Sección I: Estudios.

# ADOPCION INTERNA E INTERNACIONAL

*Dr. Ubaldino Calvento Solari**

## 1. INTRODUCCION.

Hace poco tiempo un autor costarricense, Gerardo Trejos, en una excelente obra sobre "Nuevo régimen legal de la adopción", expresaba que la adopción "no es una materia exclusivamente jurídica, sino que es una materia saturada de profundas motivaciones éticas y sociales".

La adopción aparece en los últimos tiempos como una institución que ha experimentado sustanciales modificaciones, lo cual no hace más que poner de manifiesto en este terreno como en otros, el movimiento innovador que se viene operando en la doctrina y legislación del Derecho de Familia.

Nacida y desarrollada originariamente la adopción por otros móviles, estuvo a punto de sucumbir (1) y hoy emerge reforzada y casi unánimemente aceptada por todas las legislaciones. Innovada en sus condiciones, naturaleza, efectos y particularmente en sus motivaciones, se presenta hoy como una noción nueva. De esta forma la adopción representa una respuesta a las necesidades no satisfechas por el orden natural de los acontecimientos dotando de padres, de ambiente familiar, a la infancia huérfana o abandonada.

La práctica de la adopción pone en evidencia problemas delicados a resolver, los cuales interesan a los servicios públicos, a las instituciones privadas responsables de niños sin familia o sin sostén familiar normal, a los jueces, administradores, pediatras, psiquiatras, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc., lo cual pone de manifiesto como la cuestión rebasa el campo estrictamente legal, exigiendo un enfoque multidisciplinario bien coordinado.

De esta forma, quizás ningún otro tema como este evidencie las estrechas relaciones existentes entre el sector de las disciplinas jurídicas que se refieren a los institutos de protección y asistencia del menor, y los aportes provenientes de otros campos del conocimiento, como la psicología, psiquiatría, pedagogía, sociología; conexiones donde los estudios sobre la personalidad psicológica, moral y social del individuo determinan la dimensión y alcance de las soluciones legales en un momento determinado.

Uno de los acontecimientos más importantes ocurrido en los últimos años en el campo de la psicopatología es la demostración de que la naturaleza de los cuidados dispensados por los padres al niño en su infancia tienen una especial incidencia y significación en el futuro de su salud mental. Los estudios y experiencias efectuados revelan la existencia de una correlación entre la inadaptación social y los antecedentes del hogar. La relación materno-filial, la privación de la misma, el ambiente

* Jefe de Estudios Jurídicos y Sociales, Instituto Interamericano del Niño OEA.

(1) Puesto de manifiesto en el hecho sintomático de que, proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello y Dalmacio Velez Sarsfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los Códigos Civiles de Chile y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción.

familiar, los inconvenientes de la asistencia en instituciones, etc., son todos problemas que enmarcan esta cuestión.

Hacemos mención a esta circunstancia porque, particularmente con relación a la adopción, es indispensable que el legislador moldee los institutos jurídicos que se encaminan hacia esos objetivos sobre las bases de los datos que ofrece el medio social, sobre las conclusiones a que arriban las ciencias que estudian al hombre y las enseñanzas que proporciona la experiencia.

Fuera de la familia natural, que obviamente es el mejor medio para el desarrollo del individuo, la legislación comparada ofrece una serie de soluciones encaminadas a dotar de una familia artificial a aquel que se encuentra privado de ella. Estas soluciones, entre otras, son: la colocación familiar, la adopción simple, la guarda, adopción plenaria, legitimación adoptiva, la afiliación, etc.

Aún cuando la adopción es teóricamente la solución ideal para un niño que no tiene familia, es verdad también que esa solución no debe ser sistemáticamente buscada, a riesgo de fracasar. A veces, por circunstancias inherentes al niño o a los futuros padres adoptantes (no todos los niños y familias son aptos para la adopción), se hace necesario considerar otras soluciones. De esta forma no deben desdeñarse otros modos de integración del niño a un hogar estable, como son la colocación familiar, la guarda u otros que regulan las legislaciones.

