español Luis JIMÉNEZ DE AZÚA en su tratado de Derecho Penal, tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, pág. 847 y ss.

40. OLESA MUÑIDO, Francisco, *Régimen Jurídico-Penal del indígena en los territorios españoles del Golfo de Guinea*, en *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio*, Edit. Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, Madrid 1956, pág. 231.

41. En esta posición: CENICEROS, José A., *Responsabilidad penal de los indígenas*, en *Revista Jurídica de Criminología y Ciencias Penales*, Bolivia, mayo 1945, pág. 59 y ss., citado por YRURETA, Gladys, *op. cit.*, pág. 65.

niendo solo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza...⁴²

O sea que el problema del indígena queda así calificado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Con ello el profesor argentino alude y jerarquiza, siguiendo las modernas concepciones sobre la cultura, la internalización (aprendizaje) que desde niño se hizo de pautas de conducta diferentes. Más adelante agrega que este condicionamiento cultural no sólo puede originar el error de prohibición, sino que puede dar lugar también a otros tipos de errores tales como justificantes putativas, errores de tipo, etc.

3. A nuestro modo de ver, Zaffaroni, al redactar el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, redimensiona sus conclusiones, en forma totalmente congruentes con sus anteriores aportes sobre la necesidad de un fundamento antropológico del Derecho Penal.

a) En relación con el fundamento antropológico del Derecho Penal, el profesor argentino ha escrito:

"En nuestra cultura el Derecho Penal es para el hombre y no el hombre para el Derecho Penal; el Derecho Penal es algo que le sirve al hombre para algo (que es significativo), y si no desentrañamos para qué sirve (su significación), le quitaremos al Derecho Penal su característica de hecho humano".⁴³ Expresa más adelante:

"Para que el Derecho Penal tenga efectividad será menester que respete la condición humana: que sirva al hombre a partir de un reconocimiento del ser del hombre. Esto es la fundamentación antropológica. El Derecho Penal efectivo deberá estar antropológicamente fundamentado..."⁴⁴

Para este autor, el Derecho Penal que no tenga la capacidad de servir como garantía externa de la existencia de los individuos integrantes de una comunidad dada, no será efectivo, sino que por el contrario generará permanentes tensiones sociales y conflictos que destruirán su eficacia.

Consecuentemente, no todo lo que tiene forma de ley es Derecho, ni toda "Ley Penal" es "derecho penal", ya que cuando el Estado desconoce al individuo como "persona humana" rompe con una es-

tructura lógico-objetiva, la norma no estará antropológicamente fundada y se reducirá su accionar a un mero ejercicio de poder que no es Derecho.

b) En el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, estas elaboraciones sobre la necesidad de un fundamento antropológico del Derecho Penal se desarrollan e inspiran muchas de sus recomendaciones, especialmente al tratar el tema: "Desconocimiento de las culturas diferenciales". En el citado capítulo expresa:

"Si bien no puede considerarse al indígena inimputable por el mero hecho de ser indígena, no cabe duda de que no puede exigírsele que internalice las pautas de una cultura que no es la de su crianza y, por ende, debe respetarse en relación con el mismo el principio de culpabilidad y declararlo inculpable cuando la diferencia de pautas grupales sea tal que no pueda reprochársele su conducción conforme a la pauta jurídica".⁴⁵

Pero insistimos, será en las recomendaciones finales sobre el tema donde se plasma, en una síntesis admirable, la real proyección del pensamiento del profesor argentino, por lo que nos permitimos transcribir su texto:

"Por lo expuesto, creemos que debe recomendarse:

1. La supresión de cualquier 'medida' o 'pena' que pretenda sustraer forzosamente a una persona de las pautas de su grupo cultural, salvo que se trate de pautas que atenten directamente contra la vida o la integridad física o la libertad de las personas.

2. La supresión de toda persecución o criminalización de grupos culturales o religiosos, sea en forma directa o con el pretexto de tutelar otros bienes jurídicos, por vía penal o policial.

3. La elaboración de conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes.

4. Posibilitar la extinción de la acción penal o de la punibilidad en los casos en que haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o composición conforme a las pautas tradicionales de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana".⁴⁶

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 4ª Edición, 1985, pág. 543.

43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual...*, op. cit., pág. 301.

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual...*, op. cit., pág. 302.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...*, (Informe Final), op. cit., pág. 57.

46. *Ibid.*, pág. 58.

IV. CONCLUSIONES

A. Reconocimiento de la diversidad cultural.

1. En América Latina hay alrededor de 30 millones de indígenas distribuidos en más de 400 grupos lingüísticos (sólo en Méjico existen 56 grupos indígenas con una población total de cerca de 10 millones). En numerosos países del continente, los indígenas constituyen minorías demográficas, pero en algunos (Bolivia, Guatemala) son mayoría absoluta. En otros países, como en Méjico, aunque están en minoría a nivel nacional, representan una neta mayoría en ciertas regiones o provincias.⁴⁷

2. El profesor brasileño *Nilo Batista*⁴⁸ en la misma línea de *Roberto Lyra*, —entre otros— ha subrayado acertadamente la existencia en las comunidades indígenas latinoamericanas de una normativa penal diferenciada que, aunque sencilla y a veces embuida de elementos mágicos, tiene las características de un verdadero "derecho" por su probada efectividad para mantener el orden y el equilibrio necesarios dentro de esas comunidades.

3. Desde hace muchos años, a través de innumerables pronunciamientos y declaraciones, los propios grupos indígenas del continente reclaman el respeto a sobrevivir y desarrollarse como indios, concretamente como mayas, nahuas, miskitos, aymaras, quechuas, mapuches, yanomani, etc., en el marco de las sociedades nacionales. Reclaman el derecho a su cultura, a su lengua, a sus modos de vida y sus tradiciones a regirse por sus normas y jueces, y no aceptan que la modernización y el desarrollo signifiquen necesariamente la desaparición de sus culturas, algunas veces milenarias. En otras palabras, al etnocidio planteado por tecnócratas, juristas e indigenistas más o menos bien intencionados, los indios de hoy contraponen el etnodesarrollo cultural enraizado en su propia identidad y basado en su propia creatividad y dinámica.

4. Por último, debemos reiterar que en Latinoamérica existen otros grupos sociales en grado de aislamiento cultural o de incorporación relativa, con patrones de regulación propios y ciertamente efectivos en su medio. En esa situación se encuentra un

importante porcentaje de la población del continente debido a circunstancias derivadas del condicionamiento económico (habitantes de "villas miseria", "pueblos jóvenes", "cantegriles", "favelas", etc.), del aislamiento geográfico, religioso, etc.

B. Sentido cultural de las normas y necesidad de un fundamento antropológico para un derecho penal garantizador.

A nuestro entender, la Cultura es un armazón de pautas de conducta (normas culturales), y el Derecho un orden externo de conducta que refiere a la formalización normativa. Siendo el Derecho un orden externo de conducta no es posible concebir a un ser humano que haya internalizado totalmente el orden jurídico. Pero, precisamente para cumplir su función, el Derecho debe encerrar una aspiración ética: la de convertirse en pauta de conducta individual, debe aspirar a que los individuos puedan internalizar sus normas y se conduzcan de acuerdo con ellas.

Esta aspiración ética conlleva una obligación del Estado: la de reconocer la autonomía cultural del individuo y en tal sentido es un límite a su acción y un freno a sus desbordes. Entendemos, siguiendo a *Zaffaroni* que cuando el Estado desconoce al individuo como persona culturalmente referida, rompe con una estructura lógico-objetiva, la norma no tendrá fundamento antropológico, quedando su accionar en mero ejercicio de poder que no es Derecho.

Desde este enfoque, el Derecho Penal debe traducirse en su orden regulador de la conducta humana que en sus valoraciones reconozca la identidad cultural de los individuos, de lo contrario, se estará regulando la conducta de ficciones y no de hombres reales.

C. Propuestas desde el ideal de la mínima intervención penal.

1. Estimamos finalmente que se hace imperioso excluir del marco normativo penal, aquellas prohibiciones que en virtud de las diferencias de pautas

47. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos Humanos y Derechos Indios*, en *Revista Jurídica y Paz*, Año 1, Nº 2, Méjico, febrero de 1986, pág. 8 y ss.

48. BATISTA, Nilo, *Práticas penais no direito indígena*, en *Revista de Direito Penal*, orgao oficial do Instituto de Ciencias Penais do Rio de Janeiro, Nº 31, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 75.

En el mismo sentido: FRIEDLANDER, Judith, *Ser indio en Hueyapan. Un estudio de identidad obligada en el Méjico contemporáneo*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1977.

grupales no puede pretenderse que las minorías étnicas u otros grupos sociales culturalmente delimitados cumplan. Este proceso descriminalizador, se ajusta a lo proclamado en varias declaraciones, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos.⁴⁹

2. Acorde con ello, y a fin de cumplir con las exigencias mínimas de un orden justo, deben reconocerse como vigentes y válidas las normas de conducta social, sistemas de sanciones y procedimientos de aplicación de las mismas, tradicionalmente aceptadas por esas mismas minorías culturales, excepción hecha de los casos extremos, en que las normas y valores vigentes en esas culturas resulten directamente lesivas a bienes fundamentales (vida, integridad física, orden público).

3. En todo caso y subsidiariamente, de acuerdo con lo ya expresado, se puede acudir a una causa de inculpabilidad basada en la ausencia del conoci-

miento de la antijuridicidad de la acción para eximir de pena a aquel integrante de una comunidad cultural minoritaria, que en el caso concreto no estuvo en posición de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento normativo nacional.

No queremos terminar este tema sin recordar la recomendación Nº 3 de la Declaración de Barbados, documento indigenista fundamental, surgido del Simposio de Antropólogos sobre Fricción Interétnica en América del Sur (enero, 1971).

"...3. El Estado debe reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural, lo que en ningún caso puede limitar a sus miembros para el ejercicio de todos los derechos ciudadanos, pero que, en cambio, los exime del cumplimiento de aquellas obligaciones que entren en contradicción con su propia cultura".⁵⁰

★ ★ ★

49. Textos comprometidos según el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos, *op. cit.*, pág. 55, son: la Declaración Universal, arts. 2 y 18; el Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26, y 27; la Declaración Americana, arts. 2 y 3, y la Convención Americana, arts. 1 y 12.

50. Compilación del Proyecto Marandú. Documentos y Testimonios, Ediciones del Sol, Serie Antropológica, Buenos Aires, 1975, pág. 23.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LOS ANTECEDENTES FILOSÓFICOS DEL CÓDIGO CIVIL

LICDA. SONIA PICADO S.

Agradezco a la Comisión organizadora el que me haya conferido el alto honor de iniciar estas Jornadas Conmemorativas del Centenario de la Promulgación del Código Civil, pieza fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y parte integral de la conciencia legal del pueblo costarricense.

Nuestros principales historiadores del Derecho (don Alberto Brenes Córdoba, don Fernando Fournier y don Jorge Enrique Guier) citan como influencia fundamental en el Código el Derecho francés, en sus aspectos positivo y doctrinario, fundamentalmente a través del Código de Napoleón y de la obra de Aubry y Rau *Curso de Derecho Civil Francés*, de la cual algunos pasajes se incorporan al Código como preceptos legales. Don Salvador Jiménez, nuestro primer tratadista en Derecho Civil, la había difundido entre los juristas, quienes la adoptaron como marco fundamental. La Comisión Redactora consultó también el Código Civil chileno, que había sido redactado por el distinguido venezolano Andrés Bello, y que también tenía como base el Código francés. Otra influencia importante es el proyecto García Goyena, de 1851, del que hablaremos más adelante.

Si analizamos la filosofía imperante en el Código de Napoleón, sabemos que responde a los principios liberales de su época. La Escuela Clásica del Derecho Natural señala la existencia de derechos fundamentales que tiene el hombre por naturaleza y que deben ser protegidos por el Estado. Locke, Montesquieu y Rousseau, estructuran las bases de la democracia actual, fundada en la división de poderes, el respeto de la voluntad popular y el resguardo de los derechos naturales del hombre. La libertad, la igualdad, la propiedad, son derechos inalienables que deben ser respetados por los gobiernos. Esta filosofía se consolida en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y, en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Al final de esta época, y como principal exponente del racionalismo, surge la figura de Emmanuel Kant a quien señalan los historiadores como una de las grandes influencias en la filosofía del Código Napoleónico. Su concepción del Derecho, como un instrumento para mantener el equilibrio de las libertades individuales en el seno de la sociedad, se adapta idealmente al pensamiento de la época. El historiador francés John Guillisen cita a René Dequeres para expresar: "El Código de Napoleón es una oda a un padre de familia, al individuo dotado de razón tal y como lo concibe el Cartesiano, la Escuela de Derecho Natural y la filosofía de Kant. Este hombre se conduce de acuerdo con su razón." Y más adelante señala: "los principios fundamentales del Código son la familia monárquica, la propiedad individual, la autonomía de la voluntad individual, la responsabilidad individual. Código individualista, como también lo fue en su momento el Derecho Romano de la época clásica y tal vez del Derecho Egipcio en la época del viejo y nuevo imperio. Código liberal porque el individuo es libre de actuar de acuerdo con su razón, sin presiones de grupos sociales, incluso sin la del Estado, salvo las excepciones de ley." (Págs. 484-485).

Marcele Planiol, en su *Tratado de Derecho Civil*, destaca el espíritu de moderación y prudencia que caracteriza al Código de Napoleón que surge con posterioridad al período revolucionario y sus excesos. Nos dice: "La revolución había dejado a Francia en un estado de inquietud difícil de describir: la fragilidad del directorio había contribuido a la violencia de la Convención. La incertidumbre se encontraba por todo lado: la seguridad de las personas estaba destruida, la de la propiedad igual, el comercio estaba totalmente detenido, las transacciones de orden civil reducidas a su mínimo. Había una inquietud ge-

neral. Se hacía sentir así la necesidad de recoger los frutos que se esperaban de la Revolución: leyes mejores para una sociedad rejuvenecida, una especie de renovación y de primavera. Es este feliz concurso de circunstancias el que da al Código Civil su calidad dominante. Son el espíritu de moderación y de prudencia los que han garantizado su supervivencia. Los regímenes políticos más diversos han podido acomodarse a él. Ninguno ha osado destruirlo, ninguno ni siquiera lo ha pensado. El Código de Napoleón es, en efecto, una ley de transacción. Guarda un espíritu igualitario que le hace precioso para la gran mayoría de los franceses." (Pág. 34). Este aspecto de moderación y de compromiso responde también al espíritu costarricense y puede explicar parcialmente su permanencia hasta nuestros días.

Su promulgación fue el 21 de marzo de 1804. El propio Napoleón participó activamente en los debates y se vanaglorió de su obra. Se enorgullecía de haber sido el legislador y en Santa Elena escribió: "Mi verdadera gloria no está en haber ganado 40 batallas. Waterloo borraré el recuerdo de esas victorias. Lo que nada borraré, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil."

Por otra parte, nuestros historiadores señalan en nuestro Código artículos idénticos a los del Código Civil español, a pesar de haber sido éste promulgado después que el nuestro. Don Alberto Brenes explica este contrasentido porque nuestro Código Civil se basa en el proyecto elaborado en aquel reino en 1851, conocido como Proyecto García Goyena.

Esta obra trató de unificar las múltiples normas regionales de la legislación española. El proyecto se inspiró fundamentalmente en el Código francés y en algunos Códigos extranjeros y recogía también legislación histórica, especialmente castellana. Se componía de 1992 artículos, el último de los cuales está redactado de la siguiente forma: "Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código." (*Nueva Enciclopedia Jurídica*, pág. 251). Esta disposición provocó una fuerte oposición del movimiento local que deseaba mantener las legislaciones privativas de las regiones que históricamente conservaban un Derecho distinto del de Castilla y por esta razón el proyecto no logró convertirse en ley sino muchos años después: 1888.

Analizados estos antecedentes europeos del Código Civil, me parece importante revisar la situación en nuestro país. Coinciden los estudiosos de nuestra historia en que desde el momento de la independencia el liberalismo se convierte en la ideología

general del país. Con la excepción de los doctrinarios católicos, todos los intelectuales adoptan en el siglo XIX una tesis liberal, y los políticos, todos, incluso el General Guardia, mantienen una actitud liberal (Láscaris, Constantino, *Desarrollo de las Ideas Filosóficas en Costa Rica*, pág. 125). Láscaris señala cómo pasa por liberalismo el espontáneo individualismo costarricense, en frecuente fricción con el intento de los liberales intelectuales de fortalecer un Estado casi inexistente. En la primera mitad del siglo será el liberalismo ilustrado la meta de nuestros intelectuales. El Dr. José María Castro Madriz, jurisconsulto brillante, no sólo domina estos años sino que, posteriormente, Monseñor Sanabria lo califica como el verdadero autor intelectual del Código Civil del 88.

Dos principios fundamentales respaldarán nuestros pensadores de la época, primero la libertad, fundamentalmente la libertad individual que se opondrá a todo tipo de autoridad que la limite, inclusive la religiosa. El otro principio, también tomado de la Revolución Francesa, será el principio de la igualdad la igualdad de todo ser humano pero fundamentalmente la igualdad ante la ley, la igualdad civil. Don Eugenio Rodríguez Vega, en su análisis sobre nuestros liberales y sus retadores, los caracteriza así: "Diferentes en sus culturas, vocaciones, carácter, sentimientos religiosos nuestros liberales tienen, sin embargo, rasgos comunes que los unifican: civilidad, tolerancia, fe profunda en las posibilidades de la educación y del derecho, laicismo, defensa general de las 'libertades', creencia arraigada en el progreso inevitable. La mayoría de ellos son abogados, los más brillantes de la época, y desde sus bufetes defienden los intereses de una clase alta, ya claramente diferenciada, en un país que había dejado atrás el esquema social muy simple de los primeros años de la vida republicana.

En general los caracteriza también cierto distanciamiento de las bases populares, lo que se expresó también en el concepto que muchos de ellos eran los hombres del Olimpo; a pesar de esto, todos estaban dotados de una gran inteligencia y de una profunda sencillez personal. Finalmente, practicaron en sus escritos y en sus vidas una verdadera tolerancia, admitiendo la posibilidad y la necesidad de ideas y credos distintos de los suyos." (*El Pensamiento Liberal*, pág. 10). (Ver también Luis Barahona Jiménez *Las Ideas Políticas en Costa Rica*, pág. 125).

Es dentro de este espíritu que debe entenderse la promulgación del Código pues son estas las ideas que sustentaron sus redactores.

Siendo presidente el General Próspero Fernández, el Congreso expidió el Decreto N° 9 del 28 de agosto de 1892, en que autorizaba al Poder Ejecu-

tivo para que encomendase la formación de los códigos Civil y de Procedimientos Civiles. La Comisión de Jurisconsultos estuvo presidida por el Dr. Antonio Cruz, ilustre abogado guatemalteco que vivía en Costa Rica, y los licenciados José Joaquín Rodríguez, Ascensión Esquivel y Bernardo Soto. Vale la pena señalar que a los dos últimos miembros de la Comisión Redactora les tocó la promulgación del Código Civil, a uno en calidad de Ministro de Estado y al otro como presidente de la República. Participaron también en la Comisión, pero en forma no oficial, los licenciados Ricardo Jiménez y Cleto González Víquez, indiscutiblemente las figuras políticas más importantes de los primeros 40 años de este siglo en Costa Rica. Debe citarse también la participación de don José Astúa Aguilar y de don Ricardo Pacheco Marchena, así como la del Lic. Alberto Brenes Córdoba, quien actuó como Secretario, y con posterioridad el analista más importante en nuestro país en el campo del Derecho Civil.

Los cinco años de trabajo de la Comisión fueron años de gran ebullición ideológica en nuestro país pues se concretaron en ellos las medidas liberales más importantes tomadas en nuestra nación. Fundamentalmente el año de 1884 marca un hito en nuestra historia al producirse medidas tan radicales como la expulsión del Obispo y la Compañía de Jesús, la secularización de los cementerios, la prohibición de las comunidades religiosas, la sujeción de los religiosos a las leyes de la República, la prohibición al Clero de no injerirse en la dirección de la enseñanza de los establecimientos públicos, la denuncia del Concordato, la reglamentación de las procesiones y muchas otras que sirvieron para estructurar un estado aconfesional. En este ambiente trabajaron los redactores del Código y por esta razón es importante analizar los alcances de esta época.

La promulgación del Código fue recibida con un amplio apoyo en un país que desde la independencia creyó en la ley. Sin embargo, las disposiciones que afectaban directamente a la Iglesia, sí fueron objeto de grandes controversias, a pesar de que en todo el siglo XIX no hubo en Costa Rica ningún pensador que pueda ser llamado escolástico, ya en teología, ya en filosofía. En su obra sobre Monseñor Bernardo Augusto Thiel, Monseñor Sanabria, al analizar este periodo, hace énfasis en dos aspectos: primero, el peligro de los liberales y las *desoladoras* perspectivas que su influencia ofrecía para el futuro y, segundo, la gran indiferencia e ignorancia de la mayor parte de los sacerdotes. Nos dice Monseñor: "El pueblo de Costa Rica era bueno, pero ignorante en religión. Las luchas entre conservadores y liberales, que dividieron durante casi todo el siglo pasado

la familia centroamericana, tenían también un cierto carácter religioso, y sus consecuencias, aunque en muy reducida escala, alcanzaron también a Costa Rica. La indiferencia religiosa, ese mal endémico de nuestra República, cundía sobre todo entre las clases elevadas, debido en parte a la difusión de la literatura francesa, filosófica y enciclopedista en que se alimentaba la llamada intelectualidad. Había habido grandes escándalos entre el Clero, y la insuficiente preparación que había recibido era un obstáculo casi insuperable para realizar con él una eficiente labor de apostolado." (Pág. 60).

En la época que nos ocupa fueron frecuentes los enfrentamientos entre los pensadores católicos y los liberales. Mientras para los pensadores católicos no hay otra autoridad espiritual legítima en la tierra sino la de la Iglesia católica, los liberales lucharon y lograron la secularización del Estado. Lorenzo Montúfar, uno de los más brillantes pensadores de la época, jurista e historiador, señalaba "Costa Rica no era hasta entonces (1884) independiente. No es independiente el pueblo a quien un poder extranjero, el Vaticano, dicta leyes de instrucción pública. No es independiente un pueblo a quien un poder extranjero nombra a los profesores. No es independiente el pueblo a quien un poder extranjero ordena lo que ha de decir y lo que ha de callar. No es independiente el pueblo que no puede decir todas las religiones son iguales ante la ley. No es independiente el pueblo que no pueda legislar acerca del contrato que se llama matrimonio. No es independiente el pueblo que no puede salvar los cadáveres de los hijos de ser lanzados fuera de los panteones de la Patria. No es independiente el pueblo, lo diré todo de una vez, que carece de la soberanía inmanente, y carece de la soberanía inmanente el que no puede constituirse como le place." (Citado por Láscaris, C., op. cit., pág. 149).

Deseo insistir en el hecho de que la promulgación del Código Civil no produjo mayores enfrentamientos ideológicos sino concretamente con aquellas medidas que implicaron una lucha con la Iglesia. El Código Civil, en su artículo 49, reconoció el matrimonio eclesiástico una vez inscrito en el Registro de Estado Civil. En el Título IV Capítulo 4, introdujo el matrimonio civil facultativo. En el artículo 54 reservó a la autoridad civil el conocimiento de las demandas de divorcio. El Código introdujo el registro del estado civil que antes era llevado por la iglesia. También reconoció la libre testificación y la igualdad civil de la mujer.

Gran preocupación fue para el Clero la propuesta que se hacía para introducir reformas al Código Civil que afectaban el concepto del matrimonio en

sus aspectos religiosos y sociales. En diversas formas mostraron su oposición y trataron de evitar que se introdujera el matrimonio civil. El Colegio de Abogados pretendía ir aún más lejos que la propuesta enviada por la Comisión Redactora ya que solicitó que no se reconociera el matrimonio católico como tal. Fue también el Colegio de Abogados el que introdujo el divorcio. En igual forma el gobierno sometió otro proyecto según el cual el matrimonio civil debía preceder al matrimonio religioso, e imponía penas al sacerdote que presenciase un matrimonio religioso sin tener a la vista la constancia de que se había celebrado ya el matrimonio civil (ver Sanabria, Monseñor Víctor, op. cit., pág. 324).

El nuevo Código Civil, en su artículo 59, reconoció el matrimonio celebrado por la Iglesia católica una vez que se hubiese inscrito en el Registro del Estado Civil, pero en el Capítulo IV Título IV introducía el matrimonio civil facultativo, y en el 54 reservaba a la autoridad civil el conocimiento de las demandas de divorcio y de cualesquiera otras cuestiones relativas al matrimonio. Con respecto al artículo 54 señalaba Monseñor Thiel: "Este artículo es fuente de discordias, pues como la ley dice simplemente que perteneciente al matrimonio y no perteneciente al matrimonio civil, los jueces civiles, llevados del celo y de la envidia, las causas que se tramitan en la Curia Eclesiástica, de divorcio y separación del matrimonio, las denunciarán como infracciones de la ley. Antes las decisiones de la Curia en esta materia eran consideradas por el juez como decisiones judiciales." (Citado por Sanabria Monseñor Víctor, pág. 325). Sin embargo, el mismo Monseñor Sanabria mencionó que no hubo en realidad ningún problema sobre este aspecto y que únicamente se presentó una dificultad cuando el párroco de Atenas, en cierta ocasión, admitió el matrimonio a una persona que estaba casada civilmente sin que hubiese obtenido previamente el divorcio. Protestó la autoridad civil y puso preso al párroco y protestó la unión católica "que defendía el procedimiento seguido por el sacerdote". Es interesante que Monseñor Sanabria destaca que no fue acertada la conducta del párroco pues por muchas razones de conveniencia se debió antes tramitar la causa del divorcio. Sí menciona la inconformidad de la Iglesia con la nueva legislación por cuanto la ley civil admitía el matrimonio civil a personas que habían celebrado el matrimonio católico y obtenido después el divorcio: la injuria al sacramento era doble en este caso. (Ibíd., pág. 326).

El nuevo Código Civil introdujo en el Título 10 del Libro Primero el Registro del Estado Civil. Hasta entonces los registros eran únicamente eclesiásticos, tanto de nacimientos y matrimonios, como de

defunciones. El Código Civil también limitó algunas disposiciones relativas a temporalidades eclesiásticas, pues declaró nulas las demandas hechas en favor de iglesias o institutos de carácter religioso en cuanto excedieran de los décimos de los bienes del testador. En igual forma se declara que el confesor que haya asistido al testador es persona inhábil para recibir cosa alguna de él por testamento. Monseñor Sanabria atribuye estas medidas a prejuicios inveterados de los liberales "y a la campaña de difamación contra los jesuitas". Dice Monseñor: "Se quería poner freno a la 'avidez de la iglesia', como decían los liberales. Aquí no había tal avidez ni, a Dios gracias, la hay ahora. Una de las circunstancias que más ha contribuido a mantener nuestra paz religiosa es el hecho de que nuestra iglesia es pobre y no despierta las concupiscencias de nadie." (Ibíd., pág. 331).

Me interesa señalar aquí cómo quienes analizan este período "liberal" de nuestra época insisten en su moderación. Realmente a pesar de que nuestros pensadores se proclamaban anticlericales eran, a la vez, católicos no practicantes y no deseaban en forma alguna destruir la unidad religiosa nacional. Las leyes relativas al matrimonio civil fueron muy poco empleadas y la Iglesia continuó con amplia libertad sus funciones.

Merece destacarse que el Código reconoció la igualdad civil de la mujer, y se adelantó así a la mayoría de las legislaciones en América. Si bien la mujer costarricense no logró los derechos políticos hasta 1949, es un hecho que la legislación promulgada por el Código Civil le permitió una libertad de actuación desconocida en muchos casos aun por legislaciones europeas como la francesa y la española.

Entre los pensadores que más influyeron en esta época podemos citar a los hermanos Fernández Ferrás, al Lic. Salvador Jiménez, al Dr. Lorenzo Montúfar, al Dr. Antonio Zambrana.

Los hermanos Fernández Ferrás y don Salvador Jiménez responden a la influencia que el Krausismo tuvo en esta época en Costa Rica. El Panenteísmo de Krause se divulgó en nuestro país por medio de la obra de los hermanos Fernández Ferrás, quienes ejercieron una enorme influencia desde las aulas.

Panenteísmo es el título que dio a su filosofía el propio Karl Krause. Nombre que se origina etimológicamente en las voces griegas, "pan", todo en "i" "teos" Dios. Se parece a una especie de panteísmo pero, a diferencia de éste que identifica por completo al mundo y todo lo existente con Dios, el panenteísmo coloca a Dios, además como un ser personal superior al mundo.

Comenta Láscaris: "Dos aspectos interesa se-

ñar en esta influencia. El primero: la metafísica krausista se trasfundirá en Costa Rica en forma de racionalismo, con sentido religioso, pero aconfesional. El segundo: al no haber una tradición escolástica, ni siquiera unos 'hábitos pedagógicos generalizados', el krausismo, por obra de los Fernández Ferrás en su aspecto pedagógico, será el basamento de la naciente enseñanza media costarricense." (Op. cit., pág. 205).

Sobre esta época dice don Ricardo Jiménez: "el maestro don Salvador Jiménez nos explicaba Derecho Natural según las teorías de Krause, a su vez influidas por las teorías de Kant, de Ahrens, de Hegel, de Fichte. Esta cátedra se prestaba para que don Salvador expusiera, como él sabía hacerlo, teorías que para nosotros eran nuevas, y que en el ambiente de entonces, producto de largos años de oligarquía religiosa y política, nos sorprendían y nos seducían el espíritu con una nueva luz que nos parecía racional y lógica." (Citado por Láscaris, C., op. cit., pág. 234).

Desde otro ángulo, es interesante cómo don Alberto Brenes Córdoba, colaborador también de la Comisión, en su "Historia del Derecho" hace un análisis de las corrientes de pensamiento importantes para su época, y destaca la figura de Kant al decir que "en la historia de la filosofía contemporánea ninguna personalidad se presenta con mayor relieve que la de Emmanuel Kant." (Pág. 218). Ya habíamos señalado la influencia de este pensador en el Código Civil francés y resulta interesante ver que también su pensamiento fue tomado en cuenta por nuestros codificadores. Destaca don Alberto también las doctrinas de Hegel, pero alega que implicaron más bien un retroceso a la gran idea Kantiana de la libertad por cuanto la "teoría de la omnipotencia del estado" la hace incompatible con la libertad. A pesar de esto la influencia de Hegel se nota en los escritos de don Alberto en forma bastante evidente, así se refiere a la "ley del progreso" cuando señala "se camina siempre hacia adelante, aunque no precisamente en línea recta. Por la que el progreso sigue, es más bien espiral, espinosa o quebrada, lo que explica los retardos y aún periodos de retroceso que a veces ocurren, pero que, sin embargo, sirven para acumular los retardos y elementos y fuerzas que determinan el próximo avance." (Pág. 9).

Finalmente, es importante destacar en este periodo la influencia del positivismo, nombre dado por Augusto Comte (1798-1857) a su planteamiento y que después se extendió a toda la orientación filosófica que siguió sus huellas. Limita toda noción de certeza a los resultados experimentales obtenidos por las ciencias positivas tales como las matemáti-

cas, física, química, etc. Lo que no se logra establecer dentro de ese campo por el medio positivo no tiene valor como conocimiento ni suministra ningún grado de certeza, y queda solo como una afirmación sin categoría científica relegado al campo de simple disquisición metafísica. Dice don Constantino Láscaris "quizás sea Costa Rica el único país del Continente en el que la entrada del positivismo no implicó cambios siendo, sin embargo, más general su influencia. Cuando se divulga esta concepción no provoca choque ni es tampoco tomada como 'religión', tal como sucedió en tantos países. No es simple casualidad que fuera Littré, y no Comte, el doctrinario preferido pues ello, además, vino a coincidir con la veta de los liberales ilustrados." (Op. cit., pág. 173).

El positivismo de la época se concibe más como una actitud que como un pensamiento doctrinario que se refleje en autores costarricenses. Deben citarse dos figuras que influyen especialmente en ese momento: Mauro Fernández, abogado y educador, quien se considera el principal estructurador de nuestra instrucción pública, fundamentalmente en el afianzamiento de la enseñanza media y al Dr. Antonio Zambrana, abogado nacido en La Habana, Cuba, quien ejerció enorme influencia en nuestro país. Ricardo Jiménez lo considera el hombre que más importancia tuvo en su formación intelectual y moral. Abandonó Costa Rica en 1882 por problemas con el presidente Tomás Guardia pero, aún así, se le considera uno de los inspiradores del Código Civil. Se le atribuye fundamentalmente la fundación del Registro Civil y el establecimiento, luego incluido en el Código Civil, de la herencia testada e intestada. Se le califica de "positivista-idealista" pues si bien sus ideas son totalmente positivistas, está también embebido del idealismo alemán. Kant, Schelling, y Hegel, se hacen sentir en muchos momentos de su obra. Regresa al país en 1891. Fue elegido presidente del Colegio de Abogados, Catedrático de la Facultad de Derecho, y magistrado de la Sala de Casación, pero, fundamentalmente, Zambrana era un orador. Un orador de gran magnetismo que desde la cátedra forjó la mente de los políticos y abogados costarricenses que dirigieron el país durante los primeros años del siglo.

En resumen, al hacerse un análisis histórico-filosófico de las fuentes del Código Civil llegamos a la conclusión de que todas se remontan al Código Napoleónico y, en consecuencia, al pensamiento liberal francés que se consagró en él. Debo insistir en que todos nuestros pensadores, desde la independencia hasta mediados del presente siglo, han sido calificados, en una u otra forma, de "liberales". Si

bien señalamos algunas características distintivas de los liberales costarricenses, lo cierto es que nuestros filósofos no fueron originales y que su mérito radica en haber tenido la decisión política y la voluntad de organizar nuestro sistema con base en la ley. La promulgación del Código significó un gran avance en la legislación de nuestro país, pero, fundamentalmente, el Código es un símbolo de nuestro respeto al Derecho, de nuestro empeño por buscar el camino de la paz y la libertad. Rodolfo Cerdas Cruz analiza en su obra "La Crisis de la Democracia Liberal en Costa Rica" que el Despotismo Liberal Ilustrado responde fundamentalmente a un determinado bloque de fuerzas sociales en el poder y que no afectó o no reflejó la situación real del país o propiamente al pueblo. Sin embargo señala: "Esto no quiere decir que ese liberalismo no impregnó sustancialmente la mentalidad del costarricense. De ahí nacerá su orientación anticlerical, aunque católica, antimilitarista pero disciplinada, legalista y pacífica. Significa, más bien, que no facilitó —como por lo demás no podía ser— una incorporación organizada del pueblo en los destinos públicos. Sentó sí, de manera firme

las bases para una evolución de corte liberal, que permitirá afirmar que en Costa Rica, la revolución democrático-burguesa, desde el ángulo político fue realizada. La promulgación del Código significó un gran avance en la legislación de nuestro país, pero fundamentalmente, el Código es un símbolo de nuestro respeto al derecho."

Señalé al principio la importancia de la figura del Dr. José María Castro Madriz, presidente de la República, presidente del Congreso, y presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Castro Madriz representa el liberalismo ilustrado que caracterizó toda la época que hemos señalado. Por eso deseo finalizar con unas palabras que reflejan la vigencia de su pensamiento. Dice así: "Quiero que mi Patria, ya que no puede ser temida por su fuerza, sea considerada por su justificación y cordura de modo que sobre cualquier agravio que se le infiera, recaiga en él el anatema del mundo civilizado. No tenemos escuadras, tengamos la simpatía de las naciones. La civilización del siglo ha definido la libertad política y religiosa elevándola a dogma de paz y de ventura. Como tal la conozco y sabré acatarla y sostenerla."

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS:

- BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Historia del Derecho*, Segunda edición, Tipografía Gutenberg, San José, Costa Rica, 1929.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las Personas*, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1974.
- BARAHONA JIMÉNEZ, Luis, *Las Ideas Políticas en Costa Rica*, Ministerio de Educación Pública, Departamento de Publicaciones, San José, Costa Rica.
- BLANCO SEGURA, Ricardo, *1884 El Estado, La Iglesia y las Reformas Liberales*, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1983.
- CERDAS, Rodolfo, *La Crisis de la Democracia Liberal en Costa Rica*, Editorial Universitaria Centroamericana, Educa, San José, Costa Rica, 1972.
- GUIER, Jorge E., *Historia del Derecho*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1981.

- LÁSCARIS C., Constantino, *Desarrollo de las Ideas Filosóficas en Costa Rica*, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1964.
- LEVENE, Ricardo, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Editor Valerio Abeledo, Librería Jurídica Lavalle, Buenos Aires, Argentina, 1924.
- MAZEAUD, Henri León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome Premier, cinquième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1908.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo I, Editorial Cultural S. A., Habana, Cuba, 1945.
- SANABRIA M., Víctor, *Bernardo Augusto Thiel*, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1982.
- ZAVALA, Silvio, *La Defensa de los Derechos del Hombre en América Latina* (siglos XVI-XVIII), Primera reimpresión. Universidad Nacional Autónoma

ma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unesco, México, 1982.

B. ANTOLOGÍAS:

Documentos Fundamentales del siglo XIX, número dieciséis, Biblioteca Patria, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1979.

El Pensamiento Liberal, número catorce, Biblioteca Patria, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1979.

Ricardo Jiménez Oreamuno, su pensamiento, núme-

ro diecisiete, Biblioteca Patria, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1979.

C. OTROS:

CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA, Inst. Cultural Hispánica, Madrid, 1962.

FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia del Derecho*, Editorial Juricentro S. A., San José, Costa Rica, 1978.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Bibliográfica Omeba, Ancalo S. A., Buenos Aires, 1976.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN SOCIEDADES ANÓNIMAS

LIC. VÍCTOR MANUEL GARITA GONZÁLEZ*

No puedo más que estar complacido con el significativo esfuerzo que hace el Poder Judicial, a través de la Escuela Judicial, con la programación de este ciclo de conferencias, sobre temas de distintas áreas del Derecho que representan, sin duda alguna, parte de la problemática más interesante del mundo jurídico de nuestro país.

En lo que a mí se refiere, me ha parecido oportuno hacer una exposición sobre un tema que, además de estar estrechamente ligado al Derecho Mercantil Societario, tiene también profunda relación con la teoría general del Derecho Civil, como veremos, además de que obliga a tomar posición sobre el papel del Ordenamiento jurídico en una sociedad.

Se trata de una revisión del fenómeno de la personalidad jurídica, como atributo indisputable de las sociedades mercantiles y, en particular, de las socie-

dades anónimas, sin duda alguna, el instrumento de organización colectiva más desarrollado del mundo contemporáneo.

No obstante, debo esclarecer, desde ya, que el tratamiento que propongo es a la luz de un enfoque particular: el abuso de la personalidad jurídica mediante el uso de sociedades mercantiles. De esta manera, aunque quizá es necesario, un enfoque más amplio, la perspectiva que desarrollaré de este problemático fenómeno se restringe a este tipo particular de formas de organización, quedando por fuera la revisión de otros entes colectivos en los que, con toda seguridad, se presenta el problema.

Sin embargo, la intensidad y vigencia del problema, así como el interés particular de enfocar tanto sólo ese ángulo me obligan a hacer la aclaración del marco general que tendrá esta exposición.

PLANTEAMIENTO PARTICULAR DEL PROBLEMA

No creo que nadie pueda poner en duda que el surgimiento histórico de las sociedades, fundamentalmente construido a la luz de las expediciones colonizadoras europeas al Nuevo Mundo, representan uno de los aportes jurídicos más importantes del Derecho Mercantil al mundo jurídico contemporáneo.

En mi opinión, solamente el desarrollo de otra disciplina especial del Derecho Mercantil —la de los títulos valores— compite por la primacía en cuanto a novedad, particularidad, fuerza y desarrollo.

El rol particular que han tomado las sociedades mercantiles dentro de las economías contemporáneas occidentales permiten concluir, sin necesidad de una base empírica específica, que en mucho la evolución económica y financiera de los últimos cuatro siglos corre indisolublemente ligada al desarrollo jurídico y conceptual de las sociedades mercantiles y, en particular, de las anónimas.

Pero también hay que decir que —aunque no como monopolio del Derecho Mercantil— el descu-

* Texto de la Conferencia dictada por el licenciado Víctor Manuel Garita González en el ciclo de conferencias de carácter académico programadas por la Escuela Judicial el 20 de mayo de 1988.

brimiento jurídico del fenómeno de la personalidad jurídica, lento pero fino, mucho más antiguo que el de las sociedades mercantiles, constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el Derecho como disciplina reguladora de las relaciones sociales.

A pesar de esto y casi como una gran contradicción resulta que, a la vez, la unión histórica que se ha dado de estos dos institutos: sociedades mercantiles con el atributo de la personalidad jurídica, se ha convertido en uno de los institutos de mayor peligro para la buena fe en las relaciones jurídicas, para el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones que imponen los ordenamientos jurídicos, ya sea que devengan de la ley, del contrato o de cualquier otra fuente.

Lamentablemente, el fenómeno jurídico que se ha desarrollado desde hace ya muchas decenas de años en el mundo contemporáneo es el desvío conceptual y funcional de estos dos institutos para ponerlos al servicio de intereses que, bajo ninguna circunstancia, pueden ser objeto de tutela por ningún ordenamiento jurídico.

Entonces, un instrumento sano y eficiente ha sido sometido a un proceso de corrupción en el que con toda facilidad se detectan vicios, fraudes, incumplimientos, abusos y cualquier tipo de patologías de orden estimativo que ha obligado a un replanteamiento jurisprudencial y legislativo de estas figuras, además de enormes esfuerzos por parte de la doctrina mercantilista contemporánea, tendientes a construir un concepto de persona jurídica adecuado.

En este proceso, no agotado todavía, se pueden encontrar las más diversas posiciones. Desde autores que creen necesaria la eliminación del atributo de la personalidad jurídica hasta los que, no obstante reconocen los abusos y desviaciones a que ha sido sometida la institución, estiman que sería un aborto histórico el siquiera revisar los beneficios y ventajas propios de la personalidad, aunque sea con el propósito de evitar algunos de los inconvenientes.

Defensores a ultranza, entonces, de la personalidad jurídica como atributo de las sociedades, por una parte, contra los que proponen su crucifixión.

Con un simple acercamiento pareciera correcto pensar que ninguno de los extremos propuestos representa una solución adecuada. Por una parte, resulta inaceptable que el Ordenamiento jurídico pueda amparar situaciones jurídicas absurdas que, al final, terminan generando incerteza, abuso, desconfianza, incumplimientos y, por qué no decirlo, hasta inmoralidad. Por otra parte, no resulta razonable creer que una institución como la personalidad jurídica—instrumento conceptual básico— pueda ser eliminada,

abortando un proceso histórico, riquísimo en beneficios y ventajas para el desarrollo de la humanidad.

Pretendo tan sólo con esta exposición llamar la atención sobre el hecho de que se requiere incorporar la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional a esta ya no tan joven discusión societaria.

La traslación del fenómeno descrito a la realidad costarricense tiene plena vigencia. La práctica profesional cotidiana se topa con situaciones en las que, sin mayor esfuerzo, se percibe el uso abusivo, complaciente y desviado de las sociedades mercantiles, en especial las anónimas.

Ante los tribunales costarricenses se ventilan a diario procesos en los que sin mucha auscultación se percibe que el incumplimiento del contrato, el fraude, la irresponsabilidad patrimonial, las malversaciones y el dolo están amparados bajo el "velo" de la personalidad jurídica o quizá, para ser más exactos, bajo el "escudo" de la personalidad, constituida en una muralla de IMPUNIDAD.

Estoy seguro que todos los aquí presentes, (sin importar la posición desempeñada), nos hemos visto enfrentados al conflicto descrito y, sobre todo, a optar entre apegarnos a la defensa formal del concepto de personalidad jurídica de una sociedad anónima, aunque percibiendo un uso desviado de la figura, o penetrar esa barrera, desestimando los beneficios y efectos normales de la personalidad, para entrar a valorar, determinar y encontrar el sustrato económico o personal que se esconde detrás de ese velo social.

Hasta la fecha y hasta donde es de mi conocimiento, la posición uniforme y definitiva de nuestra jurisprudencia y, en general, de la doctrina y legislación vigente, ha sido la de mantener hasta sus últimas consecuencias el escudo protector de la personalidad jurídica.

No conozco —en materia estrictamente mercantil societaria— ningún antecedente en el que se haya tomado la decisión de "penetrar", "desestimar" a una sociedad anónima con el propósito de entrar a resolver sobre el uso adecuado o no, legítimo o abusivo de la personalidad jurídica, ante un caso concreto.

Por el contrario, es indispensable hacer la referencia de que, contrariamente a lo que ocurre en el campo societario, de los procesos concursales, de los contratos y obligaciones mercantiles en general, sí hay en otras áreas del Derecho costarricense antecedentes del fenómeno y, en realidad, más que antecedentes, una doctrina consolidada y, sobre todo, jurisprudencia administrativa o jurisdiccional que ha tratado con extensión el tema.

Por ejemplo, en materia laboral, resulta que a diario nuestros tribunales laborales prescinden, sin

problema ni preocupación, de las distintas entidades formales que normalmente se interponen como defensas ante reclamos de trabajadores, eliminando toda clase de diferenciación formal entre las entidades que puedan o no ser "patronos", declarándose responsabilidades solidarias entre ellas, "unidad" de patronos, no obstante que hay involucradas distintas sociedades.

Principios propios de esta disciplina —sobre todo la del contrato realidad— han permitido a nuestros jueces prescindir de la estructura formal de la persona jurídica y tratar en forma indiferenciada a esa "unidad económica" que opera como "patrono", sin importar el velo con el que se arrope.

También, por ejemplo, en materia tributaria, el mismo principio de la "realidad económica" y, sobre todo, el de la "consolidación" han permitido que, para efectos de pago del impuesto sobre la renta, entidades jurídicas formalmente separadas y autónomas, con propia personalidad jurídica, en forma circunstancial, puedan ser consideradas como una "unidad económica", sometándose a la obligación de consolidar sus ingresos y, por tanto, pagar el impuesto sobre la renta sobre la cifra consolidada, con mayor costo tributario.

Ambos fenómenos, curiosamente, son pacíficamente admitidos como parte indiscutible de nuestro Ordenamiento jurídico y existen reconocimientos doctrinarios, positivos y jurisprudenciales de todos los ángulos posibles.

Pero resulta ser que, según hemos indicado, en materia mercantil o societaria la situación es exactamente la contraria: ausencia total de antecedentes.

En mi opinión, la situación es paradójica. Se supone que el Derecho Mercantil debe ser una de las áreas más susceptibles al cambio, a la satisfacción de las necesidades propias de las economías en cambio, destinado a la protección de la buena fe y la sanidad contractual, empresarial y organizativa. No obstante, un problema crítico: el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, no tiene tratamiento alguno.

Me parece que existe la obligación de revisar esta situación y de crear un ambiente de discusión —mucho más rico y amplio que esta exposición— en el que se replantee la posición que históricamente ha seguido nuestra legislación y jurisprudencia.

Creo que es obligado, entonces, hacer una revisión de Derecho Comparado para valorar cuál posición —propia o importada— es correcto tomar para aportar una solución más adecuada.

En todo caso, quisiera sugerir algunos aspectos que, en mi opinión, deben ser tomados en cuenta en forma inmediata, si se persigue el propósito de propiciar una modernización correcta de nuestra jurisprudencia o legislación al respecto. En particular, estimo indispensable hacer referencia a los posibles obstáculos de orden conceptual o legal que, tradicionalmente, han sido el soporte para impedir el ajuste de nuestro sistema a esa problemática.

DESARROLLO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Es indispensable, para los efectos de esta exposición, hacer aunque sea una mera referencia al contenido conceptual de lo que es la "personalidad jurídica". No pretendo, desde luego, intentar siquiera un desarrollo histórico y filosófico de esta figura. Francisco Ferrara ha escrito, al respecto, más de mil páginas y probablemente no sea completa su obra.

No obstante, toda la doctrina que ha trabajado sobre el tema del abuso de la personalidad, empieza por plantear —a manera de presupuesto— una determinada concepción de lo que es la personalidad jurídica y, sobre todo, sobre su naturaleza y función.

Estimo que el procedimiento es correcto en vis-

ta de que, dependiendo de la posición que se adopte, así será la orientación general que podrá tener la teoría del abuso.

Lejos está ya el desarrollo del Derecho de aquellos tiempos en que el otorgamiento de la personalidad era una función del Rey o Soberano, en ejercicio de una competencia discrecional y, sobre todo política. En este ambiente, resulta que se le otorgaba o no la personalidad jurídica a un ente asociativo, solamente si convenía o era concordante con los propósitos del Soberano. Esto se conoció como la teoría del OCTROI.

Este fenómeno se dio sobre la idea de que cual-

quier relación asociativa de personas podía constituir un atentado contra el Soberano y posteriormente contra el Estado, de tal manera que se optó por el camino de atribuirle en forma discrecional o —como ocurrió durante la Revolución Francesa— eliminarla del todo a los entes asociativos. Esta etapa ya está superada.

No obstante, sí tiene vigencia todavía la discusión de si, en el caso particular de las sociedades mercantiles debe atribuírseles o no, a todas, ese beneficio, sin importar si son sociedades de personas, como la colectiva y la en comandita, o de capital como la anónima.

Esta discusión tiene en nuestro país, en todo caso, una solución simple. Por disposición de la ley, todas las sociedades mercantiles disfrutan de la personalidad jurídica.

En donde se presenta el problema es a la hora de decidir si, una vez otorgado el *status* de la personalidad jurídica se está confiriendo un derecho absoluto e indiscriminado para el ejercicio de los privilegios o efectos que normalmente provoca o si, por el contrario, existe una afectación teleológica implícita en el acto del conferimiento de tal manera que los beneficios y ventajas propias de la personalidad jurídica estarán ligados al cumplimiento de ciertos fines o intereses del Ordenamiento.

En otras palabras, se discute si la personalidad jurídica constituye en sí un concepto absoluto, no susceptible a límites o restricciones o si, por el contrario, al estar afectada a ciertos fines o intereses, debe ser protegida y tutelada en el tanto coincida con la búsqueda u obtención de esos fines.

En esta discusión se puede encontrar doctrina dividida. Algunos entienden que sería una atrocidad someterla, durante su vigencia, a cortes, impedimentos o limitaciones en relación con los beneficios que

normalmente provocan. Sostienen que los intentos que se han hecho en ese sentido contienen el germen de la destrucción de este instituto.

Por el contrario, otros sostienen que el atributo de la personalidad no constituye una concesión abstracta e ilimitada del ordenamiento y, mucho menos, lo son los beneficios típicos. Por esta razón, cuando se aparte de las causas o motivos que dan pie a su conferimiento, es admisible su limitación o abolición para los casos concretos en donde exista desvío. Según esta corriente, esta tendencia, lejos de generar la destrucción del concepto de personalidad jurídica tiende a fortalecerla configurándola en una forma más precisa, separándola de todo intento de desviación.

Estimo correcta esta última interpretación. Sostengo el criterio de que la personalidad jurídica debe ser vista a la luz de su función. En esencia, lo que permite es ordenar las relaciones colectivas unificándolas de tal manera que, ese grupo de sujetos que se encuentran en su sustrato pueden actuar en forma consolidada al externo, como un centro único de interés pudiendo, de esa manera desarrollar actividades concordantes y legitimadas por el Ordenamiento. De esta manera, opera a un doble nivel. En cuanto a lo interno, permite la discrepancia de los sujetos que la conforman e inclusive hasta los conflictos. En lo externo, se comporta como un centro único de imputación, como dirigía el maestro alemán Hans Kelsen, con su patrimonio, su "voluntad" y como un sujeto autónomo. De esta manera, cuando se aparte de este propósito, cuando esas características sean destinadas a la obtención de fines u objetivos no autorizados por el Ordenamiento, debe existir un mecanismo legal que inhíba, desestime o penetre la personalidad a manera de control.

LOS LÍMITES A LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA PATRIMONIAL Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Aunque no es, obviamente, el propósito de esta exposición, considero indispensable hacer algunas consideraciones a los principios de autonomía patrimonial y, en particular, a los límites a que debería ser sometido el principio de "limitación de la responsabilidad".

No existe en nuestro sistema societario una relación directa entre "personalidad jurídica" y "limitación de responsabilidad". Este atributo corresponde tan

sólo a algunas modalidades de sociedades mercantiles y, en forma particularmente fuerte, a las anónimas.

Pareciera que estas limitaciones de responsabilidad representan una ruptura del principio general de responsabilidad universal del patrimonio.

Se pasa de una fórmula irrestricta —el patrimonio de los sujetos es "prenda común" de los acreedores— a su reflejo inverso en las sociedades anóni-

mas: se responde solamente por el patrimonio que unilateral y voluntariamente se ha decidido destinar para una actividad colectiva.

Esta fórmula es, desde luego, acertada y es producto del desarrollo histórico que ha conformado la actual sociedad anónima. Recordemos que su antecedente histórico más inmediato se ubica pacíficamente en las denominadas sociedades de indias mediante las cuales se organizaban expediciones colonizadoras al Nuevo Mundo. No obstante, las inversiones originales eran tan cuantiosas que no existía la posibilidad de financiarlas en forma directa.

Se requirió, entonces, lograr aportes de terceras personas con el ofrecimiento de cuantiosas ganancias al final de la expedición. Sin embargo, la única manera de lograr esa participación era garantizándole a los interesados que, cualquiera que fuera el resultado de la expedición, su responsabilidad personal no iba a llegar más allá de la suma que había suministrado. Se acepta que es este el antecedente más cercano de la limitación de responsabilidad en materia societaria.

En la actualidad, el fenómeno es el mismo, aunque ya los proyectos no son exactamente de la "colonización de indias". Los altos niveles de capital requerido para las actividades empresariales, la relación directa que existe entre riesgo y utilidad (al igual que las expediciones al Nuevo Mundo), la tendencia a la diversificación de los negocios, requieren que exista un mecanismo legal adecuado que garantice que ante el evento del fracaso empresarial o comercial, se pueda medir en forma anticipada el impacto económico personal o empresarial que tendría en el patrimonio.

Aunque las generalizaciones nunca son exactas, es sencillo afirmar que ninguna persona, empresa o empresario está dispuesto a poner en juego todo su patrimonio en una actividad de riesgo en las que, normalmente, las utilidades, ganancias o rendimientos son aleatorios, inciertos.

Solamente el riesgo medido permite en el mundo contemporáneo el desarrollo de las economías modernas, en especial en las capitalistas. La sociedad anónima representa, sin discusión alguna, el instrumento adecuado.

No sólo eso, la captación del ahorro masivo, la posibilidad de democratización de la propiedad, el mejor reparto de las utilidades, podrían estar habilitados mediante el uso correcto de este instrumento: sociedades anónimas con personalidad jurídica y, sobre todo, con limitación de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, la realidad es que de esa posición original —en principio correcta— se ha pasado a una

situación mucho distinta. Ya no se trata de utilizar una sociedad anónima para el emprendimiento de una actividad empresarial organizada, bajo un régimen de limitación de responsabilidad, sino que se usa ahora, más bien, para fraccionar todo el patrimonio de los sujetos sin que necesariamente ese fraccionamiento o afectación patrimonial se encuentre al servicio de una actividad empresarial y colectivamente organizada.

En mi opinión existe aquí una utilización funcionalmente desviada del beneficio de la limitación patrimonial como atributo de la personalidad jurídica de la sociedad anónima.

Se dan otros casos que también requieren revisión. La complejidad del mundo empresarial moderno exige, desde cualquier punto de vista, esquemas organizativos empresariales mucho más complejos que una sociedad anónima.

Los procesos de integración vertical u horizontal que tienen las empresas, las expansiones territoriales propias de las características de economías abiertas y de la internacionalización de los negocios EXIGEN el uso de estructuras de organización en las que la "sociedad anónima" es tan solo parte del todo.

El tema de la "concentración de empresas", de las "prácticas monopolísticas o antimonopolísticas", de las "formas sociales de uniones de empresas", no hacen más que llamar del mismo nombre, aunque quizá con distinto enfoque, el fenómeno mediante el cual grupos de sociedades, ligadas por vínculos económicos, financieros, gerenciales, contables o de muchas otras características, responden a centros únicos de decisión o de interés. Hay que aceptar que el fenómeno así descrito es indispensable. Sin embargo, también hay que caer en otra realidad. Ese esquema, necesario y justificado en muchas ocasiones, es utilizado con propósitos totalmente distintos al interés organizativo o empresarial.

En ocasiones, entonces, se usan estos esquemas para "disipar" el patrimonio, para que una sociedad sea la "deudora", cuando otras son las que poseen el patrimonio, para que una tenga solo pérdidas y otra solo ganancias, esquemas en los que los altos salarios o servicios, desplegados por los propios accionistas, sangran los recursos sanos de las sociedades y, en general, múltiples prácticas viciadas orientadas con propósitos preconcebidos de defraudar, incumplir, ocultar la realidad financiera o económica, obtener beneficios injustificados, en perjuicio de terceros y muchos otros más que no tienen límite en la imaginación.

Este no es el valor jurídico tutelado por el principio de la limitación de la responsabilidad. Tampoco puede ser el interés protegido. En resumen, como en

muchas otras ocasiones, resulta que una institución jurídica se encuentra al servicio de propósitos radicalmente distintos a los que, de una manera u otra, han orientado el surgimiento de las instituciones.

Algún remedio o solución está en la obligación de aportar el Ordenamiento en una labor correctiva que pueda definir, lo más claramente posible, cuál es el verdadero y único uso que puede tener una institución como ésta.

En la realidad costarricense, tampoco conozco el desarrollo de alguna solución que tienda a construir cuál es el marco conceptual y legal al que debe limitarse el fenómeno de la responsabilidad limitada como beneficio legal propio y automático de las sociedades anónimas.

No obstante, el problema es crítico en nuestro medio sin que hayamos siquiera iniciado un camino de solución.

APARIENCIA CONTRA REALIDAD. ¿CUÁL PREVALECE?

Existe otro tema de obligado acercamiento. La experiencia demuestra que es constante el enfrentamiento jurídico entre los excluyentes efectos que provoca la "apariencia" como fenómeno legal, en cualquiera de las formas en que ocurra, con lo que provoca o provocaría la "realidad" jurídica curiosamente enfrentada, pero a la vez, "oculta" detrás de ese velo de apariencia.