## II. ADOPCION SIMPLE, ADOPCION PLENARIA Y LEGITIMACION ADOPTIVA.

### 1. Concepto.

Por no ofrecer interés excluimos de nuestra consideración la parte referente a la adopción de mayores. Tampoco nos vamos a referir detalladamente a los perfiles de ambas instituciones por ser de todos conocidos.

En cuanto al móvil que las anima, creemos que la adopción simple, la adopción plenaria y la legitimación adoptiva no difieren sustancialmente. Se trata de instituciones paralelas de protección y asistencia social destinadas a proporcionar un ambiente de hogar a niños que no lo tienen. Algunos entienden que sólo deben referirse al ámbito de la minoridad, y tan es así que existen algunos países que sólo la admiten en favor de los menores de edad.

La fundamentación del instituto de la adopción ha variado a través del tiempo; de razones religiosas a que obedecía en la antigua Roma, actualmente descansa en motivos de orden social, concibiéndose en beneficio del niño y para cumplir una vasta función de asistencia social.

La legitimación adoptiva nació para remediar los inconvenientes de la adopción clásica, como eran el mantenimiento del lazo entre el adoptado y su familia natural y la limitación de efectos entre el adoptante y el adoptado. El principal efecto es desligar completamente al adoptado de su familia de origen para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes.

Modernamente, numerosos países latinoamericanos —siguiendo en esto ejemplos europeos— vienen incorporando en sus legislaciones la dualidad de formas adoptivas, estableciendo que la adopción puede ser plena o simple. Esta dualidad, bajo otras terminologías (adopción y legitimación adoptiva), era conocida por países como Francia, Uruguay, Chile y Brasil. Es sobre todo a partir de 1970 que diversos países de Latinoamérica revisan o introducen sustanciales mejoras en la legislación relativa a la adopción y consagran la dualidad de formas adoptivas: Argentina, por Decreto-Ley, No. 19134 del año 1971; Venezuela, por ley de 20 de junio de 1972; Bolivia, por Código de la Familia de 23 de agosto de 1972; Costa Rica, por Código de la Familia de 21 de diciembre de 1973; Colombia, Ley No. 5 de 10 de enero de 1975; Brasil, Código de Menores de 10 de octubre de 1979.

Aún cuando las legislaciones siguen conservando la dualidad de las formas adoptivas —como resabio o compromiso con el pasado— la forma más utilizada es la de la legitimación adoptiva o adopción plena, debido a que esta responde mejor a los deseos de los adoptantes, quienes prefieren integrar al hijo adoptivo a su familia.

La adopción de menores en las diversas modalidades reguladas por las legislaciones ha sido definida como un instituto de asistencia social destinado a la protección del niño abandonado, privado de ambiente familiar. La doctrina la define como *"la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación"*(2). Las legislaciones en general no contienen definiciones al respecto; sin embargo el moderno Código Civil de Guatemala la define como el *"acto jurídico de asistencia social por el*

(2) BELLUSCIO: *Manual de Derecho de Familia.* Depalma, Buenos Aires, 1974. Tomo II, pág. 223.

*que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona".* De acuerdo a las legislaciones de Uruguay, Bolivia, Chile y Brasil, la legitimación adoptiva y la adopción plena operan en favor de menores abandonados, huérfanos de padre y madre, hijos de padres desconocidos, pupilos del Estado, es decir todas situaciones de menores desamparados.

## 2. Problemática del abandono. Determinación del mismo.

La filosofía de la adopción y su aspecto finalístico hacen hoy concebir a esta institución como una solución al problema de la niñez abandonada, tratando de dotar de una familia al niño que no la tiene.

En párrafos anteriores destacamos la importancia de la relación materno-filial y la necesidad de que la misma se cumpla normalmente. Para que la institución de la adopción opere satisfactoriamente y se eviten situaciones irreversibles, debe procurarse que la relación psicológica entre padres e hijos tenga lugar rápidamente, lo cual se logra en buena medida mediante la integración del niño al nuevo hogar lo más tempranamente posible. En el Seminario sobre Adopción, organizado por el Centre International de l'Enfance en 1969, se recomendó que la incorporación del niño al nuevo hogar no debía realizarse más allá de los dieciocho meses.

Lo expuesto se encuentra estrechamente relacionado con la problemática del abandono y la determinación del mismo. La constatación del abandono del niño configura una garantía en el proceso de adopción y constituye una etapa previa muy importante donde es necesario conciliar garantía con celeridad.

En la práctica surgen una serie de inconvenientes para determinar y definir todo lo relativo al abandono del niño. No puede procederse a la formalización de la adopción si no es mediante la constatación del abandono previo.

Actualmente el abandono expreso e irreversible es cada vez más raro. Lo que se constata en la mayoría de los casos es un abandono progresivo, un desinterés mal definido, que muchas veces deja al niño durante mucho tiempo en una situación jurídica incierta, impidiéndose de esta forma tomar medidas eficaces a tiempo.

Este panorama en algunas legislaciones se ve agravado debido a que, además de requerirse plazos demasiado extensos para configurarse el abandono, el criterio utilizado para determinar el mismo es el relativo a pérdida de la patria potestad o autoridad parental, criterio que en algunas situaciones, particularmente cuando se trata de niños dependientes de instituciones estatales, puede resultar muy exigente.

El abandono del niño se configura cuando existe incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial por parte de los padres, tutores o guardadores. Es común el caso de niños que son entregados a organismos estatales por sus padres y luego olvidados por éstos, rara vez son visitados o sólo lo hacen esporádicamente y muchas veces con la finalidad de interrumpir el plazo legal de abandono. Indudablemente y sin violentar el concepto de abandono, estamos frente a niños que han sido abandonados por sus padres y respecto de los cuales urge adoptar decisiones que contemplen principalmente el interés del niño.

Las legislaciones más recientes definen al instituto de la patria potestad o autoridad parental como "conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos menores" (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala). Modernamente la sustitución de la idea de los "derechos poderes" por la de los "derechos funciones" reconoce que los derechos y privilegios en esta materia sólo se otorgan en cuanto sirven para facilitar el ejercicio de las cargas y responsabilidades familiares.

El interés manifestado esporádicamente o la simple petición de noticias o la carta aislada, en los casos de niños que son entregados al cuidado de establecimientos públicos, cuando la situación se prolonga en el tiempo, afecta el contenido sustancial de la patria potestad y debe ser también motivo de pérdida de la misma.

En la legislación francesa problemas análogos relacionados con el abandono de niños y al cuidado de obras de protección a la infancia motivaron la reforma del art. 350 del Código Civil francés por la Ley No. 6-500 de 11 de julio de 1966 sobre adopción, estableciendo que *"los niños recogidos por un particular, una obra privada o por la Ayuda Social a la Infancia, cuyos padres se hayan desinteresado manifiestamente, desde más de un año, pueden ser declarados abandonados por el Tribunal de Mayor Instancia"*, aclarando que *"el pedido de noticias no es una demostración de interés suficiente para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de abandono"*.

En la Legislación de Argentina se establece que puede procederse a la adopción sin necesidad

de citar a los padres *"cuando se hubiese confiado el menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores público o privado por no poder proveer a su crianza y educación y se hubiera desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo familiar durante el plazo de un año"* (Ley 19.134). Por otra parte la Ley de Legitimación Adoptiva No. 16.346 de Chile, considera abandonados *"los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres durante los plazos mínimos de dos y cuatro años, respectivamente, señalados en el artículo 2"*. Más recientemente en el Uruguay la Ley 15.210 de 9 de noviembre de 1981 estableció normas tendientes a favorecer la integración del menor a un núcleo familiar adecuado, arbitrándose medios para que esta integración sea en primer lugar a su propia familia y, de no ser posible, a una familia sustituta.