En este tema, la "forma" —entendida como ese conjunto de manifestaciones que provocan signos sensoriales estereotipados— constituye un valioso aliado en favor de la "apariencia".

El tema es insinuante en vista de que, en una primera apreciación, podría caerse fácilmente en el error de considerar que el Derecho, como fenómeno humano que es, solamente está destinado para regular "realidades".

Sin embargo, la realidad histórica demuestra otra cosa. El Derecho Mercantil es patético ejemplo en el que la "apariencia" constituye el pilar sobre el cual se generan, precisamente, efectos normativos de protección.

El ejemplo más a mano está en la disciplina de los títulos valores en que el denominado instituto de la adquisición *a non domino* está construido, entre otras cosas, sobre la base de la "apariencia". Según este instituto la posesión de un título valor, exteriorizada por la mera "apariencia" de la ostentación física del documento, puede hacer presumir un legítimo derecho de propiedad para terceras personas —aunque no sea cierto—. Por ejemplo, quien posee un título valor que ha robado, "aparenta" una legitimación jurídica que le permite a los terceros adquirir bien ese título de esa persona, a pesar de que ella no sea su legítimo dueño.

Se invierte, de esta manera, el principio propio del Derecho Civil según el cual nadie puede transmitir un derecho del cual no es su titular.

También en materia de sociedades de hecho se encuentra un buen ejemplo. Resulta ser que prácticamente en todos los sistemas de Derecho Comparado se acepta que quien actúe en forma "ostentosa" y "aparente" como socio de una sociedad anónima, sin que exista un proceso previo de constitución de la sociedad, provoca una responsabilidad personal de socio, solidaria e ilimitadamente responsable, además de que, para ciertos efectos, aquella "aparente" sociedad puede considerarse, aunque en forma restrictiva, como una "verdadera" sociedad anónima. Nuevamente, la apariencia provoca tutela.

Sin embargo, y a propósito, hay que agregar que el panorama descrito no está completo. Tanto en el caso de la adquisición *a non domino* de los títulos valores como en el de la "aparente" sociedad, en el caso de las sociedades de hecho, requieren un ingrediente adicional: terceros de BUENA FE.

Con este nuevo elemento, debe agregarse que la "apariencia" por sí misma no es o más bien no debería ser idónea para crear protección. En realidad, lo que se tutela o a quien se tutela es a los "terceros de buena fe" para quienes aquella "apariencia", en forma fundada y razonable, sin violar el sentido común, ha podido crear una "aparente realidad" que lo ha inducido a adquirir derechos que no pueden verse después destruidos cuando el velo de la "apariencia" desaparezca.

De esta manera, el tercero que adquiere un título valor de quien es su "aparente" dueño no puede ser después desposeído, a pesar de que se demuestre que su trasmitente no era el legítimo propietario.

Situación parecida se da en las sociedades de hecho. Quien contrata con una "aparente" sociedad puede, luego, alegar el régimen de protección propio de la sociedad de hecho, cuando tal apariencia desaparezca.

En conclusión, no logro encontrar la posibilidad de que la "apariencia", por sí sola, pueda ser objeto de tutela. La fórmula que, en cambio, sí merece protección es "apariencia" más "buena fe".

El tema tiene particular interés en materia de sociedades anónimas en las que, con gran facilidad, se pretende sacar provecho de la "apariencia" jurídica que provoca la personalidad jurídica. Veamos un ejemplo: Un sujeto físico denominado "A" vende su establecimiento comercial a otro llamado "B"; en el contrato de venta de establecimiento se conviene, además, que "A" no explotará otro establecimiento comercial igual al que vende, al menos durante un cierto tiempo y dentro de una delimitación espacial que convienen, por ejemplo, una ciudad, un país, un barrio. El propósito, obvio, es el de que el vendedor "A" no se constituya en competencia del adquirente "B" para que pueda éste disfrutar sin obstáculos de la clientela que se sentía atraída por el establecimiento de "A".

"A" vende e inmediatamente, constituye una sociedad, poseída y representada totalmente por él, que instala un nuevo establecimiento comercial, igual al traspasado, explotado personalmente por él, ubicado dentro del espacio territorial vedado.

Este ejemplo, aunque no es de gran vigencia en el Derecho costarricense, es tema diario en España, en donde existen prohibiciones de competencia para el vendedor de un establecimiento mercantil.

En este caso, la "apariencia" induce a hacer ver que no existe violación del contrato o la ley en vista de que el titular del nuevo establecimiento es una "persona jurídica" formalmente distinta al que había vendido. En este caso, la "apariencia" oculta a un sujeto físico que utiliza el velo de la sociedad para actuar.

Como en los otros casos, se enfrentan "apariencia" y "realidad". No obstante, en este ejemplo, la "apariencia" no está al servicio de la "buena fe" contractual o legal. Por el contrario, se utiliza una "forma" para incumplir, para perjudicar y, sobre todo, para obviar la sanción jurídica propia de un incumplimiento.

En mi opinión, en los casos en que el uso "aparente" de una sociedad anónima no esté gobernado por la buena fe, debe prevalecer la "realidad" sobre la "apariencia" trasladando la tutela y protección a los sujetos que sí la ostentan, y por el contrario, trasladando los efectos sancionatorios y eliminando los privilegios cuando sea del caso, en contra del que no oriente su actividad por la buena fe.

No conozco en Costa Rica antecedente alguno en donde se hubiere desestimado la "apariencia" societaria en atención a la tutela de mejores intereses jurídicos. Creo que aquí existe todavía mucho camino que recorrer.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE ANTE EL PROBLEMA DEL ABUSO

Pasemos ahora a detectar las razones por las cuales el tema del abuso de la personalidad jurídica no ha tenido desarrollo en nuestra Costa Rica cuando en muchos otros países constituye uno de los temas más discutidos y hasta con tradición.

En primer término, en nuestro Código Civil, en donde se encuentran las normas generales sobre las personas jurídicas, ni siquiera existe un tratamiento sistemático o integral de esta figura. Temas específicos como la nacionalidad, el domicilio, la inscripción registral, la naturaleza pública o privada, la limitación de responsabilidad, no tienen un desarrollo adecuado.

Mucho menos existen normas generales que trasluzcan el concepto funcional, o filosófico que pueda estar escondido detrás de este instituto. No se puede saber, entonces, cuál es el verdadero alcance que nuestro Código pretende atribuir a esta fi-

gura. Tan sólo se refiere a características bagas e imprecisas que, al menos en cuanto al tema en cuestión, a nada conducen.

Por otra parte, tampoco existen principios generales claros que, para este tema, puedan suministrar el soporte expreso y claro que admita someter al concepto de personalidad jurídica a una valoración de la que se pueda concluir en qué casos hay abuso o en cuáles está operando en su función normal.

En resumen, hay que admitir que no existen normas generales que den una respuesta expresa al problema.

En materia mercantil, el problema es igual o peor. El Código de Comercio nuestro no tiene normas generales, en la parte introductoria y menos en la parte de sociedades que siquiera insinúen una posición al respecto. No obstante, en los años sesenta, cuando se promulgaba nuestro Código, el tema

había sido más que debatido en el Derecho Contemporáneo. Además, como es sabido, la jerarquía de fuentes que regula nuestro Código de Comercio da un rango superior al Código Civil sobre los usos y costumbres —fuente primaria del Derecho Mercantil—, además de que los principios generales se encuentran relegados al último lugar.

En resumen, una ausencia total de normas al respecto que, en principio, parecieran justificar la posición tradicional de nuestra jurisprudencia en el sentido de no haber dado cabida a ninguna teoría relacionada con el uso abusivo de la personalidad jurídica.

Es decir, no se encuentran normas en nuestro Ordenamiento jurídico que permitan, por ejemplo, valorar el sustrato real o personal que se esconde tras el velo societario para penetrar a través de él e identificar a los sujetos amparados tras ese escudo o, en otros casos, obviar la barrera que impone esa figura para eliminar los beneficios propios de la limitación de responsabilidad y alcanzar patrimonio o activos que se puedan poner al servicio del debido cumplimiento de las obligaciones.

Con este antecedente pareciera que no nos queda más remedio que aceptar que el problema no tiene solución en nuestro sistema y, entonces, solamente nos quedaría esperar —o propiciar— una reforma legislativa que dé cabida a algún remedio al respecto.

No obstante, como veremos, nuestro Ordenamiento jurídico no ha sido la excepción en cuanto a la ausencia de normas se refiere. Por el contrario, la regla general es que los ordenamientos jurídicos no han desarrollado normas, en la mayoría de los casos que resuelvan en forma positiva el problema.

No obstante, me parece que es hora de plantear el dato de Derecho Comparado que, precisamente, por el auditorio al que está destinado este ciclo de conferencias, es de especial interés.

A pesar de la ausencia de normas expresas, a pesar de que la gran mayoría de los sistemas están contruidos sobre la base de una protección dogmática fuerte en torno al concepto de personalidad jurídica, a pesar de que la posición general es la de protección y tutela de los beneficios y efectos que provoca la personalidad jurídica en las sociedades anónimas, resulta que ha sido la JURISPRUDENCIA, han

sido los jueces quienes, en una labor integradora del Ordenamiento, constructiva y sana, han construido soluciones adecuadas que han ajustado el Derecho a la búsqueda de soluciones equitativas, orientadas a la tutela de la buena fe y la seguridad jurídica.

Este dato es importantísimo. Pero el panorama es todavía más fuerte. Como veremos luego, es en los países de corte anglosajón, esencialmente gobernados por el *common law*, en donde el desarrollo de teorías sobre el problema ha tenido mayor vigencia. Teoría del levantamiento del velo social, del descorrer del velo de la entidad legal etc., son ya lugares comunes en el Derecho americano e inglés.

Sin embargo, la mayor sorpresa nos la debe dar el hecho de que en países en donde rigen estrictos sistemas de codificación del Derecho y en los que —al igual que en nuestro país— se da una ausencia total de normas expresas sobre el problema, la jurisprudencia ha construido toda una doctrina al respecto, orientada a atacar si no en todas, al menos muchas de las manifestaciones abusivas de la personalidad jurídica en sociedades mercantiles.

El aprisionamiento al que normalmente someten los códigos a los jueces, no ha sido obstáculo en esos países para abordar el problema. Alemania, Argentina, Italia y, particularmente, Francia, son los ordenamientos que, en forma más intensa han creado principios jurisprudenciales generales consistentes para resolver este problema.

Curiosamente, a pesar de estar en sistemas codificados de origen romanista —en la mayoría de los casos—, resulta ser que el reconocimiento legislativo que en algunos casos se ha dado en esos sistemas ha sido posterior al reconocimiento jurisprudencial. La jurisprudencia, el caso, el precedente o la sentencia han sido más bien el fundamento para la norma.

Esta labor renovadora, vivificadora del Derecho creo que es necesaria. El Derecho romano dejó la enseñanza de un sistema jurídico en el que coexistían en forma paralela dos ángulos del Derecho: el *ius civile*, más estático, normalmente inflexible, apegado a la norma, por un lado, y, por otro, el *ius gentium*, cambiante, equitativo, ajustado a la realidad, moldeando la rigurosidad de la norma fría y despersonalizada.

REVISIÓN DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN TORNO AL TRATAMIENTO DEL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Parece indispensable hacer aunque sea una somera revisión de las posiciones adoptadas por estos ordenamientos con la idea de tener, quizá, algún indicio sobre la forma en que, mediante la construcción de una solución propia costarricense, podríamos iniciar un camino de solución.

Como indiqué, Estados Unidos es el país en que con mayor antigüedad e intensidad se ha tratado el tema. Indiscutiblemente, algunas particularidades propias del Ordenamiento jurídico americano han facilitado y propiciado el desarrollo de esa teoría.

En primer término, el desarrollo histórico del Derecho de equidad, en contraposición a las normas de Derecho común. A través de un procedimiento histórico sumamente interesante, complejo y lento, surge en el Derecho inglés la necesidad de crear, en forma paralela a los tribunales regidos por el *Common Law*, jueces y tribunales ante quienes se pudieran discutir asuntos que no tenían admisibilidad en aquel cuerpo de normas o que, aun teniéndola, la solución final resultaba formalista o injusta, en virtud de haber sido dictada a la luz de un cuerpo legal rígido e inflexible.

Guardando mucha distancia, el fenómeno histórico se parece al dualismo *Ius Civile-Ius Gentium*, del Derecho romano y también al que rigió en la Edad Media, Derecho Civil común-Derecho de los comerciantes.

En esencia, entonces, el Derecho de equidad pretendía y pretende moderar o atemperar la norma de tal manera que, rompiendo con la aplicación estricta de la norma, pudieran desarrollarse principios propios —en muchos casos contradictorios con los del *Common Law*— pero con mayor obtención de seguridad jurídica, buena fe y equidad.

Esta técnica ha facilitado, sin duda alguna, la labor creadora e integradora del juez americano. A pesar del precedente o de la norma, está abierta la posibilidad de innovar, ajustar y evolucionar el principio jurídico, capaz de brindar una solución más adecuada al caso concreto.

El Derecho de equidad fue, entonces, la fuente de la que nació en el Derecho americano la teoría denominada como "el levantamiento del velo social".

Por otra parte, la ausencia de la tradición codificadora del Derecho anglosajón, así como la prevalencia de un espíritu pragmático-empirista sobre el conceptualismo o dogmatismo propio de los sistemas romanistas, libera al juez americano de una serie de

tecnicismos de los que el juez continental romanista no puede separarse tan fácilmente.

Así por ejemplo, cuando se ha hablado indistintamente de la teoría del levantamiento del velo social en el sistema americano, resultaría que un juez de nuestro país haría la diferenciación de fraude de simulación en un caso y de acción pauliana o revocatoria en otro. Cuando allá se revuelven muchos problemas de abuso de la personalidad bajo la aplicación de los principios del "TRUST", en nuestro sistema tendríamos que hablar de mandato representativo o de comisión mercantil con actuaciones por cuenta y a nombre ajeno.

Finalmente, la incorporación de una visión economicista del Derecho y de la realidad jurídica, ha permitido obtener un enfoque distinto de algunos fenómenos jurídicos.

Estas características —y otras que no es posible mencionar— han deparado una riquísima gama de pronunciamientos y figuras todas tendientes a generar un control una moderación al uso abusivo de la personalidad jurídica.

En particular, las soluciones se han orientado hacia la posibilidad de vulnerar el velo social para pasar a determinar qué personas se encuentran detrás de esa persona jurídica y, si fuera el caso, sacar a la luz los sujetos parapetados detrás de ese velo, para juzgar o resolver la situación concreta no a la luz de la personalidad jurídica que se interpone, sino teniendo los sujetos que en forma real y efectiva actúan detrás de esa apariencia.

El caso *El Estado c. Milwaukee Refrigeretor Transit Co.*, resuelto desde 1905 es un buen ejemplo de esto. Los hechos, muy resumidamente, son los siguientes: existía en ese momento una disposición legal que prohibía a todo empresario de transporte conceder preferencias de precio a clientes. Entonces, una empresa, *La Pabst Brewing Co.*, constituye una sociedad, *La Milwaukee Transit Co.*, con los mismos socios y además controlada, que funcionaría como un supuesto mediador entre la *Pabst Brewing* y la compañía de ferrocarriles que utilizaba para transportar su carga. De esta manera, la *Milwaukee* obtendría una comisión sobre los precios estándares de los fletes y, al final, la clientela de la línea ferroviaria obtendría un descuento real en el costo del transporte.

Se resolvió que la *Milwaukee Transit Co.* no era más que la misma sociedad *Pabst Brewing Co.*, con

los mismos socios y por tanto, la misma persona jurídica, además de que no pretendía más que violar una disposición legal prohibitiva.

La teoría del "agency" resulta también particularmente desarrollada. Según esta teoría, para los casos en que una sociedad actúe en forma controlada, dirigida y gobernada por otra, con el único propósito de frustrar la aplicación de una disposición legal, evitar el cumplimiento de un contrato u obviar la responsabilidad patrimonial, la actividad desplegada por la sociedad controlada —denominada "agente"— debe reputarse como desarrollada por la sociedad controlante, denominada "principal".

Aunque con muchas variedades, la teoría parte del vital detalle de que el control, el gobierno o manejo de una sociedad por otra, no es motivo suficiente para vulnerar la autonomía de personalidad. Se requiere, bajo los términos que rigen el Derecho americano, abuso, fraude, dolo o engaño para que se configure la teoría del "agente". Desde luego que estos son, tan solo, unos pocos ejemplos de las soluciones, teorías y soluciones que arroja el Derecho americano.

Pero, como indicamos, en el Derecho continental —aunque con más desarrollo— resulta que soluciones similares han sido aportadas por la jurisprudencia.

Por ejemplo; RUDOLF SERIK, en una obra magistral, recogió el tratamiento que sobre el tema ha hecho la jurisprudencia alemana. Es en este país en donde el enfoque del problema se empieza a conocer como la "teoría de la penetración". Sobre todo, mediante una revisión exhaustiva de los pronunciamientos aislados que se habían dado en el Derecho alemán, construye un intento de sistematización de esa jurisprudencia luego de lo cual, en una grandiosa labor de aplicación inductiva, extrae tres supuestos bajo los cuales se daban en Alemania las formas de abuso de la personalidad, con la consecuente aplicación de la teoría de la penetración: fraude de ley, fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros.

Fraude de ley cuando, mediante el uso artificial de una persona jurídica, se viola, incumple o evade el propósito de la norma.

Fraude o violación de contrato cuando no hay debido cumplimiento del contrato amparándose en el uso irregular, aparente y formal de personas jurídicas, violándose el principio del debido cumplimiento de los contratos. Por ejemplo, el uso de sociedades para evadir la prohibición de competencia.

La tercera categoría, daño fraudulento causado a tercero, constituye —según el principio Serik—, una categoría residual en la que se ubicarían todos

aquellos casos en los que el uso irregular, doloso y abusivo de las personas, terminen generando un daño ilegítimo a terceros. En esta categoría ubica Serik el caso de socios que, en vez de suministrar los recursos financieros adecuados a la sociedad, por vía de aporte de capital, lo hacen por vía de préstamo con el propósito de que, ante una eventual quiebra, su posición sea al menos igual a la de los acreedores quirografarios, en vez de inferior, como corresponde a los socios. Se parte del principio de que los socios están en la obligación de capitalizar a la sociedad en forma suficiente para el despliegue de su actividad normal y que, por tanto, deben verse sometidos al riesgo normal y en el caso de quiebra, sus créditos deben ser jerárquicamente inferiores a los terceros acreedores, sin importar la forma jurídica que se le hubiere dado.

Además de ese proceso de sistematización, la observación más importante que hace Serik del caso alemán es que insiste que, a pesar del dogmatismo de la doctrina y legislación alemana, la labor constructiva de la jurisprudencia ha sido rica y desinhibida.

El Derecho francés tampoco ha sido la excepción en este proceso. Como ha ocurrido también en Argentina, es el Derecho concursal el que ha suministrado el campo más rico para el desarrollo del problema y, también continuando con la tradición, primero fue la jurisprudencia la que abordó el problema y, posteriormente, vino el reconocimiento legislativo.

El ámbito de aplicación se refiere a la revisión del uso de sociedades en provecho e interés propio, confundiéndola con el propio patrimonio. Según la posición original de la jurisprudencia francesa, cuando se demuestra que una sociedad declarada en quiebra ha sido manejada por su dueño, ya sea desde posiciones formales, o en la simple condición de dueño, sin diferenciarlo a él de la sociedad, es posible llevar al estado de quiebra a la persona controlante o extender a ella los pasivos de la fallida.

El inicio se dio en el caso denominado *Mary Rainaud c. Millard*, en el que se declaró en quiebra al socio-director y dueño de la sociedad, en virtud de que se demostró que había usado de la sociedad para disimular su propia actividad.

El proceso jurisprudencial que se construyó sobre la base de estos antecedentes ha parado en que en el proceso de reforma mercantil, particularmente societario, a que se sometió el Derecho francés en el año 67, se incorporó una disposición legal que, en lo que interesa, dice:

"Art. 101. En caso de arreglo judicial o de liquidación de bienes de una persona moral, puede ser declarado personalmente en arreglo judicial o liquidación de bienes todo dirigente de derecho o de hecho,

aparente u oculto, remunerado o no, quien haya, bajo la cobertura de la persona moral enmascarado sus actos realizando actos de comercio en interés personal, dispuesto de los bienes sociales como de los suyos propios; persiguiendo abusivamente, en su interés personal, una explotación deficitaria que no pudiera conducir más que a la cesación de pagos de la persona moral...".

En resumen, son esencialmente tres los casos de extensión de la quiebra que conoce el Derecho francés:

a) cuando su dueño ha actuado, gobernado y dispuesto de la sociedad como propia,

b) cuando se ha utilizado ficticiamente una sociedad, solamente para simular como actos de la sociedad los propios; y, finalmente,

c) el caso de extensión de la quiebra a otras sociedades cuando se ha dado el conocido y generalizado fenómeno de "confusión de patrimonios":

La situación del Derecho argentino es, en lo esencial, una repetición del modelo francés; antecedentes jurisprudenciales esencialmente del Derecho concursal recogidos en una reforma legislativa, autorizan la extensión de la quiebra. Dice la disposición legal, del año 72:

"La quiebra de una sociedad importa la de toda persona que, bajo la apariencia de actuación de aquélla, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude de los acreedores".

Como se nota la tendencia es similar a la francesa. No obstante, la doctrina y jurisprudencia argentina resaltan una sutil pero importantísima diferencia.

Mientras la norma francesa no quiere que las actuaciones desplegadas por el "maître de l'affaire", por el socio oculto deban ser perjudiciales para terceros o abusivas en provecho propio, la legislación y jurisprudencia argentina estiman que, necesariamente, debe darse el perjuicio a terceros y el beneficio propio para que sea extendible la quiebra.

Sobre este aspecto, se requeriría desde luego una larga discusión para valorar y medir la conveniencia de un sistema y otro.

Como indiqué, estos son algunos de los antecedentes del Derecho Comparado sobre el tema. No quiero sugerir, ni mucho menos, la posibilidad de que se importe en forma enlatada ninguna solución a nuestro sistema. Las particularidades de cada sistema han propiciado soluciones que, probablemente, no sean aplicables en forma irrestricta e indiscriminada a nuestro sistema.

Particularmente, sería inadmisible adoptar las formas de solución, por ejemplo, del Derecho americano a nuestro sistema saltando las diferencias y

barreras conceptuales e históricas que existen entre ambos. No obstante, tampoco se puede obviar el hecho de que, en su estilo y con su marco de referencia, han logrado enfrentar un problema que, en nuestro caso, aún no se ha iniciado.

Creo que la realidad jurídica costarricense, tanto en el caso de los juicios universales concursales, como en materia de obligaciones en general, requieren la búsqueda de un remedio.

Considero que el primer paso que habría que hacer es el de detectar, con precisión, cuáles casos tratados bajo teorías de abuso de la persona jurídica tienen ya un remedio específico distinto en nuestro sistema.

Por ejemplo, nuestro Ordenamiento tiene una solución específica para los problemas de fraude de simulación. Situaciones como ésta son atacadas en el Derecho americano bajo el mismo enfoque. En nuestro sistema, eso sería inadmisibile.

De igual manera, está el instituto de la acción revocatoria concursal que constituye, bajo supuestos específicos, una solución adecuada para casos en que, entonces, no se requiere recurrir a otras teorías.

El abuso del Derecho —sobre todo con el reconocimiento positivo expreso que ha tenido en la reforma a la parte introductoria de nuestro Código Civil— puede representar la solución correcta, propia y a mano, para resolver algunos de los problemas relacionados con el abuso. No obstante, en virtud de los requisitos y particularidades, estimo que no representa en forma global una solución adecuada para todos los casos.

En mi opinión, uno de los problemas que se ha presentado en el Derecho Comparado —cuya única excepción la constituye el Derecho americano— es la de tratar el problema normalmente en forma incompleta. Ya vimos como en el Derecho francés y argentino, a pesar de existir solución positiva al problema, está limitada al campo concursal cuando, en realidad, el problema es también propio de las obligaciones en general. Quizá el Derecho alemán representa una visión más integral.

El plenario del reciente Congreso Jurídico Nacional aprobó una moción para que se incorporara en un posible proyecto de reforma del Código Civil, un artículo que recogiera positivamente el tema en cuestión. A su vez, esta moción vino de una propuesta que presenté en la Comisión de Personas que trabajó en forma preparatoria para ese congreso. En resumen, se pretende la incorporación de una norma que establecería lo siguiente:

"La persona jurídica genera u otorga los beneficios o atribuciones que la ley dispone. Sin embargo, para el caso concreto, podrán desestimarse esos

beneficios o atribuciones cuando se estén utilizando para cometer fraude de ley, violación de contrato, de situaciones jurídicas de terceros o en cualquier otra forma abusiva o irregular, sin perjuicio de otras sanciones o remedios".

Como se puede notar, la norma propuesta no representa —excepto en cuanto a un detalle que luego mencionaré— ninguna diferencia con las soluciones planteadas. Por el contrario, pretende recoger en mucho las experiencias recogidas en el Derecho Comparado.

No obstante, en mi opinión, sí pretende un enfoque radical en torno al tratamiento que tradicionalmente se ha dado. La norma sería una norma de carácter general; una norma "cuadro", como se le conoce en la moderna técnica legislativa, que podría dar fundamento a la construcción de una institución potencialmente aplicable a todos aquellos casos previstos o no, en los que se estuviere usando la personalidad jurídica en forma desviada.

Con esto creo que se puede subsanar el error tradicional de tratar parcialmente el problema. La norma sería, en realidad, algo similar a un principio general del Derecho.

En esta situación, quedaría a la jurisprudencia nacional la construcción fina, lenta y sistemática de los casos de aplicación de la norma en todos aquellos casos que fuere pertinente hacerlo.

Creo que, en caso de aprobarse una disposición así, se les estaría devolviendo a los jueces la función integradora y renovadora del Derecho que, por mil motivos y razones y en forma equivocada, se les ha cercenado casi desde que el Pretor romano perdió vigencia. Sobra decir que, desde luego, significaría el otorgamiento de una responsabilidad histórica especial.

Sin embargo, me parece que sigue sin resolverse el problema de qué actitud tomar mientras, por una razón u otra, de acuerdo con la norma propuesta u otra, nuestro Ordenamiento confiere un reconocimiento legislativo al problema.

En este sentido, creo que no podemos despreciar la experiencia histórica: la sentencia ha sido primero que la norma, la jurisprudencia ha precedido a la legislación.

Costa Rica tiene, en mi opinión, condiciones para reproducir este fenómeno, a pesar de reconocer la ausencia total de normas expresas y de jurisprudencia precedente. En otras palabras, pretendo que nuestros tribunales enfrenten el tema no sólo en ausencia de normas sino —hay que decirlo— hasta en contra de normas.

Si este fuera el caso, entendería que el propósito es el de fortalecer, lejos de destruir, el concepto de personalidad jurídica. De reconstruir un nuevo concepto societario mercantil y, en general, hacer un proceso de limpieza de instituciones jurídicas que, lamentablemente hay que reconocer, han entrado en un proceso de descomposición.

El problema, desde luego, no es sencillo de resolver. Debe hacerse una correcta ponderación del ataque a que debe ser sometido el abuso, el fraude, el perjuicio o el desvío con la debida tutela de los derechos de terceros de buena fe y, desde luego, la integridad del sistema.

El efecto que se provocaría, estimo, sería para el caso concreto y, en ninguna forma, podría incurrirse en procesos de desestimación generalizada de las personas jurídicas. Deberá decidirse entre un efecto de inoponibilidad o de "ineficacia relativa sobreviniente" en palabras de don Víctor Pérez. En fin, el tema requiere estudio, meditación y decisión.

No pretendo con esta exposición haber brindado la solución al problema. Mi única pretensión al haber traído este tema a este foro es la de que, eso sí, se inicie una discusión amplia, permanente y definitiva que enfrente el problema para lo cual, esta exposición, sería solamente un antecedente más.

Como dije al inicio, el tratamiento de este tema tiene que ver con Derecho de sociedades y, en gran parte, con teoría general del Derecho. Pero, sobre todo, creo que puede permitir una revisión de actitud frente al rol que nosotros los abogados y, en particular los jueces, tenemos frente al Derecho.

Si en algo pudieran contribuir estos apuntes en ese sentido, estaría sobradamente justificado el abuso que he cometido de haber disfrutado de su paciencia.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SOBRE LOS PLAGUICIDAS EN COSTA RICA

MS. ROXANA SALAZAR CAMBRONERO

El hombre en su afán de satisfacer sus necesidades de alimentación, abrigo y vivienda y mejorar su estilo de vida ha modificado inmensamente el medio en que vive. Haciendo esto, ha luchado constantemente contra enemigos que diezman su vida y comida. Por ejemplo, durante muchas centurias enfermedades que surgían de plagas de insectos liquidaron a millones de personas, así actuaron enfermedades tales como peste bubónica, tifoidea y malaria que provocaron millones de muertes. En el campo de la agricultura, plagas como los insectos, gusanos, etc., han causado grandes daños en los cultivos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la industria química produjo y perfeccionó muchos productos químicos. La proliferación de los plaguicidas y su eficacia en el combate de los enemigos del hombre desarrollaron falsas esperanzas respecto a que el control total de las pestes podría ser alcanzado. Por ejemplo, en 1948, Paul Müller ganó el Premio Nobel por su descubrimiento del DDT,¹ el cual parecía ser, en ese tiempo, la panacea del combate de las pestes. El descubrimiento del DDT introdujo una nueva era: el uso de plaguicidas químicos. La eficacia que mostraron los plaguicidas fomentó su uso; hoy día aún muchas personas los consideran la única estrategia disponible en el combate de las pestes.