La integración a un grupo familiar del niño abandonado o en trance de ser abandonado es la filosofía que inspira a la nueva ley; asimismo sus disposiciones tratan de garantizar el derecho de los padres biológicos del niño que ha sido confiado a la protección del Estado.

Esta ley afronta muchos de estos problemas, redefiniendo el abandono y arbitrando medidas para que la situación de los niños abandonados, principalmente de los confiados al cuidado de organismos oficiales, se dilucide rápidamente.

La Ley 15.210 mencionada viene a completar el panorama de la Ley 10.674 sobre Legitimación Adoptiva, facilitando la misma y agilitando su procedimiento. Las principales características del nuevo ordenamiento pueden resumirse en las siguientes: 1) adopción de un criterio más elástico para apreciar la situación de abandono; 2) reducción de los plazos para que se configure el abandono del niño; 3) constatación en vía administrativa de los hechos constitutivos del abandono; 4) declaración de abandono y de la pérdida de la patria potestad por decisión del organismo jurisdiccional de menores; 5) posibilidad del otorgamiento de la guarda del menor a una familia sustituta, sin pérdida de la patria potestad por parte de los padres biológicos.

## III. DERECHO COMPARADO.

La adopción ha evolucionado a través del tiempo, llegando a cambiar sustancialmente en los últimos años su estructura y finalidades originarias. Recibida en la mayoría de los Códigos Civiles de América con la misma fisonomía con que fue concebida dentro de la legislación francesa y española, mantuvo su carácter contractual y predominantemente privado durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX.

Los primeros códigos civiles no pensaron que la adopción fuera una institución creada en interés del niño. Concebida como un contrato entre los adoptantes y el adoptado —supuestamente mayor— su objetivo radicaba en continuar una familia sin hijos.

La moderna orientación del Derecho de Menores y del Derecho de Familia consideran la adopción como una institución de protección al menor, animada con la finalidad de dotar de una familia al niño que no la tiene.

Si bien en general las legislaciones destacan su carácter proteccional y social y que deberá atender al interés del menor, se constatan por lo menos dos sistemas legales que organizan la adopción de menores sobre bases sustancialmente diferentes.

Un grupo de países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) la regula en general siguiendo los lineamientos de la adopción clásica, respondiendo a las siguientes características: 1) predominio de la naturaleza contractual, aún cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación total del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistente los vínculos con su familia natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción.

Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) junto a la adopción clásica, organizan bajo denominaciones diferentes un tipo de adopción destinada a cumplir en forma más cabal los objetivos actuales de la institución, cual es proteger a la infancia abandonada, mediante su incorporación definitiva a una familia estable. Bajo los nombres de "legitimación adoptiva" (Chile y Uruguay), "adopción plena" (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Venezuela), "adopción privilegiada" (República Dominicana), o "arrogación de hijos" (Bolivia), estas legislaciones organizan una forma de adopción que establece un símil con la filiación y reservándola solamente en favor de niños abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, es decir, situaciones de menores desamparados.

Sus características principales son: 1) naturaleza institucional del vínculo, formándose el mis-

mo a través de un procedimiento judicial; 2) incorporación definitiva del menor a la nueva familia, asimilándose al hijo nacido de matrimonio; 3) no revocabilidad del vínculo de adopción.

Este último sistema consulta los verdaderos objetivos de la institución y es la orientación de la más moderna legislación. La adopción bajo cualquiera de las modalidades conocidas, debería destinarse solamente a menores de corta edad, solución que viene siendo acogida por algunos países (Bolivia, Brasil y República Dominicana).

Respecto de la Legitimación Adoptiva –que se mantiene todavía en algunos países americanos como Chile y Uruguay– debe destacarse que en su momento sufrió una evolución contradictoria. Mientras en América se encontraba en auge, en Europa entraba en crisis. Francia, que fue la inspiradora del Instituto al organizarla por primera vez en su Código de la Familia de 1939, volvió sobre sus pasos reorganizando la institución por una ley de 1966 y por la cual eliminó la denominación de Legitimación Adoptiva, sustituyéndola por la Adopción Plena. Algo parecido está aconteciendo actualmente en el panorama de la legislación americana.

## IV. ADOPCIONES INTERNACIONALES O ENTRE PAISES.

### 1. Generalidades.

Como expresáramos al principio la institución de la adopción de niños no ha escapado a las transformaciones que se han venido operando en el derecho de familia. Sin embargo, a los naturales cambios que ésta experimenta a nivel interno, se agregan hoy problemas especiales que la misma presenta por el auge creciente de las adopciones internacionales, lo cual es motivo de preocupación de los gobiernos, de los organismos internacionales e instituciones privadas.

No se puede hablar de la situación actual y de las tendencias que se perfilan en el campo de la adopción internacional sin hacer referencia a algunas reuniones convocadas por las Naciones Unidas, como el Seminario Europeo sobre Adopción entre Países, que tuvo lugar en Leysin (Suiza) en 1960 y, más recientemente, las conclusiones del Grupo de Expertos reunido en diciembre de 1978 en Ginebra.

En el seminario de Leysin, expertos en un gran número de países elaboraron una serie de principios que han ejercido influencia en la evolución de los procedimientos sobre adopción vigentes hasta ahora. Luego de considerar a la adopción como el método más adecuado para que un niño privado de su familia natural encuentre una vida de familia, recomienda que dentro de lo posible *"la elección de los adoptantes recaiga en una pareja del país del niño"*.

Más recientemente, la reunión de Ginebra, a la luz de una mayor experiencia en el campo de las adopciones internacionales, elaboró un proyecto de Declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional.

La adopción internacional o "adopción entre países" se configura cuando los adoptantes y los niños no tienen la misma nacionalidad y en la cual el domicilio habitual de los adoptantes y el del niño se encuentran en países diferentes.

Desde finales de la segunda guerra mundial, la emigración de niños con vistas a la adopción se ha hecho general de Europa a los Estados Unidos y de un país europeo a otro. En su momento para muchos niños esto representó una solución excelente para sus problemas.

Actualmente países desarrollados, altamente industrializados y de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones importantes. A menudo en estos países los mecanismos de integración a un hogar sustituto se encuentran poco desarrollados y la adopción internacional puede presentarse como una solución.

Indudablemente que la solución de la adopción del niño en el extranjero debe encararse como una solución de alternativa. La solución ideal para el niño es permanecer en el seno de su familia biológica, cuando la misma está en condiciones de dispensarle seguridad afectiva y condiciones de vida razonables. Si el niño es obligado a dejar su familia biológica, es necesario ante todo agotar las posibilidades para que sea adoptado en su país de origen. En defecto de esta posibilidad la adopción internacional puede presentarse como una solución.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño, si bien no establece claramente el derecho del niño a tener una familia –que para nosotros constituye un derecho fundamental– enfatiza en el Principio 6 que el niño debe crecer y desarrollar-

se bajo la responsabilidad de sus padres y siempre en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El Estado y la comunidad tienen la obligación de arbitrar las medidas necesarias para que el niño privado de familia disfrute de un ambiente familiar a través de un hogar sustituto, y en la imposibilidad de cumplir con esta responsabilidad, no es aventurado afirmar que esta obligación, en última instancia puede ser satisfecha por la comunidad internacional.

La adopción entre países hoy en día no sólo presenta dificultades en el orden normativo, en muchos casos los problemas que se suscitan son de tipo sociocultural, quizás estos últimos más importantes que los primeros.

### 2. Derecho Internacional Privado.

La realidad muestra que en los últimos años ha habido un perfeccionamiento acentuado de la legislación sobre adopción en su faz interna. La legislación se ha acomodado a la nueva filosofía que inspira esta institución: dotar de una familia al niño que carece de ella, garantizando una total integración del niño a su nuevo hogar. Las leyes sobre adopción de los diversos países se han modificado adaptándolas a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia.