Los plaguicidas, por un lado, han defendido al hombre de pestes, como malaria y tifoidea, y ayudado a combatir plagas que afectan la producción de comida. Por otro lado, sin embargo, el mal uso y abuso que se ha hecho de ellos los han convertido

en peligro desenvolviéndose como venenos del medio ambiente y de la salud del hombre, especialmente en muchos países subdesarrollados, en donde cerca de 500.000 personas son envenenadas por año. De las cuales mueren cerca de 5.000.²

Nuestros países confrontan problemas con incrementos en su producción agrícola, para ello han aumentado el uso de energía artificial. En el uso artificial de energía encontramos a los plaguicidas. Se reciben cerca de 305 millones de kilogramos de pesticidas en el tercer mundo. El incremento irracional en el uso de los agroquímicos convierte este tópico en un estudio sumamente complejo: muchos intereses existen alrededor de la producción y mercadeo de estos químicos. La industria química es una de las más importantes en el mundo industrial. Se estima que se conocen alrededor de unos siete millones de productos químicos, muchos son potencialmente peligrosos.³ En muchos países, esencialmente agrícolas y con mucha gente necesitada, se ha planteado que los plaguicidas son necesarios para alcanzar mejores niveles de producción y por consiguiente su progreso; sin considerar los efectos negativos que acompañan su uso. Así por ejemplo por muchos años organizaciones como la AID (Agencia Internacional para el Desarrollo) y la FAO financiaron y/o promovieron el uso de plaguicidas en los países subdesarrollados.⁴

Entre 1971 y 1976 cerca de cuatro millones de dólares de la AID fueron usados para el envío, a países subdesarrollados, de plaguicidas, que eran prohibidos en los Estados Unidos por su evidente

1. CASIDA, John, "Toxicological effects of pesticides", in *Man and his Environment. Crises and Conflicts*. 2.^a printing (Berkeley: 1970), pág. 18.
2. WORSWORTH, Anne, "The return of banned pesticides", *Probe Post*, March 1982, pág. 9.
3. CASTLEMAN, Barry, "Exporting Hazardous Wastes", *The Ecologist*, 9 (3), 1979, pág. 82.
4. PNUMA. *Productos Químicos Peligrosos. Dossier Ambiental Nº 4*, pág. 1.

toxicidad.⁵ Además de ayudas cercanas a los dieciséis millones de dólares por año que se proveyeron de parte de la misma organización a países del tercer mundo con el único objetivo de dedicarlos a la compra de plaguicidas.⁶ Es importante resaltar que en 1975 en los Estados Unidos, la Environmental Defense Fund, el National Audubon Society, el Sierra Club y el Natural Resources Defense Council plantearon una demanda contra la AID por estar financiando la venta y compra de plaguicidas, prohibidos en los Estados Unidos, a los países del tercer mundo.⁷

Actualmente la organización norteamericana Natural Resources Defense Council, en correspondencia con la suscrita, ha denunciado la existencia de un proyecto conocido como MOSCAMED creado para erradicar la mosca del Mediterráneo, usando masivas aplicaciones de malation y otros plaguicidas igual de peligrosos como el EDB (ethylene dibromide) que se ha demostrado ser carcinógeno. El gobierno de los Estados Unidos está tratando de erradicar esta mosca en el territorio de Guatemala, a través de aplicaciones aéreas y masivas de los plaguicidas dichos. La meta es llegar a cubrir el área centroamericana en su totalidad. Se estima que el uso de tales plaguicidas podría dañar la actividad pesquera y de miel de abejas. Sin contar otros daños inferidos a bosques y otros lugares.⁸ Esto sería uno más de los efectos negativos que sobre el ambiente y salud centroamericanos están produciendo los químicos.

La artificialización de la actividad agrícola, a través del uso de agroquímicos, ha llevado a la aparición de problemas tales como: contaminación de los suelos, que con la erosión y las lluvias se convierte en contaminación de ríos, suelos y residuos que quedan en los productos alimenticios. Todo esto incide negativamente en la exportación de productos agrícolas y carne. Sin contar con la pérdida de divisas que conlleva la importación de energía agroquímica sobre todo en países subdesarrollados.

Se debe indicar que muchos de los plaguicidas que encontramos en nuestros países son productos que en el país productor han sido prohibidos o restringido su uso por el peligro que representan. Así por ejemplo en 1983 se denunció que Costa Rica importaba 19 plaguicidas cuyo uso era restringido o prohibido en Estados Unidos.⁹ En relación con estos productos, se completa lo que se conoce como el "círculo de veneno" o "efecto boomerang". Esto opera de este modo: los países productores de plaguicidas los producen para exportar a países como el nuestro, en donde se utilizan en forma indiscriminada, contaminan los productos agrícolas que se exportan al país que procesó ese químico o veneno.

El mal manejo de los plaguicidas se acelera por muchas razones, algunas de las cuales pueden ser:

La *primera* tiene relación con la educación. Se carece de información acerca de los efectos azarosos que estos químicos pueden producir en la salud humana y el medio ambiente.

La *segunda* razón es la falta de información y conocimiento científico acerca de estos productos. Muchas veces no se sabe como lidiar con los problemas surgidos por el mal uso de los químicos.

Otra *razón* deriva de problemas legales, las normas sean internas o internacionales, que controlan la producción, venta y uso de los químicos no son las adecuadas, ni ayudan a resolver o prevenir los problemas que se puedan presentar, además de que muchas veces no se ha logrado una adecuada información sobre el correcto uso y manejo, ya que la diseminación de las leyes pertinentes no ha sido la adecuada.

Debemos añadir la *falta* de interés de los gobernantes de controlar qué agroquímicos se importan y el riesgo que representan a la salud. Por ejemplo en Costa Rica tanto el Ministerio de Salud como el de Agricultura y Ganadería tienen responsabilidad en el control de estos químicos. Sin embargo, nuestro país importa gran cantidad de plaguicidas que están fuera del comercio en muchos países debido a los riesgos que representan para la salud.

5. WEIR, David and SCHAPIRO, Mark, "The circle of poison", The Ecologist. 11.

6. 1981, pág. 119.

7. STAEL, Thomas B. and SCHERR, S. Jacob, "Foreign aid for the environment", Environment, 20 (1), 1978, pág. 40.

8. *Ibidem*, pág. 41.

9. VEGA, Sileny et. al., *Importación y exportación de plaguicidas en Costa Rica*, Universidad Nacional, Heredia, marzo 1983, pág. 27.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN REFERENTE A PLAGUICIDAS

Los plaguicidas en nuestro país son regulados por diversas leyes y reglamentos. Varias instituciones se relacionan con su control. La *Ley General de Salud* establece la importancia de controlar el manejo de los químicos usados en Costa Rica, como forma de proteger la salud y el medio. Sin embargo, no existe ninguna legislación que determine los niveles máximos permitidos que de plaguicidas se puedan encontrar en los alimentos. Normas de otros países incluyen regulaciones sobre estos niveles máximos, y son actualizados conforme se obtiene nueva y mejor información científica sobre los aspectos negativos de los químicos sobre la salud.

En la *Ley General de Salud* encontramos una serie de principios que permitirían proteger al hombre y al medio en forma real, como son:

1) la obligación que tienen todas las personas de utilizar un sistema adecuado de disposición de los residuos de sustancias tóxicas, especialmente se prohíbe preparar o arrojar dichas sustancias cerca de fuentes o corrientes de agua;

2) la obligación de los gobernantes de reducir los riesgos asociados con el uso de sustancias o productos que pongan en peligro la salud o el medio ambiente;

3) el poder de los gobernantes de restringir el uso o declarar como riesgosas sustancias, productos o bienes que puedan dañar la salud o el ambiente;

4) la obligación de registrar o denegar el registro de productos o sustancias que puedan ser tóxicos para la salud o el medio; así como la prohibición de importar, vender o distribuir productos que se declaren tóxicos;

5) la obligación de cualquier persona que maneje sustancias tóxicas de realizar sus actividades de manera que reduzca o elimine los riesgos a la salud o su ambiente;

6) la prohibición de vender productos declarados tóxicos que no tengan etiqueta, en español, que además prevengan sobre la naturaleza del producto, sus riesgos y el antídoto a suministrar en caso de envenenamiento;

7) la obligación de los importadores y distribuidores de químicos de registrarlos cumpliendo con lo establecido por la ley;

8) la potestad, compartida con el Ministerio de Agricultura, de prohibir o restringir la importación, fabricación o venta de productos que se han demos-

trado ser tóxicos o capaces de producir riesgos graves sobre la salud o el medio ambiente;

9) la potestad del Ministerio de Salud de decidir cuáles plaguicidas o sustancias son peligrosas y el derecho de adoptar en las leyes nacionales cualquier regulación internacional relacionada con el control de aquéllas.

La *Ley de Sanidad Vegetal* (Ley Nº 4295 de 6 de enero de 1969) regula lo relacionado con la protección de las plantas de plagas o enfermedades y procura evitar la contaminación ambiental contribuyendo a salvaguardar la salud humana y animal. Establece también la necesidad de proteger el recurso agua de la contaminación que puede originar el uso de plaguicidas u otros productos o sustancias químicas usados en la producción agrícola. El Ministerio de Agricultura tiene a su cargo lo relacionado con la inscripción, aprobación o denegación de los plaguicidas, productos agrícolas o químicos u otras sustancias usadas en labores agrícolas.

La *Ley de Sanidad Vegetal* establece una serie de responsabilidades que debe cumplir el citado Ministerio, teniendo en mira la protección de la salud de los seres humanos y la protección del medio ambiente, que incluyen:

—coordinar con otras instituciones para alcanzar los objetivos de la ley;

—crear un laboratorio para el estudio de los efectos tóxicos de los agroquímicos;

—decidir cuáles agroquímicos se pueden inscribir y qué uso se les da en la agricultura;

—vigilar que los agroquímicos lleven una etiqueta en español con la información y especificaciones necesarias en relación con el producto;

—regular el uso de los plaguicidas de acuerdo con su toxicidad y determinar los niveles máximos permitidos de residuos en la comida;

—velar porque no se contaminen las aguas con plaguicidas, fitohormonas u otros productos de uso agrícola, sus empaques o recipientes;

—realizar investigaciones de campo sobre plagas y enfermedades y buscar el mejor y sano control de las mismas; y

—dar asistencia técnica a los agricultores sobre el combate de plagas y enfermedades.

Muchos de estos objetivos no se han logrado, sin embargo, existe una infraestructura que permitiría controlar en forma efectiva los residuos. El Centro de Investigación de Contaminación Ambiental

(CICA) de la Universidad de Costa Rica posee información suficiente y al día para conocer sobre la toxicidad de la gran mayoría de los químicos que se expenden en nuestro país. Además de que en la Universidad de Costa Rica se ha establecido un Laboratorio de Control de Calidad de Plaguicidas en coordinación con el grupo GTZ (Sociedad Alemana de Cooperación Técnica), que analizan muestras de ciertos productos agrícolas, carnes, etc. y buscan establecer normas nacionales de la calidad de los plaguicidas.

El *Reglamento sobre el registro, uso y control de plaguicidas agrícolas y coadyuvantes*, N° 17557-MAG-S-TSS, viene a regular "el registro, etiquetado, fabricación, formulación, almacenamiento, transporte, comercio, propaganda, manejo y uso de plaguicidas por parte del público y las empresas privadas" (Considerando 3º). Los plaguicidas deben ser *registrados* ante el Ministerio de Agricultura. Solo se podrán usar los productos que han sido registrados, ante el MAG y ante el Colegio de Ingenieros Agrónomos. El interesado en registrar el producto debe suministrar determinada información que el Reglamento requiere.

La información respecto al daño potencial a que se expone el hombre o el medio por el uso del producto, estará actualizada con el funcionamiento del centro de datos del que dispondrá el CICA. Esto es sumamente importante porque puede ser que a la hora de inscribirse no se conozcan con claridad los efectos negativos, pero sí posteriormente, lo que permitiría la actualización sobre los productos agroquímicos y hace modificar los acuerdos de inscripción y uso.

Previo a que el MAG inscriba un plaguicida, éste primero deberá ser aprobado por la Comisión Asesora para el Uso de Plaguicidas del Ministerio de Salud, (creada por el Decreto N° 16304-S de 16 de mayo de 1985). Es interesante resaltar que por Decreto N° 18330-S de 11 de julio de 1988 se incluyó como miembro de la Comisión a un representante del sector privado, un miembro de la Cámara de Insumos Agropecuarios, lo que de ninguna manera es correcto, ya que un representante de los importa-

dores es una parte interesada y tendrá una posición parcializada hacia los químicos. Se debe integrar la Comisión con autoridades sanitarias y funcionarios de las universidades con el único fin de velar por la salud de los costarricenses.

Se debe indicar como nota curiosa que los *plaguicidas domésticos* se inscriben en el Departamento de Drogas, Estupefacientes, Controles y Registros del Ministerio de Salud. (Basado en el Decreto N° 17243-S de 10 de octubre de 1986). Respecto a estos plaguicidas no se ha establecido cuáles y en qué cantidad se importan o inscriben, ni se conoce con exactitud los efectos que están produciendo.¹⁰ Sin embargo, estos plaguicidas podrían ser "la causa de intoxicaciones crónicas y enfermedades relacionadas con el uso de plaguicidas. Existen estudios que indican que los pacientes fallecidos por carcinoma hepático, leucemias, cirrosis hepática y ciertas patologías neurológicas tenían mayor acumulación de plaguicidas en los tejidos grasos que pacientes con otras causas de defunción."¹¹

En caso de que el MAG o MS consideren que un producto es sumamente peligroso para los seres humanos, animales domésticos o el ambiente, tienen la potestad de denegar o cancelar el registro del producto, esto se ha manifestado con la prohibición del registro, importación, venta y uso de plaguicidas sumamente peligrosos como: DDT; 2,4,5-T; Aldrín; Dieldrín; Toxafeno; Clordecone; Dibromocloropropano; Dinoseb; Nitrofen; Etilendibromuro; Captabol; los insecticidas organoclorados se prohíben parcialmente.

Todo distribuidor, importador o mezclador de plaguicidas debe contar con los servicios de un agrónomo, quien fungirá como regente responsable de que los productos se ajusten a las normas legales. Este sistema en la realidad presenta limitaciones como las siguientes:¹²

a) problemas con la capacitación, seriedad y escogimiento de los regentes, se puede ser nombrado aunque se carezca de conocimientos sobre los agroquímicos;

b) muchas veces los regentes "están directamente vinculados con los negocios que ellos velan"

10. LÓPEZ, Manuel. *Programa para el manejo seguro de plaguicidas en Costa Rica*. Ministerio de Salud. OPS/OMS. San José, 1987, pág. 13.

11. *Ibidem*, pág. 14.

12. HILJE, Luko, et. al. *El uso de los plaguicidas en Costa Rica*. San José, EUNED: Heliconia, 1987, págs. 40-41.

por supuesto será difícil que rindan informes negativos sobre sus socios o patronos;

c) no existen sanciones a las infracciones;

ch) el regente comete anomalías en sus funciones como poco cuidado y poca atención al hacer inspecciones o llenar los informes.

Aunque existe un marco jurídico variado se carece de la voluntad política de aplicar en forma real la normativa y establecer verdaderos controles, además urge establecer un sistema sancionatorio que no sea pusilánime con sanciones estrictas y multas severas.

SITUACIÓN DE COSTA RICA EN RELACIÓN CON EL USO DE PLAGUICIDAS

En el caso de Costa Rica el planteamiento de políticas y soluciones a los problemas ambientales es una tarea muy difícil. Se reciben tecnologías como soluciones a corto plazo a los problemas del desarrollo, ignorando muchas veces los efectos negativos que se pueden producir. Los agroquímicos son utilizados en estos países desconociendo muchas veces los riesgos que se corren con su mal manejo y utilización. Se puede encontrar personas manejando plaguicidas cerca de fuentes de agua potable o áreas urbanas, sin tomar ninguna precaución.

Costa Rica ha importado grandes cantidades de plaguicidas, sumamente tóxicos, que han sido prohibidos en otros países. Entre 1977 y 1979, Costa Rica importó 4.700.000 kg de plaguicidas que tenían uso restringido o eran prohibidos en los Estados Unidos.¹³ Entre 1980 y 1981, Costa Rica importó cerca de 4.300.000 kg de plaguicidas, principalmente fungicidas, herbicidas e insecticidas.¹⁴

Existe gran cantidad de estudios científicos que demuestran que el uso irracional de los plaguicidas ha producido contaminación de suelos, aguas, mortandad de peces, abejas, intoxicaciones, etc. Un estudio realizado por la Universidad de Costa Rica demuestra que el agua usada para irrigar productos agrícolas contiene, en muchos casos, niveles muy altos de agroquímicos y de desechos industriales.¹⁵ El río Bermúdez de Alajuela, es otro ejemplo, su agua se usa para irrigar tomates, maíz, frijoles, cebollas y camotes. Sin embargo, esta agua se ha

determinado que no es apta para ser usada para irrigar, ya que afecta negativamente la producción agrícola. En este caso el agua se contamina por desechos industriales, agroquímicos y detergentes.¹⁶ Chacón y Chacón reportaron que la naciente del río Las Cañas en Guanacaste muestra un nivel muy alto de contaminación por nitritos, causada por mal uso de los agroquímicos.¹⁷

La falta de información acerca de los plaguicidas causa muchos problemas. Los agricultores piensan que más, es mejor e impacientes por resultados a corto plazo los utilizan con mayor frecuencia de la debida. Muchas veces consideran que los plaguicidas son iguales que los fertilizantes.

El actual manejo de los plaguicidas ha conducido a un incremento en las intoxicaciones de trabajadores agrícolas y a desequilibrios ecológicos, a tal punto que las intoxicaciones por plaguicidas se han declarado como enfermedad de denuncia obligatoria (Decreto N° 14496-S). Sin embargo, se carece de una vigilancia eficiente que informe realmente sobre el problema.¹⁸ Se ha demostrado que en nuestro país enfermedades como "cáncer, malformaciones congénitas, esterilidad, abortos y muertes perinatales"¹⁹ son algunas veces producidas por plaguicidas. Varias veces se ha denunciado la muerte de peces en nuestros mares a consecuencia de contaminación de las aguas con productos químicos.²⁰

Centro América es una de las regiones del mundo que más cantidad de plaguicidas utiliza. Se estima que los agricultores costarricenses podrían

13. VEGA, Sileny et. al. *Importación y exportación de plaguicidas en Costa Rica*. Escuela de Ciencias Ambientales. Universidad Nacional. Costa Rica. pág. 59.

14. *Ibidem*, pág. 61.

15. *Efectos de agua contaminada en la producción agrícola*. La Nación. 5 de marzo de 1985. pág. 1C.

16. Contaminación del río Bermúdez.

17. CHACÓN, B. y CHACÓN, J. 1980. *Contaminación por nitratos en aguas subterráneas de la Cuenca Superior del río Cañas*, Guanacaste. *Agronomía Costarricense* 4(2). pág. 183 y sigtes.

18. WESSELLING, y otros. *Estudio Epidemiológico de Intoxicaciones con Plaguicidas en Costa Rica*, Setiembre 1988, pág. 5.

19. *Importantes conclusiones sobre el uso de plaguicidas en Costa Rica*, Prensa Libre, 19 de marzo de 1987, pág. 14.

20. *Mortandad de peces en el Golfo de Nicoya*, La Nación, 18 de octubre de 1985, pág. 10A.

reducir hasta en "un 50 por ciento la utilización de plaguicidas sin sufrir merma en el rendimiento".²¹

Gran cantidad de los plaguicidas son aplicados por vía aérea. ¿Qué sucede con este tipo de aplicaciones? Se estima que sólo entre un 25-50% de la aplicación llega al área sembrada. El resto contamina áreas y ríos cercanos, la vida silvestre, gusanos, abejas. Los trabajadores, sin educación sobre los efectos de los plaguicidas, regresan a las plantaciones recién rociadas o comen cerca de la plantación, lo que repercute en las intoxicaciones y muertes que se suceden en los trabajadores costarricenses.

Se ha denunciado que algunos de los plaguicidas se expenden sin contener las recomendaciones técnicas del caso.²² Se estima que cerca del 52 por ciento de los trabajadores intoxicados con el tóxico "paraquat" y que recibieron atención médica murieron²³ y los sobrevivientes quedaron con daños pulmonares. Asimismo, trabajadores bananeros de la Standard Fruit Company, quedaron estériles de por vida al aplicar tóxicos contra las plagas en las plantaciones en Río Frío y Valle de la Estrella.²⁴ El plaguicida utilizado en esta ocasión fue el DBCP, "una sustancia química extremadamente tóxica conocida como NEMAGON fabricada por la Shell y FUMAZONE manufacturada por la Dow".²⁵ Se estima que Costa Rica entre 1963 y 1978 importó 5.357.554 kilogramos de DBCP.²⁶

Nuestro país entre 1977-79 importó 6 millones de kilos de plaguicidas por año. De los cuales: "Diecinueve eran productos de uso restringido en USA; 2.7 millones de kilos eran de producto CANCERÍGENO; 465 mil kilos TERATOGENICO; 230 mil kilos MUTAGÉNICO; 1.7 millones de kilos ESPERMATOGENICO; 553 mil kilos FETÓXICO."²⁷ Costa Rica importa y vende un plaguicida llamado MANEB o MANZATE o DITHANE-M22. Producto sumamente peligroso, que ha sido objeto de análisis

con el fin de determinar sus efectos tóxicos sobre la salud. Ha presentado resultados positivos "en las pruebas de genotoxicidad de mutación inversa... además es carcinogénico en animales en experimentación... y se observaron efectos fetotóxicos y teratogénicos en los fetos de ratas".²⁸

Un problema muy grave es el relacionado con la contaminación de los productos que se exportan, muchas veces nuestros productos han sido rechazados en mercados internacionales por contener residuos de plaguicidas.²⁹ Así por ejemplo, recientemente el Departamento de Salud de los Estados Unidos tomó la determinación de no aceptar nuestros productos agrícolas que presenten altos niveles de plaguicidas.³⁰ La pregunta que surge es: ¿Qué destino tiene ese producto contaminado que es rechazado en el mercado exterior?

Hasta cuándo vamos a continuar gastando millones en la importación de estos químicos mortales que está conduciendo a que consumamos diariamente alimentos contaminados; a que nuestros productos de exportación se vayan contaminados; a que las aguas superficiales y subterráneas y los suelos se contaminen.

Las causas del mal uso de los agroquímicos son muchas: mala información del productor que conduce a abusos y mala utilización de los productos; falta de protección personal, de controles administrativos por parte de las autoridades competentes, de coordinación entre las instituciones relacionadas, de personal técnico capacitado para asesorar en forma correcta a los productores y para diagnosticar las intoxicaciones. Es urgente tomar medidas para determinar con precisión qué enfermedades en la población se pueden relacionar con los plaguicidas y establecer una institución que estudie la morbilidad de la población debido a plaguicidas.

21. "Preocupa alto uso de los plaguicidas", La Nación, 9 de febrero de 1988, pág. 2C.

22. "Control de agroquímicos ejercerá el Gobierno", La Nación, 26 de setiembre de 1986.

23. SOLÍS, María Isabel, "Toxicidad de yerbicidas alarma a especialistas", La Nación, 30 de junio de 1986, pág. 84.

24. ESPINOZA, Édgar y POLINI, Gina, "Pelea por obreros estériles se dará en Estados Unidos", La Nación, 16 de setiembre de 1986, pág. 6A.

25. *Ibidem*.

26. ESPINOZA, Édgar y POLINI, Gina, "500 trabajadores quedan estériles en zona atlántica", La Nación, 14 de setiembre de 1986, pág. 8A.

27. BONILLA, Alexander. "Los plaguicidas en Costa Rica", Alternativa, setiembre 1986, pág. 4.

28. EPA: Environmental Protection Agency, MANEB: Efectos sobre la salud y el ambiente, Metepec, México, 1987, pág. 28.

29. "Analizaron uso de plaguicidas", La Nación, 3 de junio de 1986, pág. 1-C.

30. "En peligro exportación de productos agrícolas", La Nación, 11 de marzo de 1988, pág. 1A.

SOLUCIONES

Una buena estrategia en el uso de los plaguicidas debe incluir un análisis de los costos y beneficios que su uso acarrea. Soluciones para poder obtener un manejo racional de los plaguicidas deben lograrse desde diferentes áreas, como la educativa y la legal. Urge controlar el manejo, uso y aplicación de plaguicidas, desde un más efectivo conocimiento de la legislación referente al tema. Control que está establecido en la legislación que nos rige, tanto los Ministerios de Salud, Trabajo y Agricultura y otras instituciones como el INS tienen la obligación de educar e informar acerca de los riesgos que presentan los plaguicidas; igual responsabilidad tienen los patronos en relación con los trabajadores agrícolas.

La Ley General de Salud tiene a su cargo velar por la salud pública que incluye la protección ambiental como medio de preservar aquella salud. Sin embargo, la atención se ha concentrado en la atención de las personas que se demuestra estadísticamente con una reducción en la mortalidad infantil y una longevidad similar a la de los países industrializados. Pero se ha descuidado la atención del medio ambiente, llegando incluso a deteriorarse a tal extremo que podría poner en serio peligro la salud pública.

Estos problemas se patentizan en situaciones concretas como sucede en relación con el Ministerio de Agricultura, que tiene a su cargo realizar un análisis técnico de laboratorio sobre los daños que los tóxicos puedan producir. Medida muy importante para realizar un análisis del impacto que el producto puede ejercer sobre la salud del hombre y del medio, pero no se cuenta con las facilidades económicas para realizar este tipo de monitoreo, o lo que es peor no se realiza lo que viene a incidir sobre nuestra salud.

¿Qué se puede hacer para resolver el problema de los plaguicidas? Los problemas básicos que existen en relación con el tema de los productos químicos

cos, especialmente plaguicidas, se centran en dos puntos:

Por un lado la importación de productos sumamente perjudiciales a la salud humana y el medio, sobre todo cuando existe la política de algunos países de producir tales productos solo para exportación a países del tercer mundo. Este primer punto se vendría a solucionar con el artículo 2 de la propuesta que adjuntamos. Se debe prohibir la importación de aquellos plaguicidas que estén prohibidos en otros países y buscar sustituirlos por productos menos peligrosos.

Por otro lado la falta de conocimiento sobre los riesgos que conlleva el mal uso, aplicación indebida y la carencia de medidas precautorias en la utilización de tales sustancias. En cuanto a este punto, consideramos que la propuesta de un curso de educación y entrenamiento, como requisito previo a la obtención de una licencia, para poder trabajar de alguna manera relacionado con plaguicidas. Este curso de capacitación vendría a solventar de alguna manera la carencia de preparación de todas las personas que de una y otra manera se relacionan con los plaguicidas. Esta tesis es propuesta por el Ministerio de Salud en sus proyectos de protección sobre el uso irracional de plaguicidas. El curso debe incluir determinaciones sobre cuáles son los plaguicidas; su clasificación; sus efectos sobre la salud, la naturaleza, los insumos, el ambiente; problemas respecto a los plaguicidas y cómo evitarlos; sobre el equipo de protección personal, aseo; sobre cómo controlar daños, primeros auxilios; cómo usar menos plaguicidas.³¹

Se debe también pensar en integrar a la comunidad centroamericana en la lucha contra la contaminación por plaguicidas. Lo que requeriría la ayuda internacional y coordinación para alcanzar información científica y tecnología apropiada que permita monitorear de manera real el uso de los plaguicidas.

SOBRE PRODUCTOS QUÍMICOS, PLAGUICIDAS, MATERIALES Y RESIDUOS PELIGROSOS

Artículo 1: Para prevenir el deterioro ambiental, el daño en la salud humana y a la biodiversidad y al

equilibrio ecológico, se establecerán requisitos y condiciones para la importación, la fabricación, el

31. MURRAY, Douglas and McCONNELL, Rob, *Pesticide problems among small farmers in Costa Rica. An evaluation and recommendations for CARE CR.* March, 1987, págs. 31-32.

transporte, el almacenamiento, la comercialización, el manejo, el empleo o la disposición de sustancias y productos tóxicos o peligrosos.

Artículo 2: Se prohíbe la importación, comercio y distribución de sustancias agroquímicas, productos químicos, aditivos alimenticios o productos farmacéuticos que hayan sido prohibidos en otros países o en el país en que fueron registrados por primera vez. Para ello se debe presentar un certificado de libre venta y uso expedido por el país donde el producto se registró por primera vez.

Transitorio: Toda sustancia agroquímica, producto químico o farmacéutico, inscrito en el país debe cumplir con este requisito dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de esta Ley; de no cumplirse con el requisito dentro del plazo fijado, se procederá de oficio por parte de las autoridades competentes a la cancelación del registro y la prohibición de la importación de los productos que no hayan cumplido con la presentación del certificado a que hace referencia este artículo.