No sucede lo mismo en el ámbito internacional. La adopción entre países constituye una nueva fenomenología que prácticamente ha desbordado el marco legal existente, siendo cada día mayor las lagunas y colisiones.

Cuando la adopción se cumple a nivel internacional da origen a una relación jurídica extranacional. Señala Alfonsín que la relación jurídica es nacional cuando todos sus elementos son nacionales, afectan únicamente a una sola sociedad y carecen de elementos foráneos. Es extranacional cuando, debido a la interpretación social, una relación jurídica no tiene todos sus elementos nacionales y afecta a más de una sociedad nacional (3).

Una adopción internacional pone muchas veces en colisión leyes de diversos países, ya que los padres naturales, el niño y los adoptantes se encuentran sometidos a estatutos jurídicos diversos. Una adopción legalmente pronunciada de acuerdo a la legislación de un país y que otorga determinado estado civil al niño, puede no tener la misma eficacia en su país de origen, donde quizás detente un estado civil distinto. Algunos acuerdos y convenciones internacionales han tratado de solucionar estos conflictos de leyes.

Desde el punto de vista jurídico, las garantías deseables son las siguientes: 1) Determinar las autoridades competentes, la ley que deben aplicar y fijar el procedimiento; 2) asegurar el reconocimiento de la adopción en los países interesados; 3) Impedir que se concedan autorizaciones de adopción sin las necesarias precauciones.

En Europa y América Latina han habido intentos de solucionar estos conflictos de leyes y, particularmente en Europa, por ser más recientes estos esfuerzos, cobra mayor interés su conocimiento.

### A. EUROPA.

Los acuerdos internacionales en la materia han seguido dos vías:

**A. 1. Sistema de la Convención de La Haya.** La Convención intenta eliminar el conflicto de leyes, indicando la ley aplicable cuando personas de distintas nacionalidades intervienen en un proceso de adopción y se hallan domiciliadas en países diferentes. Del punto de vista jurídico trata de llegar a un compromiso entre los Estados firmantes, especialmente en lo que se relaciona con la legislación aplicable en la adopción, bajo dos principios diferentes: el principio de la nacionalidad y principio del domicilio. El sistema de la nacionalidad prevalece en muchos Estados de Europa continental, mientras que el del domicilio rige en los países anglosajones, en países latinoamericanos, en algunos Estados escandinavos y en Suiza. La Convención para expresar el concepto de "domicilio", usa el término "residencia habitual".

**Autoridad competente.** Son competentes para pronunciarse en una adopción las autoridades del país de residencia habitual del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, inc. a) o las autoridades del país de la nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, inc. b). La Convención no es aplicable cuando los adoptantes no tienen la misma nacionalidad ni su residencia habitual en el mismo Estado contratante (art. 2, inc. a).

La Convención obliga a la autoridad que es competente para pronunciar la adopción a hacerlo solamente cuando sea conforme al interés del niño (art. 6).

---

(3) ALFONSIN, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955.

**Ley aplicable.** En cuanto a la ley aplicable la Convención se inclina en principio por la ley interna del país a que pertenecen las autoridades encargadas de pronunciar la adopción (art. 4, ap.1). Sin embargo, se hace aquí una concesión al principio de la nacionalidad. Las autoridades de la residencia habitual de los adoptantes deberán, de acuerdo a los arts. 4, ap. 2 y el 13, respetar además de sus leyes, algunas disposiciones de la ley nacional del adoptante o de los esposos adoptantes cuando el Estado de que son nacionales, en el momento de la firma o ratificación de la Convención hayan hecho alguna declaración especificando prohibiciones para la adopción que estén ya señaladas por su ley interna.

**Reconocimiento de las adopciones.** De acuerdo a la Convención las adopciones pronunciadas por una autoridad competente y que caigan en el campo de aplicación de la misma, deben ser reconocidas de pleno derecho por todos los Estados contratantes (art. 8). Este reconocimiento significa que en todos los Estados ligados por la Convención, al niño se le considera sin reservas como hijo adoptivo del o de los adoptantes.