Artículo 3: Se prohíbe la introducción al país, por cualquier vía, de basuras, desechos tóxicos, residuos de materiales químicos, de procesos industriales, restos de metales pesados, residuos de materiales radiactivos, ácidos y álcalis no determinados, bacterias, virus, huevos, larvas, esporas y hongos zoo y fitopatógenos.

Artículo 4: Se establecen las siguientes directrices obligatorias que deberán aplicar las autoridades competentes sobre los productos químicos, sustancias agroquímicas, productos farmacéuticos, materiales y residuos peligrosos:

I. Promover la capacitación y participación de grupos organizados, tales como centros agrícolas cantonales. La educación y participación de las comunidades y las acciones de fomento y protección de la salud, en particular del medio tienen un lugar prioritario en las políticas sobre la materia.

II. Fijar los niveles máximos permitidos de residuos de agroquímicos o cualquier otra sustancia contaminante en los productos de consumo.

III. Suscribir los tratados que sobre la materia existan.

IV. Buscar la colaboración del sector público y organismos internacionales para desarrollar y promover el control integrado de plagas y el uso de otros métodos de combate de plagas seguros y eficientes.

V. Impulsar la realización de estudios y la preparación y desarrollo de programas de acciones inmediatas interinstitucionales preventivas, correctivas y rehabilitadoras.

VI. Lograr una aplicación precisa y rigurosa de los métodos y leyes de control.

VII. Promover la aplicación de medidas de protección, la revisión, la compatibilización y cumplimiento de la legislación vigente y la creación de nuevas leyes.

VIII. Buscar cooperación internacional para fortalecer la capacidad instalada existente y reforzar los programas responsables de la atención del medio, educación para la salud y otros relacionados.

Artículo 5: Los plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas quedarán sujetos a las normas vigentes y a las normas técnicas que dicte el MAG en coordinación con otros órganos competentes. Por vía reglamentaria se regulará la disposición final de sus residuos, empaques y envases vacíos, medidas para evitar efectos adversos en los ecosistemas.

La Comisión Asesora en el Uso de Plaguicidas tiene la obligación de establecer mecanismos efectivos de coordinación intra e intersectorial en aspectos operativos, educacionales y de control de la normativa existente.

Artículo 6: Toda persona física o jurídica deberá aplicar las sustancias agroquímicas en forma preventiva y conforme a un calendario previamente establecido. Toda persona física o jurídica que aplique plaguicidas deberá hacerlo sólo cuando no exista otra alternativa evitando daños al ambiente y a la salud pública.

Artículo 7: El MAG en coordinación con el Centro de Investigación de Contaminación Ambiental de la Univesidad de Costa Rica mantendrán al día la información sobre plaguicidas utilizados en el país, con indicación de los efectos que puedan producir sobre el ambiente o la salud de las personas. Coordinarán la información internacional en este campo y la pondrán a disposición del público por medio de informaciones periódicas en los diarios, indicando cuáles plaguicidas se encuentran prohibidos y cuáles en uso, lo mismo que las contraindicaciones y riesgos que conlleva el uso y aplicación de los plaguicidas utilizados en el país.

Artículo 8: El MAG tiene la obligación de mantener un listado actualizado de los plaguicidas prohibidos o restringidos en el país. Las autoridades encargadas de la inscripción de plaguicidas deberán prohibir la importación, fabricación o manipulación de aquellos plaguicidas que hayan sido prohibidos en otros países.

Artículo 9: La Comisión Asesora en el Uso de Plaguicidas del MAG tiene la obligación de impartir un curso de educación y entrenamiento sobre el manejo, uso y aplicación de los plaguicidas, así como de los riesgos que su uso y aplicación produ-

cen al ambiente y a la salud humana en coordinación con las instituciones relacionadas con la materia, como INS y Ministerios de Salud y Trabajo.

Artículo 10: El MAG a través de la Comisión Asesora en el Uso de Plaguicidas tiene como obligación definir, orientar y establecer las zonas de protección a poblaciones y cursos de agua que no deberán ser afectados por la aplicación de plaguicidas. Asimismo deberá velar porque la propaganda y venta de los plaguicidas se realice dentro del marco legal existente. En esta Comisión deberá estar presente un especialista sobre plaguicidas nombrado por las universidades y un representante de los consumidores de productos agrícolas.

Artículo 11: Todo trabajador que manipule y aplique plaguicidas debe contar con una licencia extendida por el Ministerio de Salud para trabajar. Se establece como requisito obligatorio para obtener

esta licencia asistir al curso que define el artículo 9. La licencia tiene un periodo de vigencia de un año. Su renovación requiere de un curso de refrescamiento y un examen médico completo.

Artículo 12: El curso para la obtención de la licencia de trabajo de que habla el artículo 9, debe incluir educación sobre todos los aspectos de los efectos tóxicos de los plaguicidas; lo mismo que sobre el control integrado de plagas y enfermedades.

Artículo 13: El Ministerio de Salud deberá establecer un listado de vigilancia epidemiológica para la población expuesta a plaguicidas. Para tal efecto, todo individuo que trabaje con agroquímicos deberá realizar un examen médico de preexposición y periódico. Este examen constituye otro requisito obligatorio para el otorgamiento de la licencia para trabajar con plaguicidas.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO SEXTO DE LA LEY DE LA MONEDA

LIC. CLAUDIO A. MURILLO RAMÍREZ*
LIC. LUIS A. VARELA QUIRÓS**

INTRODUCCIÓN

El artículo sexto de la Ley número 1367 del 19 de octubre de 1935 (Ley de la Moneda) fue reformado por la Ley número 6965 de 22 de agosto de 1984, introduciéndole un párrafo segundo que en lo que interesa dice: "ARTÍCULO SEXTO... Los actos, contratos y obligaciones en moneda extranjera no comprendidos en las excepciones del artículo siguiente, que según esta Ley deban expresarse y pagarse en colones, *carecerán de acción legal en Costa Rica*".

El término "carecerán de acción legal en Costa Rica" de dicho artículo ocupará nuestra atención, ya que los tribunales han empezado a aplicar en forma contradictoria, la doctrina que informa a dicha norma generando fundamentalmente dos vertientes de pensamiento: la de quienes consideran que los negocios que contravienen la prohibición anterior constituyen OBLIGACIONES NATURALES y los que consideramos que la redacción de comentario es ABIERTAMENTE INCONSTITUCIONAL por le-

sionar fundamentalmente los artículos 7, 27 y 41 de nuestra Carta Magna que garantizan el Derecho a la Tutela Jurisdiccional o Derecho al Acceso a la Justicia y el denominado Derecho a la Acción que como se verá es un derecho humano fundamental en la sociedad moderna.¹

Como ya podrá haber intuido el lector, el tema a pesar de que *ad portas* pareciera ser propio del Derecho de las Obligaciones o de la Contratación Privada, no puede ser analizado únicamente a través de ellos, sino que también, requiere para su tratamiento integral, un enfoque de Derecho Constitucional e Internacional.

Analizaremos entonces las dos posiciones anteriores, así como las primeras interpretaciones que nuestros tribunales de justicia han hecho hasta ahora acerca del contenido y alcance del párrafo segundo del numeral sexto de la referida Ley de la Moneda.

LAS OBLIGACIONES DEL ARTÍCULO SEXTO, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE LA MONEDA COMO OBLIGACIONES NATURALES

El licenciado Carlos Manavella C. en el Volumen 21 de la *Revista Iustitia* ensaya una interpretación acerca del contenido y alcance de dicho artículo, que peca a nuestro juicio de ser parcial por ser meramente privatista. Para el profesor Manavella,

las obligaciones del artículo sexto de la Ley de la Moneda, son obligaciones naturales.

Señala don Carlos que en ninguna institución, se presenta una conexión tan íntima entre el Derecho y la acción como la de las obligaciones. Desde

* Profesor de Derecho de la Contratación Privada. Escuela Libre de Derecho (UACA).

** Asociado de Derecho Internacional Público UCR.

1. Véase al respecto el párrafo primero del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

el antiguo Derecho Romano encontramos una clara clasificación entre Obligaciones Civiles Perfectas (propias) y Obligaciones Civiles Impropias o naturales; las primeras caracterizadas fundamentalmente en el hecho de que el Derecho sustantivo del acreedor está dotado por el Ordenamiento de la correspondiente acción, mientras que en las segundas, carecen de acción civil con la salvedad de que el deudor que voluntariamente paga no puede pretender la recuperación de lo pagado, es decir son lícitas pero no coactivas.

El concepto de obligación natural, persiste a través de las "deudas de honor" en las que el deudor sabe que no puede ser alcanzado por una acción civil, pero paga en cumplimiento de un deber moral, constituyendo una modalidad de éstas las deudas de juego que contempla el artículo 1409 del Código Civil y que constituía, antes de la reforma que nos ocupa, el único ejemplo normativo de obligaciones naturales en nuestro Ordenamiento jurídico, fuera de las disposiciones genéricas de los artículos 634 y 635 del mismo código.

El comentario lo hace el Lic. Manavella a propósito de la Resolución del Tribunal Superior Primero Civil, número 965 de las 8,05 horas del 14 de junio de 1988 (Ejecutivo Prendario de S.B.D.A. c. S.O.T.) que en lo que interesa sostuvo el criterio de que el artículo sexto párrafo segundo de comentario no hace referencia a obligación natural alguna por la ilicitud que representa la contratación en moneda extranjera.²

Para don Carlos el criterio del tribunal es errado y para combatirlo basa su tesis en razones de hermenéutica, sosteniendo que, haciendo uso del método gramatical de interpretación, el término "carecerán de acción legal" es la expresión típica que los juristas utilizan cuando quieren designar una obligación natural. Por el método lógico, arriba a la conclusión de que el legislador no quiso establecer una ilegalidad, sino simplemente desalentar la realización de determinada modalidad negocial, privándola de "acción legal", siendo esta la función dogmática que cumple el concepto de obligación natural, también hace un estudio histórico afirmando con él

que la voluntad del legislador era crear un ilícito civil simplemente, pero la forma de expresarlo no fue del todo feliz y finalmente en razón del uso del método sistemático de interpretación, agrega que no hay que perder de vista que la Ley de la Moneda tiene rango de "Ley de Orden Público" por lo que viene a limitar la autonomía de la voluntad en la contratación y como tal exige una interpretación restrictiva en favor de la libertad de contratación, de tal forma que, entre considerar este tipo de obligaciones entre ilícitas o naturales, debe estarse por las últimas.

Los suscritos se inclinan más bien y con las salvedades que luego se expondrán, por la tesis sostenida por el Tribunal Superior Primero Civil toda vez que, sin restarle méritos a la labor crítica del Lic. Manavella, que por lo demás es muy seria y se hace con estricto rigor científico. Consideramos que el planteamiento del profesor Manavella es parcial ya que, cualquier posición debe partir de la idea de que el Ordenamiento jurídico debe analizarse en forma armónica, esto es, analizando en forma sistemática las distintas normas que vengan a regular la materia a fin de establecer cuál es el bien jurídico que pretende tutelar el sistema.

La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica³ eleva al rango de ilícito penal la compraventa de moneda extranjera fuera de las instituciones legalmente facultadas para ello. El artículo 6 de la tantas veces mencionada Ley de la Moneda exige el uso del colón para cualquier obligación que implique empleo de dinero y deba solventarse en nuestro país y el artículo 7 de esa misma Ley, establece los casos taxativos de excepción. De la interpretación sistemática de ambos artículos se desprende que el uso de moneda extranjera en todos aquellos casos no contemplados por el artículo 7 de la Ley de la Moneda está expresamente prohibido por el Ordenamiento jurídico, de tal forma que, como bien lo indicara el Tribunal Superior en su momento, esta es materia ilícita por lo que, cualquier acto que infrinja dichas normas es ABSOLUTAMENTE NULO, conforme lo dispone el artículo 10 del Código Civil y consecuentemente, las partes contratantes deben

2. "La obligación natural debe ser lícita, esto es, permitida, que no sea ilícita, lo que no es permitido legal y moralmente. Como existe una norma: párrafo 2 del artículo 6 de la Ley de la Moneda que no permite otras obligaciones en otra moneda que no sea nacional, salvo el caso de las excepciones taxativamente enumeradas en el artículo sétimo ibídem, y la presente no está dentro de estos casos excepcionalmente, entonces podemos concluir que la obligación es ilícita porque es contraria a la ley, ilegal, por lo que no es posible catalogar la obligación al cobro como una obligación natural, porque le faltaría el elemento de la licitud..." Tribunal Superior 1.º Civil, Nº 965 de las 8,05 h del 14 de junio de 1988.

3. Ley Nº 6789 del 3 de agosto de 1982.

ser restituidas a la situación en que se encontraban antes de llevarse a cabo el negocio inválido.

Pero, en todo caso, y esto es lo más grave, de aceptarse la tesis de que las obligaciones del artículo 6, párrafo 2 de la Ley de la Moneda, son obligacio-

nes naturales, estaríamos avalando una posición que a nuestro juicio del suscrito es abiertamente inconstitucional por las razones que pasamos a exponer:

LA REDACCIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO SEXTO DE LA LEY DE LA MONEDA ES INCONSTITUCIONAL

Nos parece que un enfoque *ius privatista* del tema es parcial y consecuentemente, puede inducir a conclusiones erróneas como la indicada, ya que si bien las consecuencias de su aplicación corresponden en la práctica, principalmente a los tribunales civiles, la Ley de la Moneda, es una norma con carácter de "Orden Público" que sienta el principio que los economistas conocen como "NOMINALISMO MONETARIO". Según esta tesis las contrataciones que se hayan generado en nuestro país, para ser ejecutadas aquí, o bien, las que fueran contraídas en el extranjero pero deban surtir sus efectos en territorio nacional, deberán expresarse y pagarse necesariamente en colones. De ahí que el binomio que establecen los artículos 6 y 7 de la Ley de la Moneda, tiendan, el primero a establecer el principio comentado, y el segundo a indicar los casos de excepción, excepciones que según la interpretación en exceso nominalista aplicada por nuestros tribunales, ha conducido en la práctica a la casi inexistencia de las excepciones en favor de la regla general de la prohibición.

La defensa del NOMINALISMO MONETARIO resulta ser el bien jurídico tutelado por el Ordenamiento jurídico, de tal forma que no sólo en la Ley de la Moneda encontramos su sanción positiva, sino también en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, concretamente en su artículo 100 se eleva a rango de hecho delictivo la compraventa de moneda extranjera que no se haga a través de alguno de los entes legalmente legitimados para ello y cuya falta de aplicabilidad real pone en entredicho la funcionalidad del sistema legal frente a las violaciones del mismo, tema que excede el propósito de este trabajo.

Volviendo al análisis del párrafo segundo del artículo sexto de la Ley de la Moneda, podemos comprender ahora el porqué de la prohibición anterior.

El Juzgado Cuarto Civil de San José, por sentencia número 485 de las 15,00 horas del 22 de septiembre de 1988, en lo que interesa y resolviendo un

caso donde se planteaba la nulidad de una Opción de Venta que se había pactado y pagado en moneda de los Estados Unidos de América, dijo:

"III. Fondo: La Ley de la Moneda en su artículo sexto, establece que con excepción de los casos que se mencionan en el artículo séptimo siguiente, en todas las obligaciones y contratos, públicos o privados que impliquen empleo de dinero y deban solventarse en Costa Rica, los importes correspondientes deberán necesariamente expresarse y pagarse en colones, sea que salvo en los casos de excepción del artículo séptimo, la contratación en dólares es prohibida en Costa Rica. Al mismo tiempo dicho artículo establece como sanción a la contravención de esa prohibición que tales actos, obligaciones o contratos no tienen acción legal en Costa Rica, sea que ninguna de las partes contratantes tiene posibilidad de acudir ante los tribunales a reclamar derechos con respecto a lo contratado... Así las cosas, no hay otra alternativa que declarar sin lugar en todos sus extremos la presente demanda ordinaria...".

Con la interpretación anterior se violenta claramente el sistema que protege el principio de NOMINALISMO MONETARIO ya que afirmar que el perjudicado no puede siquiera acudir a los tribunales, equivale a decir que de hecho se puede contratar en moneda extranjera, y que la prohibición no es tal, por cuanto, analizando con rigor lógico la sentencia anterior, cualquier "malintencionado" podría burlarse de ella al no tener el afectado, la oportunidad de plantear su caso ante el aparato judicial. Entonces ¿Para qué plantear una prohibición dentro de un artículo, si en sí mismo se encuentra su antípoda? ¡La prohibición sería entonces letra muerta! ya que eso en otras palabras, equivaldría a "sacar provecho del propio dolo" y a burlarse elegantemente de la ley.

Nos explicamos, si la prohibición existe, la misma debe afectar al contrato mismo, no sólo sus efectos frente al órgano judicial, de otra forma se crea una situación desventajosa para una de las partes, quien abusando del derecho puede hacer incurrir a otra, por buena fe o ignorancia, en un contrato cuyo cumplimiento o resolución no puede exigirse ante los tribunales, pero que produjo efectos en favor de ella. Se crea entonces un desequilibrio en beneficio de una de las partes, siendo que ambas

actuaron contra una ley prohibitiva, y en tal caso lo justo y procedente es que ambos queden en igual posición a la que estaban antes de contratar, sin que sea aceptable que el propio Ordenamiento legal produzca un enriquecimiento ilícito en favor de una de ellas. Vale decir, lo que es nulo por contrario a una norma prohibitiva no debe producir efectos, ni en favor del deudor ni en favor del acreedor, y lo que uno u otro hayan pagado o recibido de su contraparte, debe ser devuelto.

Consideramos por eso que en la referida sentencia se confunden dos principios procesales básicos: el de la AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN, consagrado en el artículo primero, párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles, según el cual, el derecho que tiene cualquier persona que se sienta perjudicada por una acción u omisión de otra, es independiente del DERECHO DE FONDO, (que es el otro de los principios) necesario para que la demanda sea acogida en sentencia. El derecho de accionar, dice Couture, se tiene antes de nacer y después de la muerte, por el solo hecho de ser un ser humano, y agrega que el proceso es una garantía individual que "Ampara al individuo y lo defiende del abuso de autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores".⁴ El primero es un presupuesto procesal, independiente del Derecho de Fondo que resulta necesario para que la demanda sea acogida en sentencia no para que se tramite ante los tribunales el juicio correspondiente.

A su vez, el referido párrafo segundo del artículo primero del Código de rito, encuentra su sustrato constitucional en los artículos 7, 27 y 49 de la Carta Magna, que de aceptarse la interpretación dada por el Juzgado Cuarto Civil, se estarían violando por cuanto el artículo 41 de la Constitución Política establece como Derecho Fundamental de todo individuo lo que en doctrina se denomina "DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL O DERECHO A LA JUSTICIA" y el llamado "DERECHO A LA ACCIÓN". En palabras de Montero Aroca: "La acción es la facultad de ejercicio del Derecho a la Justicia que corresponde en el Ordenamiento Jurídico Privado, a toda persona, por el solo hecho de serlo... para pro-

vocar la incoacción de un proceso y la correspondiente decisión, sea o no favorable".⁵

Dentro de esta posición doctrinal, se hace la distinción entre el derecho a accionar y la acción propiamente tal. Por el primero se entiende un derecho subjetivo público, consecuencia de la personalidad humana y en consecuencia fundamental del ciudadano como lo hemos apuntado ya. Su sujeto pasivo es el Estado y no el adversario y su finalidad se logra tan pronto como el órgano jurisdiccional pone en práctica la función constitucional que le es propia, desde que dicho órgano se pronuncia sobre la controversia, en tanto que la ACCIÓN es el acto concreto mediante el cual se expone al órgano jurisdiccional el fenómeno de la oposición de voluntades en torno a un hecho concreto.⁶

De aceptarse el alcance interpretativo que se le ha querido dar en estrados, se caería en un problema técnico jurídico ya que como sanción viene a negarle "cualquier clase de acción" al damnificado, sin entrar a considerar que, más que un derecho es una consecuencia misma de la personalidad humana que se tiene y que siendo un deber estatal, jamás puede ser utilizado como sanción. El Estado no puede, sin grave omisión a sus deberes frente a los privados, negarse a ejercer su función jurisdiccional. Ello debilita la potestad de imperio, monopolio estatal e induce a los privados a tomar justicia en su mano, con lo que se debilita el sistema jurídico.

Más grave es la situación si se trata de un contrato complejo, en que la cuestión monetaria es sólo parte de la relación jurídica, pues conforme a la interpretación hecha por nuestros tribunales, no habrá acción para hacer efectivo ni aun parte del contrato.

Desde el punto de vista anterior, la denominada garantía fundamental de acceso a la justicia, llamada por otros, Derecho a la Tutela Jurisdiccional, cae dentro de la categoría de los DERECHOS HUMANOS INALIENABLES, (artículo sétimo constitucional) comprendido en opinión del tratadista Jesús González Pérez dentro de los derechos fundamentales por ser "jurídicamente exigible o reclamable frente a un Ordenamiento jurídico que lo crea o reconoce por no estar sujeto a la derogabilidad general o a la violación en casos particulares".⁷

4. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, pág.148 y sigs.

5. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, TECNOS, 2.ª edición, 1979, pág. 132.

6. MOROM PALOMINO, M., citado por Montero Aroca, *Ibidem*, págs. 137-138.

7. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, CIVITAS, 1.ª edición, 1984, pág. 22.

Como corolario de la línea de pensamiento esbozada resulta la afirmación de que, siendo el Derecho al Acceso a la Justicia, una de las garantías fundamentales, modernamente llamadas DERECHOS HUMANOS INALIENABLES, como tales, no son creación estatal, sino que recogen otros principios del Derecho natural, por lo que el Derecho a la Tutela Jurisdiccional, existe con independencia de su positivación dentro del Estado de Derecho ya que ésta no es más que el reconocimiento de ese Derecho que es anterior al Estado y que ni la misma Constitución (y mucho menos una ley de menor rango), pueden suprimirlo, ya que es exigible jurídicamente, individualizable en cada grupo humano, imprescriptible, irrenunciable, esencial a la dignidad humana y no convencional.⁸

Se deriva también como consecuencia necesaria que el Estado debe reconocerle al individuo, la posibilidad de una defensa jurídica de los intereses tutelados por el Ordenamiento material, y que al mismo tiempo, debe asumir la función de tutelarlos en cada caso concreto.⁹

En síntesis, la facultad ciudadana de obtener la composición de los litigios mediante un debido proceso, deduciendo ante juez competente, las pretensiones oportunas para defensa y protección de las situaciones jurídico subjetivas respectivas, frente a cualquier acto que constituya una vulneración a las mismas, no puede obviarse siquiera por medio de la

legislación ordinaria, ni aun cuando ésta sea de orden público.^{10,11}

Esas garantías judiciales de las que hemos tratado, se encuentran consagradas por el artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "toda persona debe ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".¹²

Por ello, la interpretación de la que hemos venido hablando, constituye además, una violación al artículo 7 constitucional, pues una norma jerárquicamente inferior no puede derogar, ni aun tratándose de norma posterior, un tratado debidamente ratificado por el Estado costarricense, que compromete, la responsabilidad y el honor nacional en su cumplimiento. Darle tal jerarquía a la norma comentada constituiría un evidente incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense y comprometería la responsabilidad del Estado costarricense frente al Derecho Internacional en caso de que la víctima fuera nacional, de otro Estado y recibiera amparo diplomático o judicial por parte de su gobierno, al operarse un típico caso de denegación de justicia.

CONCLUSIÓN

Como puede apreciarse de lo expuesto en líneas anteriores, existen tesis encontradas acerca del alcance y naturaleza del párrafo segundo de la Ley de la Moneda. Hemos expuesto nuestros puntos de vista acerca de las consecuencias negativas que una interpretación "literal" del párrafo segundo del artículo sexto de la Ley de la Moneda traería y del

porqué en nuestro modesto saber y entender, no puede ser interpretada como una obligación natural. Sostenemos entonces que la interpretación correcta no es la de negarle el acceso a la justicia al quejoso, que con esta clase de interpretación estaría siendo objeto de una sanción arbitraria al protegerse al otro cocontratante, quien habiendo incurrido en

-
8. KRIEBLE Martín, citado por ODIO BENITO Marta, en *Los derechos humanos en el ordenamiento costarricense*, Revista Judicial, San José, Nº 38, de setiembre de 1986, pág. 106.
 9. MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, págs. 142-143.
 10. MATEU-ROS CEREZO Rafael, *El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial y el requisito de la legitimación*, Revista de Administración Pública, Nº 98, mayo-agosto de 1982, pág. 84.
 11. En cuanto al alcance jurisprudencial de esas garantías constitucionales, véase la resolución dictada por la Corte Plena en la sesión extraordinaria de 11 de octubre de 1982.
 12. PACTO DE SAN JOSÉ, COSTA RICA, 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978.

igual conducta, vería tal vez acrecentado su patrimonio en forma ilícita al no poder la contraria accionar en su contra al menos para que devuelva lo que recibió en pago. De aceptarse la interpretación dada por el Juzgado Cuarto Civil de San José o la que sostiene el Lic. Manavella, (que en el fondo vienen a estar de acuerdo), no se dejaría a las partes en el estado original en que cada una de ellas se encontraba antes de contratar, sino que injustamente se favorece a una, frente a la otra, que pide, no la resolución o el cumplimiento forzoso de las obligaciones contraídas, sino la repetición de lo pagado, en virtud de un acto que conforme a la ley carecía de efectos legales, y conforme a la facultad del artículo 803 del Código Civil, de repetir lo pagado, cuando el pago se haya efectuado por error de hecho o de derecho, como sucedería en caso de haberse contratado y cumplido parcialmente con el mismo, por parte de quien de buena fe compró o contrató sin conocer la sanción de la ley, a pesar de la presunción de cono-

cimiento de ésta que establece el Ordenamiento jurídico.

Ésta presumiblemente debió haber sido la intención del legislador, y en todo caso era el límite hasta el cual pudo haber llegado su facultad de legislar conforme a lo que ha quedado expuesto en este trabajo. El término "no tendrán acción legal" evidentemente debe ser interpretado como un caso de NULIDAD ABSOLUTA (artículo 10 Código Civil) o más bien, al tenor de las modernas posiciones doctrinales sobre la patología negocial, de INEXISTENCIA y en ese sentido, las partes tendrían entonces que ser restituidas al estado en que se encontraban antes de formalizar el contrato, pero jamás puede llegarse a afirmar que la ley cercene al afectado la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia a defender sus legítimos intereses y recibir justicia pronta y cumplida, por ser esta una posición que atenta inclusive contra los derechos humanos más elementales, como quedó expuesto.

BIBLIOGRAFÍA

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, CIVITAS, 1.ª edición, 1984.

KRIEBLE Martín, citado por ODIO BENITO Marta, en *Los derechos humanos en el ordenamiento costarricense*, Revista Judicial, San José, Nº 38 de setiembre de 1986.

MATEU-ROS CEREZO Rafael, *El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial y el requisito de la legitimación*, Revista de Administración Pública, Nº 98, mayo-agosto de 1982.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, TECNOS, 2.ª edición, 1979.

MOROM PALOMINO M., citado por Montero Aroca, *Ibidem*.

Leyes

Ley de la Moneda Nº 1367 del 19 de octubre de 1953, reformada por Ley 6965 de 22 de agosto de 1984.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica Nº 6789 del 3 de agosto de 1982.

Pacto de San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978.

Jurisprudencia

Corte Plena en la Sesión extraordinaria de 11 de octubre de 1982.

Tribunal Superior Primero Civil, Nº 965 de las 8,05 h del 14 de junio de 1988.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

DR. DANIEL GADEA NIETO*

SUMARIO

Introducción.	72
Capítulo I: Aspectos generales de la prueba penal.	72
Sección I: Noción general.	72
A. Concepto	72
B. Importancia	73
C. Diferencias	73
Sección II: Los problemas generales de la prueba penal.	73
A. La carga de la prueba.	74
B. Naturaleza de las pruebas admitidas	75
C. Valor probatorio de las pruebas aportadas	76
Capítulo II: La búsqueda y producción de la prueba penal.	77
Sección I: Reglas en la búsqueda y utilización de las pruebas	78
A. Búsqueda de la prueba.	78
B. Utilización de la prueba.	78
Sección II: Apreciación sobre la verificación de la prueba penal.	78
A. Verificación directa	78
B. Verificación indirecta.	78
Conclusión.	80
Bibliografía.	80

* Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

El tema de la prueba en el proceso penal es muy importante para el estudioso y analítico de la problemática que se plantea con respecto a los elementos que permiten establecer la existencia o no de un determinado hecho delictuoso y la posible participación de uno o varios sujetos.

En Costa Rica no es en realidad muy abundante la literatura que desde un punto de vista nacional enfoque los diversos problemas que nos presenta en la realidad cotidiana el proceso penal y por ello se hace imperioso que los investigadores aporten sus puntos de vista al respecto.

El proceso penal parte de la sospecha de la comisión de un ilícito penal y por tal motivo, el Ministerio Público plantea una hipótesis fáctica que debe servir de base al proceso, en donde se va a tratar de

determinar si dicha hipótesis se comprueba para dar base a la acusación o si se desvanece para dar base a un sobreseimiento. Para que la hipótesis planteada por el actor penal pueda determinar alguna de las dos soluciones indicadas es necesario que se introduzcan al proceso datos externos que permitan al juez llegar a una determinada decisión. Lógicamente todo ello nos plantea la circunstancia de determinar a qué parte procesal incumbe establecer las pruebas, cuáles de ellas pueden ser admitidas y luego qué valor se les puede atribuir (capítulo primero).

Lógicamente también adquiere relevancia dentro del proceso penal la forma de cómo se busca y se produce la prueba, la utilización de que ésta es objeto y por último de qué forma se puede llegar a la verificación de ella (capítulo segundo).

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

Sección I Noción general

A. Concepto.

La prueba es aquel medio que permite afirmar la existencia o no existencia de un hecho determinado, o la exactitud o falsedad de una situación.¹

En una denominación genérica prueba significa "todo medio que produce un conocimiento cierto o probable de cualquier cosa".²

Dentro del proceso penal que se instaura, la prueba busca demostrar la existencia de un ilícito penal y sobre todo establecer el grado de participación del sujeto activo del hecho, es decir, si es autor, coautor, cómplice u otro activo del hecho, es decir, si es autor, coautor, cómplice o instigador.

El proceso penal gravita necesariamente sobre el problema esencial de la prueba, ya que ella encamina el proceso hacia una determinada decisión. La

prueba dentro del proceso toca en realidad a todos los sujetos: con respecto al juez, se trata del medio idóneo para determinar su convicción, con respecto al actor penal, es el medio que tiende a comprobar la existencia del delito y la responsabilidad de su autor, con respecto al imputado, permite en cierta forma desmentir la hipótesis que lo incrimina o aminorar dicha imputación.

La prueba es entonces una fuente legítima de conocimiento de la verdad real o histórica que el proceso penal aspira a descubrir para dar base a la actuación justa de la ley sustantiva.³

Hay dentro del concepto de prueba una necesidad de aludir a los elementos objetivos que pueden encontrarse o no en los medios de prueba disciplinados por la ley —a fin de exigir que ellos siempre

1. Merle R. et Vitu A., *Traité de Droit Criminel. Procédure Pénale*, Éditions Cujas, Paris, 1979, pág. 154.

2. Longhi S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921, pág. 4.

3. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, tomo I, 1980, pág. 341.

provenzan del mundo externo—⁴. Esta necesidad exterior se presenta con el objeto de que los sujetos procesales puedan valorar y controlar los medios de prueba.

B. Importancia.

Dentro de un proceso penal la prueba trata de establecer si se cometió o no un ilícito penal y sobre todo determinar la participación material de los inculcados.

El proceso penal trata de establecer la verdad real de los hechos, en contraposición a la verdad formal o aparente que surge del proceso civil. La verdad en sí misma es absoluta, pero la percepción que el hombre hace de ella es relativa, en virtud de una serie de circunstancias que rodean el medio de conocimiento humano —que de por sí es imperfecto—, lo cual provoca relatos diversos ante hechos únicos.

Desde este punto de vista el hombre no podría llegar a la exactitud:

"En una óptica fundada en el materialismo dialéctico, los criminalistas soviéticos afirman al contrario como un dogma que los jueces deben y pueden llegar a conocer la verdad absoluta, llamada por ellos verdad objetiva; critican entonces como anticientífica la teoría burguesa y subjetivista, según la cual el juez no puede alcanzar más que una probabilidad acerca de la verdad total".⁵

En materia penal la prueba debe buscarse de manera muy delicada y a veces muy difícil, pues los hechos sobre los cuales se debe investigar pertenecen al pasado. La labor del juez entonces es como la de un historiador, el cual muchas veces parte de indicios inciertos, tratando de reconstruir la actitud de los seres humanos.

El trabajo del juez con respecto a la prueba tiene en más de los casos a complicarse, ya que hay que tomar en cuenta que muchas veces el delincuente trata de ocultar sus actos y borrar las huellas, ayudado muchas veces por cómplices.

C. Diferencias.

Cualquier proceso civil o penal no podría lograr su objetivo si el juez no dispone de pruebas que le permitan establecer su convicción, para poder llegar a una determinada decisión.

El proceso civil y el proceso penal tienen un aspecto que los une, pues en ambos, las partes no pueden ser juzgadas sin haber sido escuchadas por el juez, o al menos estar en medida de presentar sus propias observaciones y defenderse: el principio del contradictorio es esencial en uno y otro proceso y conlleva consecuentemente una libertad necesaria para cada parte (actor, demandado o imputado) en el escogimiento de los medios de defensa o de ataque, de acuerdo con la actitud que se pretende tomar en el proceso.

Pero, aparte de tal punto idéntico de partida, las dos ramas del Derecho se separan y establecen una marcada diferencia. Por mucho tiempo el proceso civil ha estado dominado por el principio fundamental de la neutralidad del juez, es decir, por su pasividad. Esto conlleva en la práctica a un proceso civil en el cual las partes juegan un rol importante dentro de lo que configura el campo del litigio, en el sentido de que ellos son libres de proponer al tribunal las pruebas que consideran útiles para fundamentar sus pretensiones.

Por otra parte, todo lo contrario ocurre en el proceso penal, pues la prueba no es dejada a la discreción de las partes, ya que el juez penal juega un papel totalmente activo dentro del proceso. El juez penal tiene un poder-deber de descubrir la verdad y buscar cualquier elemento probatorio válido que sirva para formar su convicción, pudiendo incluso ampliar aquellas pruebas producidas por las partes que le parecen insuficientes. Hay dentro del proceso penal una preocupación constante por la búsqueda de la verdad, lo cual explica además la existencia de una fase específica, destinada a recoger pruebas que es la fase de la instrucción formal.

Sección II

Los problemas generales de la prueba penal

Dentro de la problemática que prevalece con respecto de la prueba dentro del proceso penal hay tres situaciones que conviene analizar: el aspecto de

la carga de los hechos a probar, la naturaleza de las pruebas admitidas y el valor probatorio de las pruebas aportadas.

4. Sentis Melendo, S., *Fuentes y medios de prueba*, Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968, Buenos Aires, Nº 2, pág. 44.

5. Troussou, *Introduction a la théorie de la preuve judiciaire*, Moscou, 1965, pág. 12 y sigs.

A. La carga de la prueba.

Hay que hacer dentro de este análisis una distinción entre la prueba de hechos y la prueba sobre el Derecho, para establecer en lo que interesa, que la carga de la prueba no se refiere a las cuestiones de derecho, sino que está limitada a las cuestiones de hecho.

En efecto, las reglas de derecho son conocidas por el juez y la prueba no va dirigida al elemento legal de la infracción, sino que versa sobre la existencia del hecho delictuoso (elemento material y elemento moral), así como sobre la imputabilidad de la persona perseguida.

El problema de la carga de la prueba nos presenta un primer principio que establece que son los demandantes del proceso penal (Ministerio Público y actor civil) a quienes incumbe establecer el delito y la participación de la persona imputada: "*actori incumbit probatio*", o también "*la charge de la preuve pèse sur le demandeur*".⁶

Un segundo principio establece que el imputado que invoca un medio de defensa, debe establecer esa realidad; el imputado debe entonces probar lo que alega en su beneficio: "*reus in excipiendo fit actor*", o también "*le demandeur est tenu de prouver ce qu'il soutient*".⁷

Estos dos principios mencionados que son bien conocidos dentro del proceso civil, podría pensarse que tienen el mismo sentido y aplicación dentro del proceso penal. Dentro del proceso civil se da una óptica de tratar de establecer cosas en beneficio propio para obtener el reconocimiento de una determinada pretensión. Mientras que en el proceso penal no hay lucha pues el Ministerio Público no puede considerarse como un adversario del imputado, tratando de buscar su condena, sino que es representante de la sociedad que trata de establecer la verdad real dentro del proceso. En tal sentido, hay un poder-deber de parte del Ministerio Público de invocar dentro del proceso todo aquello que pueda beneficiar al imputado o inculparlo.

Hay luego un tercer principio que se expresa en el adagio de *in dubio pro reo*: *le doute profite à*

l'accusé".⁸ Aquí se establece que al imputado se le presume inocente hasta tanto no se hayan aportado pruebas decisivas de su culpabilidad que provoquen una sentencia de condena que esté firme.

"Si bien para dictar una sentencia condenatoria se necesita la necesaria certeza de la comisión del hecho punible por el acusado, es lo cierto que respecto de una absolutoria no es condición —sine qua non— que el Tribunal esté convencido de una inocencia, ya que en favor del reo siempre está el principio de inocencia que consagra nuestra Constitución Política".⁹

Este principio de la duda favorable modifica en cierta medida la carga de la prueba.

1) La presunción de inocencia.

El objeto del proceso penal es transformar la sospecha que sirve de fundamento a la persecución en una certeza suficiente que permita pronunciar una sentencia de condena. Cuando la acusación no puede establecer la infracción dentro de sus diversos elementos constitutivos y probar la culpabilidad, el imputado debe ser liberado de cualquier cargo.

El imputado goza de una prueba positiva de "no culpabilidad" mientras no se establezca completamente lo contrario. Incluso el imputado no está obligado a establecer su inocencia mediante pruebas totales, sino que basta que se cree una duda suficiente que impida al juez llegar a la certeza: "En el juicio de valor que debe emitir el Tribunal penal para fundamentar una condenatoria, no basta la duda ni aún la posibilidad cercana a la certeza, ya que es absolutamente necesario que se llegue al convencimiento, no sólo de la existencia del ilícito, sino de la participación culpable del imputado".¹⁰

"En materia penal existe la presunción de inocencia, en virtud de la cual la duda beneficia al acusado y este debe ser tratado como inocente hasta que se llegue a la convicción de culpabilidad".¹¹

Por el contrario a lo dicho, la acusación sólo puede tener éxito si hay pruebas decisivas que permitan formar una certeza total y absoluta en la convicción del tribunal sentenciador.

6. Merte y Vitu A., *op. cit.*, pág. 158.

7. *Ibidem*.

8. *Ibidem*.

9. Tribunal Superior Segundo Penal, Nº 174 de 16,15 horas del 4 de setiembre. Causa contra J.A.C.G. por robo agravado en daño de G.M.Q.

10. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 91 de 10,45 horas del 25 de abril de 1980. Causa contra J.A.G.M. por robo agravado en perjuicio de M. de S. J.

11. Sala de Casación, 1973, I Semestre, Nº 50, contra Alvarado Ramírez y otro.

2) La prueba impuesta al actor.

El Ministerio Público se ve en la obligación a título principal de establecer los diversos elementos de la infracción supuestamente cometida y la culpabilidad de la persona imputada.

Paralelamente la parte civil aportará sus propias pruebas que vienen a complementar la ofrecida por el actor penal.

El principio de actor: *incumbit probatio* es impuesto dentro del proceso penal para efectos de seguridad de los individuos, porque si el autor no puede aportar la prueba de aquello que acusa y transformar en certeza las sospechas que se establecieron sobre la persona perseguida, esta debe ser liberada de todo cargo: el juez sólo puede condenar si está convencido de la culpabilidad:

"Un único elemento probatorio en autos no puede fundamentar el enjuiciamiento y prisión contra la imputada, ya que resulta insuficiente para determinar una resolución represiva".¹²

En síntesis, el imputado no tiene que establecer su buena fe o su falta de participación en la infracción, ya que es un deber de la acusación de establecer la prueba completa contra él.

3) La situación del imputado.

En principio, el imputado que alega un hecho en su defensa que tienda a establecer su falta de responsabilidad, o disminuir o atenuar esa responsabilidad y a excluir o destruir ciertos elementos de la infracción, debe aportar la prueba. En ese sentido el imputado adquiere su carácter de demandante: *"reus in excipiendo fit actor"*. Por tal motivo es necesario a veces que el imputado tome la iniciativa y una posición activa con respecto a la prueba para tratar de destruir la primera impresión causada con la prueba de cargo. Esto lo llevará a presentar dentro del proceso todas aquellas pruebas que le sean favorables para prevenir una resolución desfavorable conforme se vaya desarrollando el proceso.

B. Naturaleza de las pruebas admitidas.

El proceso penal admite el principio de la libertad de la prueba que refiere a la circunstancia de que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo

las excepciones expresamente establecidas por la ley.

Diversas razones justifican este principio: dentro del proceso penal se trata de establecer hechos y no actos jurídicos; la prueba no se puede constituir de previo como sucede en materia civil; por otro lado, los delincuentes actúan difícilmente desenmascarados, esforzándose por ocultar sus actos y pistas que pudieran comprometerlos; la lucha contra la delincuencia resultaría prácticamente imposible, si se siguiera un sistema probatorio muy rígido que excluyera ciertas pruebas. Sólo la ley, por razones especiales, puede excluir en ciertos casos determinado medio de prueba o prohibir el establecimiento de hechos de cierta manera.

1) Límites impuestos por principios generales.

El juez penal nunca puede formar su convicción sobre hechos que no hayan sido producidos durante el debate y sometidos a la libre discusión de las partes, porque si no la convicción del tribunal sentenciador se formaría fuera del proceso.

La búsqueda de la prueba debe ser conducida según el procedimiento correcto en armonía con los valores morales admitidos por nuestra civilización.¹³

El problema se manifiesta también desde la perspectiva del interrogatorio hecho al imputado y a las personas sospechosas. Se debe tomar en cuenta que para que el proceso se mantenga dentro de un plano objetivo, el interrogatorio debe ser leal y no pueden los jueces de debate —aprovechándose de su posición— utilizar triquiñuelas o violencia: el juez no puede mostrar al acusado sus sentimientos de desprecio o de desconfianza hacia su persona.¹⁴

El sentimiento de la objetividad y de lealtad debe entonces privar dentro del interrogatorio, porque si no la función judicial se deshonra para aquellos que manifiestan con sus actitudes un profundo desprecio por la dignidad humana.

Otras veces se dan casos dentro de la fase de juicio donde el juzgador muestra una "pereza de espíritu", pues prefiere a todo precio la confesión que la búsqueda a veces difícil de otros elementos de prueba.¹⁵

12. Tribunal Superior de Alajuela, N° 920 de 16,00 horas del 28 de octubre de 1975. Causa contra C.M.G. por apropiación indebida en daño de J.M.C.H.

13. Bougat Pierre, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges Hugueney, Paris, 1964, pág. 155 y sigs.

14. Rousselet M., *Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle*. Revue des Sciences Criminelles, Paris, 1946, pág. 50 y sigs.

15. Graven J., *Le problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal*. Revue des Sciences Criminelles, Paris, 1950, pág. 313 y sigs.

2) Límites legales.

Cuando se establece que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo las limitaciones propias establecidas por la ley, como es el caso de la tutela que recibe el llamado secreto profesional, para todas aquellas personas que en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte han tenido noticias de un hecho determinado.

También se dan ciertas limitaciones con respecto al uso que moderadamente se le puede dar a las grabaciones, conversaciones telefónicas, video casetes, etc., incluso dentro del marco de la instrucción preparatoria.¹⁶

En ese sentido, cierta jurisprudencia extranjera, específicamente la Corte de Casación en Francia, ha considerado que las pruebas así obtenidas no constituyen una confesión válida dentro del proceso como plena prueba, sino que solamente un indicio susceptible, junto con otros indicios, en los cuales el juez puede fundamentar su convicción, a condición de que dichos elementos probatorios hayan estado a la libre disposición de las partes.¹⁷

C. Valor probatorio de las pruebas aportadas.

Hay tres sistemas que se han desarrollado con respecto a la apreciación de la prueba: el de la prueba legal tasada, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional.

1) Sistema de la prueba legal.

Este sistema consiste en una tarificación que se da al valor de los diversos elementos de prueba. Cuando una prueba es introducida al proceso, ésta se impone al juez con un valor probatorio exacto impuesto por la ley o la costumbre. El juez debe condenar cuando la prueba se produce y liberar cuando la prueba no es aportada.

El origen de la prueba legal se da en el bajo imperio romano, con el abandono al recurso de jurados populares y mediante la concentración del poder jurisdiccional en manos de magistrados profesionales en la llamada "*cognitio extraordinario*". Este tipo de prueba se le encuentra luego en la Europa medieval y postmedieval.

Dentro de este sistema se distinguía las pruebas plenas que tenían como consecuencia la condena o una pena ordinaria (por ejemplo: dos testigos

concordantes en su declaración; una confesión obtenida por medio de la tortura, etc.). Existían además las pruebas semiplenas que eran insuficientes para llegar a la condena de una pena ordinaria, pero que sí permitían el pronunciamiento de una pena reducida (por ejemplo: un solo testimonio o una confesión extrajudicial). Por último existían las pruebas imperfectas o legales que eran el resultado de simples sospechas y eran insuficientes para una condena, pero sí daban inicio al proceso penal.

"Con este sistema de prueba los jueces no eran libres de dar a cada disposición, a cada indicio, a cada elemento de prueba, el valor que a su criterio se les debía atribuir, este valor era preventivamente determinado por las leyes... El magistrado expresaba, más que una sentencia propia, la del legislador".¹⁸

2) Sistema de la íntima convicción.

Este sistema aparece con la Revolución Francesa mediante la reinstalación del procedimiento acusatorio.

Dentro de este sistema el juez aprecia libremente el valor de las pruebas. Pero esta libertad de apreciación nunca puede concebirse como un razonamiento arbitrario, ya que el juez siempre debe seguir un método lógico en la evaluación de los elementos probatorios que le son aportados: a la legalidad en la búsqueda y producción de pruebas, se opone la libertad en su apreciación.¹⁹

Dentro de este sistema la ley no pide cuentas a los jueces (Tribunal Colegiado: magistrados juristas junto con jurado popular, siendo estos últimos quienes establecen la responsabilidad del imputado y los magistrados imponen la pena) de los medios por los cuales se llegó al convencimiento; la ley les prescribe de cuestionarse a cada jurado en el silencio y en recogimiento y de buscar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión ha causado sobre la razón de cada uno de ellos las pruebas aportadas contra el acusado y los medios para su defensa, la ley entonces lo único que les determina es a cuestionarse para formar una íntima convicción.

El sistema de la íntima convicción rige aquellos procesos penales como el francés que recoge esta regla en el artículo 353 del Código Procesal Penal de

16. *Ibidem*.

17. Jurisprudencia francesa: Crim. 12 juin 1952, Crim. 18 février 1958.

18. Longhi S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921, pág. 26.

19. Essaid, *La présomption d'innocence*, Paris, 1971, pág. 284 y sigs.

Francia. Pero hay que advertir que esta regla aplicada para la fase de la audiencia, también puede ser aplicada por el Procurador de la República francesa, cuando en la investigación preliminar, éste decide de proseguir el proceso o dé su archivo.

3) Sistema de la libre convicción o de sana crítica racional.²⁰

Dentro de este sistema no se imponen al juez normas previamente establecidas por la ley con respecto al valor que se le debe dar a un determinado elemento probatorio.

El ingreso de la prueba al proceso va a depender del criterio discrecional que tiene el juez dentro del proceso, tanto en la fase de instrucción como de debate, lo cual lo va a llevar a aceptar sólo aquella prueba referida a hechos conducentes que tengan una relación directa o indirecta con el objeto del proceso.

Aportada la prueba, esta debe ser valorada por el juez conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La lógica se refiere a las leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar qué tipo de juicios son necesariamente verdaderos o falsos.²¹

Las leyes supremas del pensamiento están constituidas por las reglas de la coherencia y la derivación.

Se entiende por coherencia de los pensamientos, la concordancia o conveniencia entre sus elementos.

Por derivación se entiende el hecho de que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado.

De la luz fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber:

- *de identidad*: cuando en un juicio, el concepto sujeto es idéntico (total o parcialmente) al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- *de contradicción*: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos.
- *del tercero excluido*: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible.

A su vez, de la luz de derivación, se extrae el principio lógico de la razón suficiente: por él, todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

Las leyes de la psicología implican el empleo por parte del juez de un procedimiento analítico en la valoración de las pruebas.

"Las normas de la experiencia son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles".²²

Entonces dentro de este sistema ya no hay un convencimiento en lo interno de la persona o inmotivado, sino que debe darse una convicción externa y fundamentada, lo cual hace posible luego el control por los medios de impugnación expresamente establecidos por la ley.

CAPÍTULO II LA BÚSQUEDA Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA PENAL

Dentro del proceso de la búsqueda de la verdad real de los hechos se dan ciertas reglas de acuerdo

con la fase a considerar, pero que imponen a las partes ciertos preceptos que deben ser seguidos.

20. "Libre convicción" es una fórmula de origen alemán que es empleada por los procesalistas italianos: "sana crítica" es una expresión de origen español. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Argentina, tomo I, pág. 353.

21. De la Rúa, Fernando, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo argentino*. Víctor P. de Zavallia, Editor, Buenos Aires, 1968, pág. 181.

22. *Ibidem*, pág. 186.

Sección I

Reglas en la búsqueda y utilización de las pruebas

A. Búsqueda de la prueba.

La búsqueda de la prueba tiene como primer objetivo establecer elementos probatorios válidos y suficientes para que el juez de instrucción pueda determinar, sea el sobreseimiento del imputado o tener la base para la elevación de la causa a juicio.

Para tal motivo le son acordados amplios poderes al juez de instrucción en relación con las personas y con los bienes con el fin de que se cumpla con el objetivo del proceso.

La búsqueda de la prueba puede entonces restringir la libertad de las personas cuando se les obliga a comparecer ante el órgano jurisdiccional bajo la pena de ser compelidos por la fuerza pública si no lo hacen. Pero también puede incidir sobre las cosas, cuando por ejemplo se efectúa una diligencia de registro y decomiso.

Dentro de la instrucción preparatoria la búsqueda de las pruebas es secreta y no contradictoria, puesto que normalmente ella es obra del poder inquisitivo que es asignado al juez de instrucción, sin una participación directa en todos los actos del defensor del imputado, el cual sólo es necesariamente admitido en los actos definitivos e irreproducibles.

La búsqueda de las pruebas es entonces esencialmente dirigida por el juez con base en el principio de investigación judicial autónomo, y aunque también puede ser sugerida por las partes, el juez sólo dará curso a aquella prueba que sea útil y pertinente para la búsqueda de la verdad.

Dentro de la fase de debate, la búsqueda de la prueba se presenta de una manera excepcional, cuando el tribunal de juicio debe realizar en los llamados actos preliminares del juicio el cumplimiento

de actuaciones no producidas u omitidas por el órgano instructor en la fase llamada de instrucción suplementaria (artículo 353 del Código de Procedimientos Penales).

También dentro de la fase plenaria, en principio, las partes se limitan a ofrecer aquella prueba producida durante la instrucción y así deben establecerlo dentro de la audiencia para ofrecer pruebas (artículo 351 del Código de Procedimientos Penales), salvo que en el curso del debate sea necesaria la recepción de prueba indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, con el carácter de prueba para mejor proveer (artículo 387 del Código Procesal Penal), lo cual puede ser ordenado de oficio o a instancia de parte.

B. Utilización de la prueba.

Las pruebas son utilizadas dentro del proceso para dar contenido al principio del contradictorio. Hay entonces una primera constatación que lleva a oponer las pruebas acusatorias y las pruebas justificativas, o pruebas de cargo y pruebas de descargo. Las primeras tienden a establecer la existencia de la infracción o la imputación del individuo perseguido o llevan a establecer la gravedad de los hechos. Las segundas por el contrario, tienden a eliminar o a minimizar la responsabilidad del imputado, o a atenuar —y hasta eliminar— el carácter delictuoso del hecho inculpado.

También pueden dividirse las pruebas utilizables dentro del proceso en pruebas directas y pruebas indirectas, que comprenderían entre las primeras todo tipo de prueba, salvo los indicios que estarían incluidos en la segunda categoría.

Sección II

Apreciación sobre la verificación de la prueba penal

A. Verificación directa.

Las constataciones directas o materiales constituyen una prueba extremadamente segura, ya que permiten una visión inmediata de la cosa objeto del proceso. Éstas se pueden referir en primer lugar a cosas producidas delante del juez: por ejemplo un arma, un documento difamatorio, una carta amenazadora, etc. Normalmente todas estas piezas de

convicción son obtenidas como producto de allanamientos o de requisas.

Las constataciones también pueden dirigirse hacia la víctima, cuando se le somete a ella a un examen corporal para verificar si la infracción ha dejado trazas sobre ella (heridas, cicatrices); lógicamente si la víctima ha fallecido, las verificaciones materiales deben hacerse sobre su cadáver, reali-

zando la correspondiente autopsia o la exhumación del cadáver.²³ La palabra autopsia significa el estudio del cadáver que el examinador hace con su vista y el objeto de una autopsia médico-legal tiene por objetivo establecer las causas de la muerte, ayudar a establecer la manera de la muerte, la hora y por último tratar de establecer la identidad del fallecido.²⁴

En caso de muerte violenta o sospecha de un ilícito penal el juez de instrucción puede ordenar la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que produjo la muerte (Artículo 238 del Código de Procedimientos Penales). Por otro lado, la exhumación consiste en desenterrar un cadáver ya sepultado, con fines civiles para el traslado de fosa o fines penales para establecer la causa del deceso o verificar la identidad del occiso.²⁵

El imputado también puede ser objeto de verificaciones sobre todo con el fin de realizar un examen mental o una investigación sobre su personalidad e incluso para proceder a verificaciones médicas, clínicas y biológicas. Es importante dentro del Derecho Penal la evaluación psiquiátrica dentro del proceso, sobre todo para establecer la relación de causalidad psíquica de un individuo y sus acciones, o sea, para establecer su condición de imputabilidad.²⁶ Las verificaciones médicas son igualmente decisivas como por ejemplo en delitos sexuales, en donde debe hacerse un examen de la víctima que permita establecer si el himen (membrana que se introduce entre el orificio inferior de la vagina y la vulva) está íntegro, o si hay un desgarramiento o ruptura.²⁷ También el autor del hecho en un delito de violación será objeto de un examen físico para tratar de determinar su posible participación en el acto criminal.

Las verificaciones directas también pueden establecerse sobre planos y fotografías de los lugares de la infracción y de las huellas dejadas al cometerse los hechos.

Por último las verificaciones pueden resultar de una visión directa del lugar de la infracción, cuando el juez o la policía judicial se desplazan personalmente al lugar de los hechos.

B. Verificación Indirecta.

La verificación indirecta se produce por medio de la prueba indiciaria o circunstancial. Ésta consiste en recoger y examinar todos los hechos materiales que pueden conducir al descubrimiento de la verdad.

En la prueba indiciaria el juez parte de los hechos conocidos para llegar a la afirmación de hechos a priori evidentes, por ejemplo, la culpabilidad o la inocencia del imputado.

El juez utiliza un procedimiento lógico donde se establece una necesaria relación entre los hechos conocidos y los hechos a probar.

La prueba indiciaria ha realizado grandes progresos gracias a los descubrimientos y avances de las ciencias físicas o químicas y médicas; la policía científica y la medicina legal fueron producto precisamente de este progreso. A partir de esto se ha querido ver un poco exageradamente a este tipo de prueba como la prueba del futuro, ya se ha dicho que tiene un carácter objetivo y se funda en hechos inequívocos.²⁸

Esta posición es evidentemente errónea puesto que los indicios pueden ser falseados; además la prueba indiciaria tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que los hechos deben ser siempre interpretados.

El campo de la prueba indiciaria es muy amplio en razón de la gran variedad de indicios físicos o psíquicos que pueden ser utilizados y que deben ser recogidos y conservados dentro del proceso penal para que se haga un posterior análisis de parte de un experto.

1) La importancia del experto.

La presencia de un experto o de un perito dentro de la prueba indiciaria adquiere singular importancia ya que esto permite utilizar dentro del proceso penal ciertos indicios o pruebas con la ayuda de conocimientos técnicos particulares, que normalmente ni el juez ni las partes poseen.

23. Brocas, *Le droit d'autopsie*, Paris, 1989, pág. 265.

24. Vargas Alvarado, Eduardo, *Medicina Legal*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1977, pág. 92.

25. *Ibidem*, pág. 96.

26. *Ibidem*, pág. 282.

27. *Ibidem*, pág. 232.

28. Merle y Vitu A., *op.cit.*, pág. 202.

Debe quedar claro que el perito no es un testigo como a veces se pretende, sino que interviene en el proceso únicamente en razón de sus conocimientos técnicos. Esto explica el hecho de que el perito puede en cualquier momento ser reemplazado en el proceso por otro especialista que tenga las mismas capacidades, lo cual no ocurre igual con el testigo que es irremplazable. Pero el perito tampoco es un juez, aunque a partir de los elementos de investigación que se le sometan, deba emitir una opinión motivada e imparcial: sus conclusiones no ligan al juez, pues ellas son, como las otras pruebas, sometidas a la libre discusión de las partes y a la libre apreciación posterior de la prueba.²⁹

2) Valor probatorio del peritaje.

El juez no está ligado a las conclusiones que se emitan en el dictamen pericial. El perito es en efecto como todo ser humano, un sujeto que podría cometer errores y esto debe ser muy tomado en cuenta en la práctica, ya que muchas veces los jueces tienen cierta tendencia a tomar como una verdad irrefutable lo dicho por el perito, pero nada les impide —y esto sería lo más aconsejable— examinar con una visión crítica las conclusiones del experto, al igual que lo debe hacer con cualquier otro tipo de prueba del proceso penal.

CONCLUSIÓN

Es incuestionable la forma de cómo la prueba influye dentro del proceso penal y de qué manera hace trabajar a los diversos sujetos y personas que intervienen. Esta influencia de la prueba provoca actitudes pasivas o activas en razón de las diversas resoluciones que se vayan tomando de parte del ór-

gano jurisdiccional. Esto nos hace concluir que la prueba es energía que impulsa el proceso penal, pues irradia y trasciende con su presencia una serie de situaciones que conciernen a todas las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

- BOUGAT PIERRE, *La loyauté dans la recherche des preuves*. Mélanges Hugueney, Paris, 1964.
 BROCAS, *Le droit d'autopsie*, Paris, 1989.
 CIESLAK, *L'expertise, son caractère juridique et ses problèmes fondamentaux d'après la procédure pénale polonaise*. *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1874.
 DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el Derecho Positivo argentino*, Víctor P. de Zavallía. Editor. Buenos Aires, 1968.
 GRAVEN J., *Le problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal*, *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1950.
 LONGHI S., *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino, Italia, 1921.
 VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina Legal*. Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1977.

- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, tomo I, 1980.
 ZOLLINGER, *L'intime conviction du juge un l'innocence*. Travail, Institut de Criminologie de Paris, 1977.

JURISPRUDENCIA.

- Jurisprudencia Francesa: Crim. 12 juin 1952, Crim. 18 février 1957.
 Tribunal Superior de Alajuela, Nº 920, de 16,00 horas del 28 de octubre 1975. Causa contra C.M.G. por apropiación indebida en daño de J.M.C.H.
 Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, Nº 91, de 10,45 horas del 25 de abril de 1980. Causa contra J.A.G.U. por robo agravado en perjuicio de M. de S. J.
 Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, Nº 174, de 16,15 horas del 4 de setiembre. Cau-

29. *Ibidem*, pág. 216.

sa contra J.A.C.G. por robo agravado en daño de G.M.Q.
Sala de Casación, resolución N° 50. Causa contra Alvarado Ramírez y otro, I Semestre, 1973.
Merle R. et Vitu A., *Traité du droit criminel: procédure pénale*. Éditions Cujas, Paris, 1979.
Rousselet M., *Les ruses et les artifices dans l'instruc-*

tion criminelle, *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1946.
Sentis Melendo S., *Fuentes y medios de prueba*, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1968.
Troussou. *Introduction a la théorie de la preuve judiciaire*, Moscou, 1965.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE*

JUAN GERARDO QUESADA MORA

Artículo 28: No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre concurran las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima; y
- b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso. (Así reformado por Ley Nº 5743 de 4 de agosto de 1975).

Legítima defensa es aquella requerida para repeler de otro una agresión actual o ilegítima. Su pensamiento fundamental es que el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto. La defensa puede llegar hasta donde sea requerida para defensa efectiva inmediata, pero no debe llegar más allá de lo estrictamente necesario para el fin expuesto. Es por eso que el agredido ha de emplear el medio más leve que, sin embargo, puede llegar, según el caso, hasta la muerte del agresor, siempre que éste sea el

medio de defensa eficaz, menos grave de los que tenga a disposición el que defiende.¹

Es por esto que la doctrina dominante ha dicho que la legítima defensa se funda en un ataque, el cual puede ser considerado como toda amenaza de agresión, provocada por el hombre, de bienes o de intereses jurídicamente protegidos. Debemos tener presente que el ataque es actual cuando es inminente, es decir que está comenzando, que ha comenzado o dura todavía. Susceptible de legítima defensa será entonces, cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero y cualquier interés reconocido jurídicamente.²

En la legítima defensa no se tienen, como algunos opinan, dos intereses en oposición y en conflicto, de los cuales uno prevalece sobre el otro, como sería el caso del estado de necesidad, sino un solo interés, el del agredido, que es protegido por el Derecho, ya que el ordenamiento jurídico, sólo a él le atribuye valor y le concede protección directamente a aquel a quien ese interés pertenece, porque no podría ser defendido sin su reacción.³

AGRESIÓN ILEGÍTIMA

Por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Esta agresión perdura aún después de la

consumación formal de un delito, mientras se mantenga intensivamente la lesión del bien jurídico; de ahí que es admisible la legítima defensa en contra del ladrón que huye con el botín.⁴

* Este artículo es dedicado a los magistrados José Alberto Gamboa Salazar y Luis Paulino Mora Mora, por sus sentencias y consejos que han sido para mí fuente de sabiduría.

1. Hans Weizel, *Derecho Penal alemán*, págs. 122, 125.
2. Johannes Wessels, *Derecho Penal*, Parte General, pág. 94.
3. Silvio Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, pág. 212.
4. Hans Weizel, *Derecho Penal alemán*, pág. 123.

Por otra parte la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). En cuanto a este punto la jurisprudencia española exige que la agresión sea de carácter violento. Ahora el problema es saber si se puede considerar agresión, la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable, o del que obra por error. En cuanto a esto un sector minoritario de la doctrina piensa que en estos casos falta ya la agresión, mientras que otro sector piensa que en caso de un enfermo mental, o de un niño, etc., se restringe la amplitud de la defensa (cf... Jescheck, pág. 277). Toda agresión además requiere que sea inminente, es decir, debe existir en la conciencia del autor, la decisión irrevocable, de dar comienzo a la agresión, de manera que ésta será siempre equivalente a la actualidad. Entonces la agresión es ilegítima cuando es antijurídica.⁵

Un sector de la doctrina define la antijuridicidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que recayendo sobre los bienes de otro, éste no tiene la obligación de tolerar (Binding). Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión, en la medida en que este-

mos ante una acción no autorizada (justificada) por el Ordenamiento jurídico (Welzel, Jescheck, Sanson).⁶

Si aceptamos que la agresión es ilegítima, por el hecho de no haber sido autorizada por la ley, entonces deberán tener cabida dentro de la legítima defensa no sólo los casos tradicionales contemplados, de acciones humanas dolosas o culposas que infringen el orden jurídico, sino que también deben incorporarse a esta categoría todos los casos en que el bien sacrificado es el que ha generado un peligro o menoscabo de un interés propio del que se defiende.⁷

La doctrina italiana, hablando del peligro, ha dicho que es necesario que este esté en curso, o sea probable o inminente, de modo que hay legítima defensa según esta corriente, si la agresión ya está consumada, porque de otro modo la reacción se transforma en venganza. También el caso de que el peligro sea futuro, pues en este caso se puede acudir a la autoridad administrativa.⁸ (En mi criterio ésta ha sido la tesis seguida por la Sala Tercera, ver al respecto la jurisprudencia).

NECESIDAD RAZONABLE DE LA DEFENSA PARA REPELER O IMPEDIR LA AGRESIÓN

La acción de defensa es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión inmediata del ataque y garantizar de la mejor manera la eliminación definitiva del peligro. Lo que debe tenerse presente es que entre varias posibilidades de defensa igualmente eficaces, debe elegirse aquella que causa el daño menor.⁹

La doctrina mayoritaria se ha inclinado en decir que la acción de defensa debe ser adecuada para impedir y repeler la agresión. La relación entre agresión y la acción necesaria para impedirla o repelerla debe ser tal, que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción

concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. Es por esto que no se debe confundir la relación que existe entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que causaría la agresión y el causado por la defensa.¹⁰

Lo que se trata de explicar en este punto, es que el sujeto no podría comportarse de otra manera para oponerse a la ofensa, es por esto que la proporción entre defensa y ofensa, se refiere a la proporción entre el medio que se usó y el medio que pudo el agente haber usado y no lo usó. Así por ejemplo no es medio proporcionado para el dueño de una finca que dispara un tiro contra un muchacho

5. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, págs. 124, 125.

6. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, pág. 125.

7. Jaime Malamud Goti, *Legítima defensa y estado de necesidad*, págs. 42 y 43.

8. Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, pág. 213.

9. Wessels, *Derecho Penal*, pág. 97.

10. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, págs. 125 y 126.

que se roba unas frutas, cuando pudo haber disparado al aire, o simplemente intimidarlo. A esta tesis complementa una parte de la doctrina que sostiene con apego a la ley, que la proporción debe ser entre la defensa y la ofensa, es decir, entre la gravedad de la reacción y la gravedad de la agresión, (la reacción debe ser proporcional a la agresión).¹¹

Para estar ante una legítima defensa es indispensable que el sujeto pasivo (el que recibe la agresión ilegítima) no haya provocado el hecho. Así por ejemplo si A es agredido por B en un restaurante y A se defiende contra B arrojándole una silla que lesiona a B y también a C que está junto a él, A puede alegar legítima defensa respecto de la lesión de

B, pero respecto de la lesión de C hay estado de necesidad, con la importante consecuencia de que C habría estado autorizado para ejercer legítima defensa en contra de A, ya que no precisaba soportar la lesión por parte de A. Por esto la doctrina a dicho que se pierde el derecho de legítima defensa respecto de una agresión que se ha provocado intencionalmente, para poder lesionar al agresor bajo las apariencias de legítima defensa. Así, si se enfrentan dos individuos decididos a pelear, ninguno de ellos puede invocar la legítima defensa respecto del otro, pues cada uno de los agentes tenía la voluntad de agresión. Diferente es el caso cuando uno se excede del marco presupuesto por ambos, sacando por ejemplo un cuchillo.¹²

LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

Esta defensa está contenida en el último párrafo de este artículo, en la cual se reconoce una situación de privilegio, pues a través de ella se justifica "cualquier daño ocasionado al agresor" o contra aquel individuo que mediante escalamiento o fractura logra introducirse dentro de una edificación representando un peligro para las personas.¹³

Para Zaffaroni en esta situación se presume que hay legítima defensa *iuris tantum* es decir, mientras no se pruebe lo contrario. En una palabra la presencia del agredido extraño dentro de una edificación siempre representa un peligro para los habitantes u ocupantes, mientras no se pruebe lo contrario.¹⁴

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

En la legítima defensa putativa existe según JESCHEK "...o bien un error de permisión (error de prohibición indirecto) o bien un error de tipo permisivo". Lo que hay que tener presente en la legítima defensa putativa es que existe lo que se ha llamado en doctrina *error de tipo* y *error de prohibición*, que el error de tipo excluye la tipicidad y que el error de prohibición excluye la culpabilidad. Por lo que se debe concluir que cuando el agente realiza una acción pensando que está justificada cuando en realidad no lo está, estamos ante un error de prohibición y no de tipo. Dice Zaffaroni que en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace, mientras que en el

error de prohibición sabe lo que hace, pero cree que no es antijurídico. Ahora para que el error de prohibición excluya la culpabilidad, es necesario que el error sea invencible, ya que si es vencible da lugar a culpa. Por ejemplo el que cree ser agredido por una persona y contesta con arma de fuego dirigiendo su proyectil a una parte mortal del hombre, no se defiende legítimamente, sino en forma putativa, por error de prohibición. (Ver al respecto sentencia del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, de las 17 horas 45 minutos del 30 de agosto de 1988, Nº 157-88, confirmada por la Sala Tercera Penal, V. 70-F de las 9,50 del 12 de mayo de 1989).

11. Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, t.I., págs. 215 y 216.

12. Hans Welzel, *Derecho Penal alemán, Parte General*, págs. 127 y 128.

13. SOLER, *Derecho Penal argentino*, tomo I, pág. 357, ed. 1976.

14. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina, pág. 479, ed. 1985.

JURISPRUDENCIA

No procede la legítima defensa:

Si para que exista legítima defensa es menester que quien la alegue haya estado en situación de peligro de perder la vida o de ser lesionado en el mismo momento o inmediatamente antes de sufrir la agresión y que la reacción defensiva sea la respuesta a tal acontecimiento y si en la especie, después de haber sido agredido el imputado por el ofendido, el primero, bajo los efectos de la emoción sufrida al darse cuenta que había sido atacado repentinamente por un enemigo, reaccionó violentamente y disparó al perjudicado, a razón de lo cual éste falleció, para vengar ese ataque y no para repeler la agresión pues ésta ya se había consumado, lo que se pone en evidencia porque el agresor ya huía, entonces se concluye que no concurren los elementos de la legítima defensa, ni tampoco medió exceso en la misma

como lo alega el recurrente (Sala Tercera Penal, 1981, 97-F).

Sí procede la legítima defensa:

Si el ofendido en estado de ebriedad, se presentó en el domicilio del imputado, donde éste se encontraba con una mujer y dos niños, violentando la puerta de tal forma que logró introducirse en la vivienda y propinarle un puntapié al segundo, situación que obligó al último a repeler el ataque con un cuchillo que era lo único que tenía en la mano; no puede jamás considerarse como ilegítima su actuación, sino legalmente permitida y razonable al medio empleado, pues la racionalidad no significa equiparación, sino que quien es agredido puede defenderse legalmente con cualquier medio que tenga a su alcance (Sala Tercera Penal, 1-F, 1982).

* * *

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA SOBRE MALTRATO INFANTIL

DRA. ILEANA HERRERA G.*

SUMARIO

	Pág.
Generalidades	88
Historia	88
Definiciones	89
¿Quién comete el maltrato?	89
Tendencia del problema	90
Modelos explicatorios de la etiología	90
Factores de riesgo	90
Indicadores de maltrato infantil y negligencia	92
Secuelas	93
Aspectos legales	94
Prevención e intervención	95
Bibliografía	96

* Jefa del Centro de Salud de San Rafael de Oreamuno, Ministerio de Salud.

GENERALIDADES

El maltrato infantil es un problema de extensión mundial, que puede diferir en las formas que toma de una cultura a otra, pero siempre tiene implicaciones médicas, sociales, legales y éticas. (64)

Ha habido un creciente interés en este problema tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, siendo estimulado este interés, por el aumento en el número de casos reportados y por el mayor entendimiento del público y los profesionales de las diferentes formas que el maltrato infantil toma en aspectos sociales y económicos. (64)

Sin embargo, sigue existiendo un desconocimiento del problema en relación con su mortalidad, probabilidad de secuelas y también en relación con la conducta aconsejable entre los profesionales de salud y demás profesionales involucrados en el problema frente a estos casos. (2)

Aunque se ha discutido que cada padre es un "abusador potencial de su niño", experiencias clínicas sugieren que adultos responsables por el cuidado de los niños rara vez cruzan el umbral hacia la violencia. La mayoría de los padres aunque han experimentado exasperación por la conducta de sus

niños, esta exasperación usualmente para antes de la real violencia. (59)

Muchos estudios han revelado que el alto nivel de violencia contra los niños existe en todos los grupos socioeconómicos, raciales, religiosos y étnicos. Sin embargo, la mayoría de las estimaciones están basadas en los casos que son reportados y por lo tanto se excluyen niños que no fueron tratados por un médico, que no fueron identificados como maltratados o que no fueron reportados. (41; 66)

La amplia gama de factores sociales, psicológicos, económicos y médicos que están envueltos en el maltrato infantil y la negligencia, requieren que los trabajadores sociales, médicos, enfermeras, abogados, y muchos otros profesionales trabajen de forma unida, si se quiere romper el ciclo de este problema. (40)

El concepto de equipo multidisciplinario es un método útil y efectivo en el diagnóstico, tratamiento y prevención del maltrato infantil. Desafortunadamente, aunque el método ha recibido aprobación unánime de los profesionales, este método ha sido subutilizado en los casos de maltrato infantil y prácticamente ignorado en los casos de negligencia. (40)

HISTORIA

El maltrato infantil ha existido desde los amanezcos de la historia. Sacrificios religiosos y abandono de los niños son referidos frecuentemente en la mitología griega y romana, así como en la Biblia. (59)

En el siglo II d.C., un médico griego escribió sobre el infanticidio. Éste siguió siendo practicado comúnmente hasta la Edad Media, cuando gradualmente se inició un control social y religioso. Sin embargo, algunos niños continúan siendo víctimas de éste, a pesar de que es considerado en la actualidad como delito. (4; 36; 43)

El abandono ha sido una forma común de maltrato infantil, y sigue siendo un serio problema social. Generalmente éste es observado en las familias pobres, en los niños de padres divorciados, y cuando se niega la paternidad y custodia de los niños. (43)

En diversos libros de los siglos XVII, XVIII y XIX, se describen casos de niños que presentaban golpes que hacían pensar en maltrato o negligencia de los padres para cuidar a sus hijos. Ya en estas épocas, se inician una serie de legislaciones que empiezan a reconocer el principio del derecho de que las autoridades intervengan en los casos de maltrato y negligencia infantil. (31; 36; 59)

En la primera mitad del siglo XX, hubo un aumento de la literatura que trataba sobre signos físicos, como el hematoma subdural y múltiples fracturas, que hacían pensar en que la etiología de estas era realizada intencionalmente o por falta de cuidado sobre el niño. A partir de aquí, descripciones de traumatismos esqueléticos continuaron apareciendo. En los años 50, se llamó la atención a sospechar en ciertos casos, el maltrato voluntario de los padres. (5; 31; 36; 59)

En 1962, Henry Kempe, escribe su histórico y emocional artículo "The Battered-child Syndrome" (Síndrome del niño golpeado). Esta fue la primera vez que se utilizó este nombre y en el que se habla de que el maltrato infantil puede resultar de la existencia y combinación de una serie de características y patrones. Estas fueron: Potencial paterno de maltrato; Un niño en riesgo; Una crisis. (25; 36)

A partir de esto, el conocimiento de la existencia del maltrato y negligencia infantil ha ido extendiéndose más y más, y se empiezan a realizar una serie de acciones que buscan la protección del niño.

DEFINICIONES

El término que por primera vez se empleó para referirse al maltrato de los menores, fue el de "Síndrome del niño golpeado" (Henry Kempe), que se caracterizó en condiciones clínicas de niños pequeños que habían recibido serios daños físicos, generalmente por sus padres o padres adoptivos. Este término permaneció en boga hasta que las limitaciones propias del significado lo permitieron, al describirse formas no físicas de abuso, y se hizo imperativo el cambio. (4; 59)

Es difícil arribar a un consenso concerniente a la definición, esto, porque el problema se conceptualiza de forma diferente de un lugar a otro y frecuentemente depende de aspectos políticos, sociales, culturales y económicos del lugar. (64)

En la Conferencia del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas y la Organización Mundial de la Salud, de diciembre de 1985 en Suiza, se utilizó el término genérico "*abuso infantil*" refiriéndose a cualquier acto u omisión intencional o no intencional por un adulto, sociedad o país, el cual tiene efectos adversos en la salud, crecimiento físico o desarrollo psicosocial del niño. (64)

A veces el término "*abuso infantil*", ha sido enfocado para referirse únicamente a los actos de los padres que constituyen mal uso o explotación de sus derechos de padres y guardianes en relación con el control y disciplina de los niños bajo sus cuidados. También, poniendo como principal característica la agresión física. Muchas otras definiciones también hacen distinción entre abuso físico y negligencia. (22; 64)

El término "*abuso sexual*", es definido como el compromiso de niños dependientes y adolescentes,

en actividades sexuales que ellos no comprenden totalmente y en las cuales, no son capaces de defenderse a sí mismos. (1; 34)

El concepto de "*negligencia infantil*", usualmente se refiere al fallo de los padres o guardianes de llevar a cabo sus obligaciones, las cuales son básicas para el bienestar del niño, tales como, supervisión, protección, y la provisión de comida, ropa, cuidado médico y educación. (64) Otros hacen la aclaración de que se considera negligencia, el fallo de proveer de los cuidados mínimos si se cuenta con recursos materiales para hacerlo. (62)

El término "*explotación del niño*", se refiere a una forma de abuso del niño, en la cual el que lo comete obtiene beneficios económicos, y generalmente obligan al niño a obtener un empleo en trabajos o ambientes que pueden dañar su desarrollo físico, psicosocial y moral. (64)

En el Acta Federal de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil en los Estados Unidos de América, se ha definido a este problema como: Abuso Infantil: daño físico o mental, abuso sexual, cuidado deficiente o maltrato de un niño menor de 18 años, por la persona que es responsable del bienestar del niño, bajo circunstancias que indican que la salud del niño o su bienestar está amenazado o dañado, de acuerdo con las regulaciones prescritas. (5)

El término "*maltrato infantil*", es utilizado para referirse no solamente a las conductas paternas sino también a acciones u omisiones de otros individuos, grupos, organizaciones, instituciones o sociedades, que ponen en peligro el desarrollo físico, social, mental o moral del niño. (64)

¿QUIÉN COMETE EL MALTRATO?

Se ha considerado frecuentemente, que el que comete el maltrato o el abuso sexual infantil, es aquel que permite que este ocurra. Esto frecuentemente dificulta el distinguir entre el adulto que cometió el maltrato o abuso y aquel que lo permitió o estimuló a que otro lo realizara. (20)

Se ha observado en la mayoría de los estudios sobre maltrato, abuso sexual y negligencia, que los

padres, padrastros y otros familiares adultos son los responsables en cerca de un 80% de los casos. Los padres biológicos son los que más frecuentemente están involucrados. (15; 66)

También se ha observado que en la mayoría de los casos el niño conoce a la persona que le causó el maltrato, en caso de que este no sea cometido por algún familiar. (15)

TENDENCIA DEL PROBLEMA

Ha sido muy difícil el poder determinar la verdadera magnitud del maltrato infantil. El mayor problema en tratar de determinar la extensión real, ha sido el que se dependa del número de reportes de maltrato infantil realizados, ya que, existen muchos casos que no son reportados o que, por falta de una definición clara de lo que se considera maltrato infantil, pasan sin ser reconocidos como tales. (19; 59; 64)

Sin embargo, aun sin conocer la incidencia real del problema, se ha visto que en los últimos años, el

reporte de casos ha sido mayor. En Estados Unidos de América, se reportaron 606.600 en 1978, 707.400 en 1979, 785.000 en 1980, 846.200 en 1981, 924.100 en 1982. Este incremento representa el aumento de 2,7 reportes por 1.000 habitantes en 1978 a 4,0 por 1.000 habitantes en 1982. (30)

A pesar de que las estadísticas pueden estar subestimando el problema, desafortunadamente, en términos de morbilidad y mortalidad, estas sugieren fuertemente que el maltrato infantil es un problema de gran inquietud para la sociedad. (2; 59)

MODELOS EXPLICATORIOS DE LA ETIOLOGÍA

Un gran número de modelos han sido propuestos para ayudar a la explicación de la etiología del maltrato infantil. Cada modelo cuenta con literatura abundante para soportar su posición, y permiten determinar las vías en las cuales el problema puede ser controlado y prevenido. (60; 64)

Modelo Psicopatológico: Este modelo se basa en que los individuos que maltratan a los niños, exhiben características psicológicas específicas, tales como inmadurez, agresividad, impulsividad, frustración, entre otras. (50; 59; 60; 61; 64)

Modelo Interaccional: En este se considera que un evento de maltrato es una consecuencia de una interacción de secuencias, que envuelven al niño, a los padres y a los miembros de la familia. En este modelo se reconoce que el rol del niño en el evento del maltrato es tan significativo como el rol del padre. Además de las interacciones e interrelaciones entre el que maltrata y el maltratado, se debe abarcar a los miembros de la familia y como al interactuar entre sí, el rol de cada uno afecta el rol de los otros. (16; 50; 53; 61; 64)

Modelo Sociológico: Este modelo mantiene que la sociedad juega un papel muy importante en la

determinación de si un padre o familiar puede maltratar a un niño. El impacto de los factores sociales es lo más importante en este modelo. Estos factores sociales pueden ser, entre otros, la pobreza, el hacinamiento, el que los niños son vistos como propiedad del adulto y el que se tolere el uso de la fuerza y la violencia como herramientas de educación. (50; 59; 60; 61; 64)

Modelo Ecológico: Este modelo incorpora a los modelos psicopatológico, interaccional y sociológico. Esencialmente este mantiene que todos los modelos son correctos, pero que éstos deben interaccionar uno con otro. Factores asociados al niño, características de los padres o familiares y factores sociales de estrés, son fuerzas que pueden desencadenar el maltrato infantil. (50; 64)

Modelo Analítico: Este modelo toma las multivariantes del modelo ecológico del maltrato infantil y lo sitúa en el amplio panorama sociopolítico. Este ayuda a entender las formas de maltrato infantil de la sociedad. Entre estas están considerados, el subdesarrollo, la desigualdad, el racismo, la ignorancia, entre otros. (64)

FACTORES DE RIESGO

Muchos estudios han demostrado que es posible identificar familias en riesgo de producir maltrato o negligencia a sus niños.

Teorías recientes del maltrato infantil, incluyen factores perinatales y trayectoria hospitalaria neonatal, como fuentes que pueden precipitar o intensificar el potencial de abuso. En varios estudios se han

identificado como factores adversos, anormalidades médicas y factores sociales del embarazo, labor, parto y postparto, que están más frecuentemente presentes en las familias en las que hay casos reportados de maltrato. (4; 8; 10; 42; 60)

Se ha encontrado relación entre embarazo no deseado y maltrato infantil, especialmente en ado-

lescentes. Sin embargo, el que el niño sea deseado no es suficiente para prevenir el maltrato infantil. (23; 37; 52)

Una causa poderosa de maltrato, es el que se considere, desde un punto de vista sentimental y distorsionado, que los niños siempre son limpios, tiernos y quietos. Esto crea en los padres expectativas poco realistas de sus niños. (42; 52)

Ciertas características del niño se han considerado muy importantes como factores de riesgo entre otros: niños pequeños, malformaciones congénitas, niños con enfermedades crónicas, niños que son vistos como diferentes por sus padres. (3; 4; 10; 12; 15; 25; 37; 46; 53; 55; 56; 58; 59; 66)

Otra causa que se ha considerado de gran importancia en el maltrato infantil es la pobreza, con sus acompañantes altamente estresantes de desempleo, pobre educación, vecindarios que representan peligro (drogadicción, crimen); problemas de vivienda, transporte, recreación y servicios de salud inadecuados. (10; 12; 23; 27; 29; 35; 37; 39; 50; 55; 56; 58; 59; 60; 63; 66)

El que sea aceptado socialmente el castigo corporal y que se utilice este como una herramienta de educación en los niños, es un factor importante en el maltrato infantil. También aquellos niños cuyas madres son golpeadas, tienen mayor probabilidad de ser maltratados que los niños de madres no golpeadas. (10; 23; 29; 37; 46; 50; 59; 60; 66)

Mayor probabilidad de maltrato se encuentra en aquellas familias donde hay desintegración y solo la presencia de uno de los padres. (4; 10; 12; 23; 35; 39; 53; 54; 59; 60; 66)

Se han encontrado así mismo, características en los padres o encargados del niño que son consideradas como factores de riesgo, entre ellas: padres muy jóvenes (adolescentes); embarazo prematrimonial; enfermedades crónicas o psicopatológicas; padres con historia de maltrato en su infancia; poca educación y expectación inapropiada de los niños. También el aislamiento y falta de soporte social. (10; 12; 23; 29; 37; 46; 50; 53; 58; 59; 60; 63; 65; 66)

Factores de riesgo del niño:

- Niños pequeños (menor de tres años)
- Niño considerado diferente (irritable, hiperactivo)
- Niño que presenta demandas especiales
- Con características físicas patológicas
- Con defectos congénitos

- Con desviaciones del desarrollo (retraso mental)
- Niños con patologías
- Niños con bajo peso al nacer
- Prematuridad
- Neonatos hospitalizados (poco contacto con padres)
- Niños no deseados

Factores de riesgo de la familia:

- Padres muy jóvenes
- Madre soltera (más si es adolescente)
- Embarazo prematrimonial
- Padres con historia de maltrato en su infancia
- Con enfermedades crónicas
- Con problemas de estructura del carácter
- Con enfermedades psicopatológicas
- Violencia física entre los padres
- Poca preparación para la paternidad
- Desconocimiento del desarrollo normal del niño
- Expectaciones inapropiadas de los niños
- Poca autoestima
- Pérdida de un ser querido (muerte, divorcio)
- Falta de soporte social. Malas relaciones con parientes y amigos
- Aislamiento
- Alcoholismo. Drogadicción

Factores de riesgo ambientales:

- Pobreza
- Desempleo. Subempleo
- Mala condición de la vivienda
- Hacinamiento
- Aceptación de la violencia hacia los niños
- Utilización de la violencia como herramienta de educación
- Bajos niveles educativos

La presencia de uno o más de estos factores, no son indicativos *per se* de alto riesgo. La valoración en conjunto y en su interacción entre unos y otros, es lo más importante para poder determinar si existe riesgo y el grado o extensión de éste.

INDICADORES DE MALTRATO INFANTIL Y NEGLIGENCIA

Es muy importante que las personas que están en continuo contacto con los niños, reconozcan los indicadores tanto físicos como de conducta que son sugestivos de maltrato infantil y que si están presentes, deben aumentar el índice de sospecha acerca de maltrato. (39; 45; 66)

Cuando se esté obteniendo la historia de un niño que presenta diversos traumatismos, alteraciones en su crecimiento y/o desarrollo, o que presenta conductas no esperadas, debe tenerse presente la pregunta ¿Podría ser esto maltrato infantil? Hay ciertos datos que deben alertar a considerar este diagnóstico:

- Cuando hay historia de retraso en la búsqueda de atención médica;
- Cuando hay contradicciones en el relato de los acontecimientos;
- Cuando en el examen físico son encontradas otras lesiones que no fueron relatadas en la historia;
- Cuando las lesiones están en diferentes etapas de curación o cicatrización. (29; 39; 48; 66)

En los casos en que se sospeche maltrato infantil, la historia clínica debe ser tomada meticulosamente y el examen físico debe ser completo y minucioso, detallando todas las lesiones que encuentre en forma muy clara. (23; 29; 48; 66)

Debe tratar de obtenerse, si esto es posible, la versión del niño de lo acontecido. El niño puede hacer comentarios que indiquen la posibilidad de maltrato ya sea físico, sexual o emocional, y que ayudan para obtener más datos. Como el niño puede tener problemas de comunicación por su edad, por miedo y otras, es muy importante que la persona que está hablando con él, se mantenga tranquilo, gentil y trate de obtener más datos al respecto. (33; 44; 66)

Se considera que el espectro del abuso sexual es: abuso sexual verbal; exhibicionismo; observación inapropiada del niño; besos inapropiados; caricias inapropiadas; masturbación, penetración del pene en la boca (felación); relación orogenital (cunilingus); penetración del pene en el recto (sodomía); penetración de la vagina y recto por objetos o dedos; relación sexual; explotación sexual comercial. (9; 14; 19; 23; 49)

Indicadores físicos:

- Lesiones en piel: (23; 39; 45; 48; 59; 66)
- Laceraciones
- Contusiones
- Abrasiones
- Quemaduras
- Zonas de alopecia

Lesiones en ojos: (23; 29; 48; 59; 66)

- Hemorragia retinal
- Equimosis periorbital

Lesiones cerebrales: (23; 29; 48; 59; 65; 66)

- Contusiones cerebrales
- Hemorragia subaracnoidea
- Hemorragia cerebral
- Hematoma subdural

Lesiones óseas: (23; 29; 35; 48; 59; 65)

- Fractura de huesos craneales
- Fractura de huesos faciales
- Fractura de costillas
- Hemorragia subperiosteal en epífisis y metáfisis
- Separación epifisial
- Múltiples fracturas
- Fracturas en diferentes grados de consolidación

Lesiones viscerales: (29; 35; 48; 59; 65; 66)

Indicadores físicos de abuso sexual: (18; 28; 49; 56; 59; 65; 66)

- Dificultad para sentarse o caminar
- Hiperpigmentación o engrosamiento de la piel de los labios
- Diámetro horizontal de la abertura vaginal que exceda 4 centímetros en prepúberes
- Infecciones recurrentes del tracto urinario
- Enfermedades de transmisión sexual
- Vulvovaginitis
- Laceraciones vaginales o anales
- Embarazo

Indicadores de conducta: maltrato y abuso sexual: (23; 34; 39; 65; 66)

- Conductas radicales: agresividad, pasividad
- Negativismo
- Conducta regresiva. (enuresis, encopresis)
- Conducta destructiva

- Aislamiento
- Hiperactividad
- Niño contesta con monosílabos
- Niño se observa infeliz
- Busca atención y afecto indiscriminadamente
- Muestra conducta abusiva hacia otros
- Muestra grados extremos de ansiedad (exagerada o escasa) con la separación de sus padres
- Retraso en el desarrollo
- Disturbios del sueño. Pesadillas
- Pobres relaciones e inhabilidad para hacer amigos
- Juegos sexuales persistentes o inapropiados a su edad
- Insinuaciones de actividad sexual. Entendimiento sexual inapropiado para su edad
- Deterioro súbito de su actuación escolar
- No participa en actividades escolares
- Conducta seductiva
- Huida del hogar
- Intentos de suicidio
- Prostitución

Indicadores físicos de negligencia: (23; 29; 35; 65; 66)

- Patrones de crecimiento deficientes
- Desnutrición
- Fatiga
- Mala higiene
- Ropa inadecuada para el clima o las circunstancias

- Desarrollo motor y de lenguaje deficientes
- Dolores psicósomáticos
- Uso y abuso de drogas o alcohol
- Desatención médica y dental. Ausencia de inmunizaciones o medicaciones, falta de cuidado médico en enfermedades crónicas. Ausencia de prótesis, anteojos, aparatos de oídos, etc.

Indicadores de conducta en negligencia: (23; 29; 35; 65; 66)

- Pobre interacción social
- Conductas repetitivas
- Amenaza o tentativa de suicidio
- Trastornos del sueño
- Ausencia frecuente a la escuela
- Pide o roba comida o ropa
- Asume responsabilidades de adulto

Estos indicadores deben hacer pensar al médico en la posibilidad de maltrato, abuso sexual o negligencia infantil, pero la presencia de alguno de estos NO lo confirma. Estos deben valorarse en conjunto con otros factores y características que participan en este problema. (34; 45)

Ante la muerte repentina o no esperada de un niño, se debe tener presente como diagnóstico diferencial, la muerte por maltrato. Esta sospecha debe hacer que se realice autopsia por parte de un médico forense, y que se tomen todas las medidas pertinentes para su diagnóstico. (9; 13)

SECUELAS

El maltrato infantil incluyendo negligencia y abuso sexual, tiene consecuencias permanentes en el desarrollo y crecimiento del niño. (2; 16; 35; 41)

Estos niños muestran patrones anormales de conducta. El niño maltratado tiende a ser más difícil y más abiertamente agresivo, mientras que el niño que ha sido descuidado tiende a ser más pasivo y débil ante situaciones de estrés. Ambos grupos muestran retraso en el desarrollo, pero los niños que han sido descuidados muestran un grado mayor de retraso. Esto porque, negligencia implica estimulación insuficiente, mientras que maltrato, estimulación inadecuada. (11; 16; 34; 51; 57)

Las consecuencias del maltrato al menor, redundan también en un déficit en el crecimiento, déficit en las funciones intelectuales en general y especialmente en el lenguaje. Retraso mental. Bajo ren-

dimiento escolar es frecuente. (2; 11; 34; 35; 48; 51; 57)

Las consecuencias también se pueden encontrar en el aspecto emocional de los niños. El niño se vuelve angustiado y sumiso, siente amenazada su seguridad, muestra preocupación excesiva; expresa temor reiteradamente. Tiene deteriorada la habilidad para el placer, muestra poca autoestima, compulsividad y conductas precoces. (2; 4; 14; 34). Como consecuencia inmediata del abuso sexual, se puede encontrar vulvovaginitis, enfermedades de transmisión sexual, embarazo. (18; 28; 59; 65; 66)

La existencia de estos síntomas psicológicos y de conducta persisten mucho tiempo después de que el maltrato ha cesado. Se puede observar tiempo después, depresión, poca autoestima, intentos de suicidio, mal ajuste sexual en el matrimonio, abuso

de drogas y alcohol, aislamiento, promiscuidad y delincuencia. (7; 14; 34)

Muchos de los casos de maltrato y negligencia infantil y de abuso sexual, son descubiertos en la edad adulta por psiquiatras, cuando se presentan

con problemas de interrelación personal, dificultades sexuales y depresión.

Una consecuencia drástica que es producida por las lesiones físicas severas, es la muerte. (3; 9; 13; 29; 48; 51; 65)

ASPECTOS LEGALES

La meta del sistema judicial es la de proteger los derechos de los ciudadanos, la de proveer de un juicio justo y de castigar al culpable si así se considera necesario. (6)

En el contexto del maltrato infantil, en muchos países se han establecido normas, estatutos y leyes para intervenir en la identificación, prevención, protección, tratamiento y cura del niño maltratado, así como leyes que mandan el reporte obligatorio de casos sospechosos de maltrato y negligencia. (17)

En Estados Unidos de América se han establecido leyes en todos los Estados y en el Distrito de Columbia, que mandan el reporte por parte de los médicos, de todos los casos sospechosos de maltrato y negligencia infantil. También se han pasado leyes que obligan a los individuos que por su empleo están en contacto regular con los niños, a que reporten de inmediato los casos sospechosos de maltrato y negligencia infantil (ej., enfermeras, optometristas, trabajadores sociales, maestros). Así mismo, se ha establecido que, cualquier persona o institución que "de buena fe" reporte casos sospechosos de maltrato y negligencia, es inmune de responsabilidad civil o criminal como resultado de esta acción. Se han establecido penas para aquellas personas que no llenen el reporte requerido; éstas varían de un Estado a otro y van desde multa de no más de \$100 ó 6 meses de prisión, o ambas, a multa de no más de \$1.000 ó 6 meses de prisión, o ambas. (17)

Debido a estas leyes el número de reportes de casos de maltrato infantil y negligencia ha aumentado, pero ha traído una consecuencia no deseada que es, que los individuos que están involucrados en el maltrato busquen menos la asistencia profesional, buscando ésta sólo en casos de gran necesidad. (43)

En 1974, se estableció por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América, The National Center on Child Abuse and Neglect (Centro Nacional sobre Abuso Infantil y Negligencia), para proveer de un mecanismo que permitiera aumentar el conocimiento acerca de las causas del maltrato infantil y negligencia y para identificar los pasos que pueden ser tomados para prevenir y tratar éstos. (66)

A pesar de estas leyes, no existe un marco teórico ni clínico que ayude a los trabajadores de protección al niño, para aplicar las normas legales establecidas, y al faltar los criterios concretos, las decisiones son tomadas muchas veces con base en emociones, agotamiento o valores personales acerca de la crianza de los niños. (21)

En los juicios por maltrato y negligencia infantil, el testimonio del niño como víctima, es frecuentemente la evidencia más importante en éstos, especialmente cuando no hay o hay limitada evidencia física corroborando el maltrato. El testificar en la Corte puede ser pesado, humillante y traumático para el niño. Aunque el sistema judicial no ha estado preparado para tratar a los niños como testigos, se han llevado a cabo una serie de innovaciones que buscan minimizar el trauma y mejorar la cantidad y calidad del testimonio que el niño puede dar. Entre estas innovaciones están el grabar en *videotape* el testimonio del niño antes del juicio; utilizar un sistema cerrado de televisión de dos vías durante el juicio de manera que el niño no esté presente en el mismo lugar que el acusado por el maltrato; permitiendo que un psiquiatra valore y evite las preguntas sensitivas destinadas a los niños. (6)

Con los avances en el campo del conocimiento prenatal y el mejor entendimiento de los factores ambientales e intrauterinos que afectan el bienestar del niño, aspectos éticos y legales de los derechos del feto están empezando a tomar forma. El reconocimiento de estos derechos, puede crear a la mujer embarazada, la obligación legal de conducirse dentro de ciertos caminos que protejan la salud de su niño no nacido y a ser responsable legal de las consecuencias del maltrato de su hijo. Sin embargo este es un tema aún muy controversial. (32)

En Canadá, existe un requerimiento legal que indica que toda persona en el cumplimiento de sus funciones profesionales que tenga sospecha razonable de un caso de maltrato o negligencia, debe reportarlo obligatoriamente a la Sociedad de Ayuda a los Niños. Existe pena de multa no mayor de \$1.000 para aquella persona que no cumpla con el reporte. (23)

De acuerdo con la Ley Social Danesa, cada ciudadano danés está en la obligación de reportar los casos de maltrato y negligencia infantil a las autoridades sociales si el niño está vivo, y a la policía, si el niño es encontrado muerto, si murió en circunstancias sospechosas, o si muere repentina o inesperadamente. El sistema judicial demanda evidencias como en cualquier otro juicio. El caso es evaluado basándose en el material que se haya recolectado por la policía en su investigación, y puede ser suplementado por la evidencia médica o forense. Debido a esto, quien cometió el maltrato o negligencia infantil frecuentemente no es acusado por requerirse evidencias y confesiones que no se pueden aportar y que hace difícil el probar que hubo maltrato o negligencia. (24)

Las leyes de protección al niño en Nueva Zelanda le dan amplios poderes a los trabajadores socia-

les de los departamentos de bienestar social, a la policía y a las cortes para investigar y tratar casos de maltrato infantil. Sin embargo, es inadecuado para proteger y detectar a los niños en riesgo. El reporte no es obligatorio, pero se está trabajando en una nueva legislación que introduce el reporte obligatorio. (3)

En Chile, en el artículo 494 del Código Penal se establece "el médico cirujano tiene la obligación de denunciar el daño o lesiones sospechosas de la acción de terceros, observados en sus pacientes en cualquier circunstancia, tanto en la práctica privada como en el desempeño de su labor en instituciones asistenciales". Mediante esta disposición, el personal médico cuenta con un mecanismo que le permite actuar sobre un amplio rango de situaciones, incluyendo el maltrato infantil. (2)

PREVENCIÓN E INTERVENCIÓN

La sociedad y los padres deben aceptar la responsabilidad de que sus hijos tienen el derecho de crecer y desarrollarse normalmente.

El maltrato y negligencia infantil son problemas de difícil solución puesto que esta situación extiende tentáculos en todos los aspectos del desarrollo de la sociedad y de los pueblos. (4)

El control del problema no se debe basar solamente en la instauración de medidas punitivas para los agresores, sino que debe cimentarse, principalmente, en la adopción de una estrategia preventiva que impida la aparición de casos o limite en forma importante su incidencia. (2)

La prevención del maltrato y negligencia infantil, puede ser dirigida en tres niveles y tres esferas separadas: Terciaria, Secundaria, Primaria, ellas correspondiendo al individuo, al grupo y a la sociedad respectivamente. (48)

Prevención terciaria: Está dirigida a prevenir futuros maltratos en víctimas de maltrato reconocido. Una vez identificada la familia y el niño, se inicia el reporte establecido, evaluación y tratamiento. Después de esto, la prevención de sucesivos maltratos debe ser el tema central del grupo de trabajo. Opciones disponibles para la inmediata protección, incluyen: hospitalización, remover al niño del hogar, ya sea en forma temporal o permanente, siendo esta la opción legal más drástica. Otros tratamientos designados para interrumpir el ciclo de maltrato y prevenir maltratos sucesivos, incluyen: terapia individual para el niño y los padres; guarderías diurnas, modi-

ficación de conductas; educación acerca del desarrollo del niño; terapia familiar y el establecimiento de sistemas de servicio social de soporte entre la comunidad. Cada uno tiene sus grados variables de éxito, pero lo más efectivo es un abordaje multidisciplinario especialmente si se realiza en terreno de una completa valoración de las fuerzas operantes que producen el maltrato infantil. (48)

La mayoría de las veces, durante la investigación del reporte del maltrato, no se dan servicios de atención a las familias en crisis, siendo este un momento donde generalmente las familias están más dispuestas a aceptar servicios y/o hacer los cambios necesarios y que son posibles. También se ha observado que los trabajadores no envuelven apropiadamente a la familia en la resolución de sus problemas. (38)

El tratamiento es frecuentemente igualado con trabajo de casos, psicoterapia y cuidados médicos, más que con el amplio rango de servicios que estas familias requieren. Por otra parte, la gran mayoría de los pacientes tratados son los padres y no los niños maltratados. Al hacer una valoración de la efectividad de este tipo de tratamiento, se observa que hay una alta incidencia de recidivas. (52)

Se ha visto también la necesidad de proveer a los trabajadores de las herramientas y técnicas apropiadas para realizar en forma apropiada su labor. Sin criterios o guías consistentes, puede no llevarse a cabo una adecuada valoración del maltrato y riesgo de recidiva o de las debilidades o fuerzas de la

familia. Al estar presionados a resolver el problema y proteger al niño en un corto período de tiempo y sin el soporte adecuado, los trabajadores pueden estar ambivalentes en su toma de decisiones. (38)

Así mismo, el personal que trabaja en la atención de casos, debe recibir entrenamiento en diferentes aspectos como: dinámica familiar, sexualidad humana, psicodinámica del niño maltratado, alcoholismo y drogadicción y deben ser adiestrados en el manejo de clientes agresivos. (47)

Prevención secundaria: Tiene la meta de detener el maltrato y la negligencia infantil antes de que estos ocurran o al mismo tiempo de un evento, pero antes de que un maltrato serio haya ocurrido. El foco de ésta es la población en alto riesgo y no un específico niño o familia. Hay ciertos factores que se observan con gran frecuencia en estudios de familias con historia de maltrato, que permiten predecir con bastante certeza el potencial de abuso. Grupos identificados como de alto riesgo por estas características epidemiológicas, pueden beneficiarse de programas educativos, guarderías diurnas, orientación de empleos, suplementación presupuestaria y discusión realista acerca de las expectativas de ellos mismos y sus familias. Sus metas son más sociales y educacionales. (48)

Los programas educacionales deben ser dirigidos a la población en riesgo a diferentes niveles. Deben crearse programas de estimulación temprana para acrecentar las habilidades del niño; debe enseñarse a los niños a expresar sus necesidades y sentimientos y también enseñarles que el maltrato no es una forma normal de vida y estimularlos a tomar parte activa en el reporte por sí mismos de problemas familiares y personales. (10; 44; 61)

También deben crearse métodos para incrementar las habilidades adaptativas de los padres, lo

cual los prepararía para las demandas de los diferentes roles que deben desarrollar. Se debe dar mayor información a los padres con respecto al desarrollo y crecimiento normal del niño. Debe estimularse la participación de ambos padres en los cursos prenatales y de paternidad responsable. En la consulta prenatal se debe discutir con la pareja sus sentimientos hacia el niño, sus expectativas, los roles, sus áreas de problemas y de fuerzas. Debe estimularse a que el padre asista al parto y facilitar el alojamiento conjunto para facilitar el vínculo entre los padres y el niño y aprovechar estos momentos para dar el mayor soporte, estímulo y enseñanza posible. (23; 61; 66)

Deben crearse guarderías que estén al alcance de todas las familias y servicios de salud de fácil accesibilidad. (61)

Prevención primaria: Conciene a la sociedad entera en su rol en la prevención del maltrato infantil. A este nivel se toma como método de prevención la promoción de la salud y el bienestar. Se enfoca la promoción de la unidad familiar y la búsqueda de cohesividad, armonía y gratificación. (48)

Se ha iniciado la prevención terciaria intentando prevenir la reincidencia del maltrato. Se debe realizar la prevención secundaria detectando en período prenatal, perinatal y neonatal a las familias con alto potencial de maltrato para evitar que este se empiece a expresar. La prevención primaria ha recibido muy poca atención porque envuelve transformaciones altamente controversiales en cuanto a prácticas sociales e ideológicas. Mientras que la prevención terciaria y secundaria disminuyen las cifras de maltrato infantil, solo la prevención primaria —eliminación de las raíces causantes— puede liderar la erradicación del maltrato infantil. (55)

BIBLIOGRAFÍA

1. ADLER, Robert, *Sexual Abuse of Children*, The Medical Journal of Australia, 1985, 142:623.
2. ALARCÓN, Julia; PESSOA, Sylvia, *La contribución del trabajador social al profesional médico, frente al riesgo de maltrato de menores*. Revista de Trabajo Social, sept.-dic. 1983, 41:27-30.
3. ANDERSON, Rosalie; AMBROSINO, Robert; VALENTINE, Deborah; LANDERDALE, Michael, *Child deaths attributed to abuse and neglect: An empirical study*. Children and Youth Services Review, 1983, 5:75-89.
4. BAEZA-HERRERA, C.; HOQUE, S.; JAMES, S.; FRANCO-VÁZQUEZ, R., *Síndrome del niño maltratado. Espectro de un problema*. Boletín Médico Hospital Infantil, México, julio, 1986, 43(7):425-433.
5. BALL, Turner, *The pediatric radiologist looks at child abuse*. Journal of MAG, 1985, 74: 232-234.
6. BAUM, Elizabeth; GRODIN, Michael; ALPERT, Michael; GLANTZ, Leonard, *Child sexual abuse, criminal Justice, and the pediatrician*. Pediatrics, 1987, 79(0):437-439.

7. BENEDICT, Mary; WHITE, Roger; CORNELLY, Donald, *Maternal Perinatal risk factors and child abuse*. Child Abuse and Neglect, 1985; 9: 217-224.
8. BEEZLEY, Patricia, *Annotation. Sexual abuse of children*. Journal Child Psychol Psychiat, 1980, 21:91-95.
9. BLYTHE, Margaret; ORR, Donald, *Childhood Sexual Abuse: Guidelines for evaluation*. Indiana Medicine, 1985.
10. BROOME, M.E.; DANIELS, D., *Child abuse: a multidimensional phenomenon*. Holist. Nurs. Pract., 1987, 1(2): 15-24.
11. BUCHANAN, Ann; OLIVER, J.E., *Abuse and Neglect as a cause of mental retardation*. British Journal Psychiatry, 1977, 131:458-467.
12. CAPLAN, Paula; WATTERS, Jessie; WHITE, Georgina; PARRY, Ruth; BATES, Robert, *Toronto Multiagency child abuse research project: the abused and the abuser*. Child Abuse and Neglect, 1984, 9:343-351.
13. CHRISTOFEEL, Katherine; ZIERSEL, Eduard; CHIARAMONTE, Janet, *Should child abuse and neglect be considered when a child dies unexpectedly?* American Journal of Diseases of Children, 1985, 876-880.
14. COHEN, Linda, *Sexual abuse of children. A review*, SAMJ, may, 1985, 67:730-732.
15. COPELAND, Arthur, *Homicide in childhood*. The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, 1985, 6(1):21-24.
16. CRITTENDEN, Patricia, *Maltreated Infants: Vulnerability and Resilience*. Journal Child Psychol. Psychiat, 1983, 26(1):85-96.
17. DOBBS, Diane, *Legal Responsibilities and liabilities when treating child abuse*. Pediatric Emergency Care, 1986, 2(1):40-44.
18. FINKEL, K.C., *Sexual abuse of children. An update*, CMAJ, feb., 1987, 136:245-252.
19. FINKELHOR, David, *How widespread is child sexual abuse?* Children Today, july-august, 1984, 18-20.
20. FINKELHOR, David; HOTALING, Gerald, *Sexual abuse in the National incidence study of child abuse and neglect: an appaisal*. Child Abuse and Neglect, 1984, 8:23-33.
21. FOSTER, Catherine, *Decision-Making Factors in cases of child Neglect*. Child Welfare, 1985, 62(4):99-111.
22. GELLES, Richard; CORNELL, Claire, *International Perspectives on Child Abuse*. Child Abuse and Neglect, 1983, 7:375-386.
23. GHENT, William; DA SYLVA, Norman; FARRREN, Margo E., *Family violence: guideline for recognition and management*. Can. Med. Assoc. J., 1985, 132:541.
24. GREGERSEN, M.; VESTERBY, A., *The value of Forensic examination in child abuse and Neglect*. Med. Sci. Law, 1983, 23(2):106-108.
25. HANKERSON, Henry, *Children in crisis in the United States: child abuse and neglect, a continuing problem*. Journal of Negro Education, 1979, XLVIII (3):396-407.
26. HAWKINS, Wesley; DUNCA, David, *Perpetrator and family characteristics related to child abuse and neglect: comparison of substantiated and unsubstantiated reports*. Psychological reports, 1985, 56:407-410.
27. HENSEY, O.J.; WILLIAMS, J.K.; ROSENBLOOM, L., *Intervention in child abuse: experience in Liverpool*. Dev. Med. Child Neurol, oct., 1983, 25(5):606-611.
28. HUNTER, Rosemary; KILSTROM, Nancy; LODA, Frank, *Sexually abused children: Identifying masked presentations in a medical setting*. Child Abuse and Neglect, 1985, 7:17-25.
29. KANDA, Mireille; THOMAS, Joyce; LLOYD, David, *The role of forensic evidence in child abuse and neglect*. The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, 1985, 6(1):7-15.
30. KIM, Dong Soo, *How physicians respond to child maltreatment cases*. Health and social work, 1986, 95-106.
31. KNIGHT, Bernard, *The history of child abuse*. Forensic Science International, 1986, 30: 135-141.
32. LANDWIRTH, Julius, *Fetal abuse and neglect. An emerging controversy*. Pediatrics, 1987, 79(4):508-514.
33. LANE, Elissa, *Interviewing the sexually abused child*. MCN, 1985, 10(2):103-105.
34. LITTLE, Maureen, *Taking actions against child sexual abuse*. The Canadian Nurse, feb., 1985, 31-33.
35. LOREDO-ABDALA, A.; REYNES-MANZUR, J.; MARTÍNEZ, C.; CARVAJAL-RODRÍGUEZ, L.; VIDALES-BAYONA, C.; VILLASEÑOR-ZEPE-

- DA, J., *El maltrato al menor. Una realidad creciente en México*. Boletín Médico Hospital Infantil, México, julio, 1986, 43(7):425-433.
36. LYNCH, Margaret, *Child abuse before Kempe: an historical literature review*. Child Abuse and Neglect, 1985, 9:7-15.
37. MATTHEWS, Peter, *Neglect and violence toward children*. Canadian Journal of Family Law, 1980, 3:369-376.
38. MEDDIN, Barbara. HANSEN, Ingrid, *The services provided during a child abuse and/or neglect case, investigation and the barriers that exist to service provision*. Child Abuse and Neglect, 1985, 9:175-182.
39. MEDDIN, Barbara; ROSEN, Anita, *Child Abuse and Neglect. Prevention and reporting*. Young children, may, 1986, 26-30.
40. MOUZAKITIS, C.M.; GOLDSTEIN, S., *A multidisciplinary approach to treating child neglect*. The Journal of Contemporary Social Work, 1985, 66(4):218-224.
41. MULLINS, June, *The relationship between child abuse and handicapping conditions*. Journal of School Health, april, 1986, 56(4):134-136.
42. MURPHY, Solbritt; ORKOW, Bonnie; RAY, Nicola, *Prenatal prediction of child abuse and neglect: a prospective study*. Child Abuse and Neglect, 1985, 9:225-235.
43. MYERS, John, *The legal response to child abuse: in the best interest of children?* Journal of Family Law, 1985-86, 24(2):149-169.
44. NEY, P.G.; JOHNSTON, J.D.; HERRON, J.L., *Social and Legal Ramifications of a child crisis line*. Child Abuse and Neglect, 1985, 9:47-55.
45. NORMAN, Margaret; NEWMAN, Donald; SMIALEK, John; HOREMBALA, Edward, *The post-mortem examination on the abused child*. Perspectives un Pediatric Pathology, 1984, 8(4):313-343.
46. OATES, K.; FORREST, D.; PEACOCK, A., *Mothers of abused children*. Clinical Pediatrics, jan., 1985, 9-13.
47. PIERCE, Robert, *Analysis of sexual abuse hotline reports*. Child Abuse and Neglect, 1985, 9:37-45.
48. REECE, Robert; GRODIN, Michael, *Recognition of non-accidental injury*. Pediatrics Clinics of North America, 1985, 32(1):41-60.
49. RICKARBY, Geoffrey, *Patterns of sexual abuse of children*. The Medical Journal of Australia, 1985, 142:636-637.
50. ROSCOE, Bruce; CALLAHAN, John; PETERSON, Karen, *Who is responsible? Adolescents acceptance of theoretical child abuse models*. Adolescence, 1985, XX (7):189-197.
51. ROSENBLOOM, L.; HENSEY, O.J., *Outcome for children subject to non-accidental injury*. Archives of disease in childhood, 1985, 60(3):191-192.
52. RUBIN, Gertrude, *Child abuse reconsidered the urgency of authentic prevention*. Journal of Clinical Child Psychology, 1983, 12(3):312-319.
53. SACHDEV, Paul, *Child abuse: a bidirectional phenomenon*. Medicine and Law, 1984, 3: 363-376.
54. SACK, William; MASON, Robert; HIGGINS, James, *The single parent family and abusive child punishment*. American Orthopsychiatric Association, 1985, 55(1):59-69.
55. SHERROD, Kathryn; O'CONNOR, Susan; VIETZE, Peter; ALTEMEIER, William, *Child Health and Maltreatment*. Child Development, 1984, 55:1171-1183.
56. SHORKEY, Clayton; ARMENDÁRIZ, Juan, *Personal worth self esteem, anomia, hostility and irrational thinking of abusing mothers; a multivariate approach*. Journal of Clinical Psychology, may, 1985, 41(3):414-421.
57. SKUSE, D.H., *Non organic failure to thrive: a reappraisal*. Archives of Diseases in childhood, 1985, 60(2):173-178.
58. SMITH, Selwyn; HANSON, Ruth; NOBLE, Sheila, *Social aspects of the battered baby Syndrome*. British Journal of Psychiatry, 1974, 125:568-582.
59. SMITH, Selwyn; KUNJKRISHNAN, Reghuvanan, *Child abuse perspectives on treatment and research*. Psychiatric clinics of North America, dec., 1985, 8 (4):665-683.
60. WEBSTER-STRATTON, Carolyn, *Comparison of abusive and non-abusive families with conduct disordered children*. American Orthopsychiatric Association, 1985, 55(1): 59-69.
61. WOLFE, David, *Child abusive parents. An empirical review and analysis*. Psychological Bulletin, 1985, 97(3): 462-482.

62. WOLOCK, Isabel; HOROWITZ, Bernard. *Child maltreatment as a social problem: the neglect of neglect*. *American Journal Orthopsychiatric*, 1984, 54(4):530-543.
63. WOOD, Marcela, *Child abuse and neglect*. *Journal of MAG*, 1985, 74:224-225.
64. *Battered Children and Child Abuse*. Highlights and Recommendations of the CIOMS/WHO Conference, Berne, Switzerland, december, 1985.
65. *Child Abuse and Neglect*. *Special Wisconsin Medical Journal*, jan., 1985, 84:11-14.
66. *Council on Scientific Affairs. AMA, Diagnostic and Treatment Guidelines Concerning Child Abuse and Neglect*, *JAMA*, 1985, 254(6): 796-803.