**A. 2. Sistema de la Convención Europea sobre Adopción de Niños.** Instrumento elaborado por el Consejo de Europa en 1967 y cuyo objetivo es armonizar las legislaciones nacionales en materia de adopción de sus países miembros con los principios mínimos contenidos en la Convención. Los firmantes de la Convención se obligan a revisar su legislación para ajustarla a las reglas elaboradas conjuntamente.

Se destacan como principios mínimos y esenciales en esta Convención, los siguientes: a) aplicable solo a menores que en el momento de solicitarse la adopción no hayan cumplido 18 años, sean solteros y no se reputen mayores; b) consentimiento de los padres o de la entidad responsable del menor; c) consentimiento de la madre sólo se considera válido después de seis semanas del parto; d) permisión de adopción solo a personas unidas en matrimonio o por una persona sucesivamente; e) permisión en algunos casos de adopciones sucesivas; f) la edad del adoptante no debe ser inferior a 21 años ni sobrepasar los 35 años; g) la adopción sólo se pronunciará cuando ofrezca interés al niño y previa información sobre los adoptantes, el niño y su familia; h) la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado no será inferior a la que separa ordinariamente a los padres de los hijos; i) asimilación del adoptado al hijo legítimo en cuanto a derechos y obligaciones; j) adquisición del apellido del adoptante por parte del adoptado; k) adquisición de la nacionalidad del adoptante por el adoptado; ejem. la presencia de hijos no es obstáculo para adoptar.

## B. AMERICA LATINA.

**1. Tratados de Montevideo de 1940 y Código Bustamante.** El Derecho Internacional Privado de carácter convencional en América Latina está representado por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y por el Código Bustamante de 1928.

La regulación en la materia de adopción, si bien puede prestar cierta utilidad, alcanza a las adopciones que eventualmente puedan practicarse entre personas pertenecientes a los países partes de estas convenciones, países latinoamericanos. Sin embargo, como hemos visto, la práctica actual de las adopciones que interesan y son motivo de preocupación, se orientan en otro sentido: adoptantes provenientes de países europeos que se interesan en incorporar niños de países latinoamericanos o de países del tercer mundo. Estas adopciones, que conforman la mayor parte de las que tienen lugar en Latinoamérica, no caen bajo las previsiones de las convenciones citadas.

El Tratado de Derecho Civil de 1940 —vigente entre tres países— dedica a la cuestión apenas dos artículos: disponiendo que la adopción, en cuanto atañe a la capacidad de las personas, condiciones, limitaciones y efectos, se rige por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes; las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida (arts. 23 y 24).

El Código Bustamante, como es sabido, puso de manifiesto la rivalidad existente entre los países partidarios del sistema de la nacionalidad y del sistema del domicilio, propiciando una fórmula de transición a través de su artículo 7 *"Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior"*, lo que lejos de solucionar un conflicto de leyes dejaba a cada Estado en libertad para aplicar la ley que quisiera.

El Código establece que la capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados (art. 73).

**2. Normas unilaterales del Derecho Internacional Privado.** En la búsqueda de soluciones por otras vías cabe emitir reglas de derecho internacional privado en las propias leyes nacionales sobre adopción, caso de la ley de Argentina. De acuerdo con esta ley: "La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero" (art. 32 de Ley 19.134). Desde luego que pueden crearse conflictos por las diferencias entre las normas de la ley del adoptado y de la ley del adoptante.

**3. Dificultades específicas.** La unificación jurídica, en su sentido técnico actual, se ha definido como el resultado del esfuerzo conjunto de ciertos grupos de estados que tienden a realizar una uniformidad de reglamentación en materias determinadas, a impulso de necesidades prácticas y con vistas a facilitar el desarrollo de las relaciones internacionales. Sin embargo, no todas las materias se prestan igualmente a la unificación. Hay ciertas ramas del derecho privado, como el derecho de las obligaciones o el mercantil, en las que la unificación de ciertas materias es más factible. Con el Derecho de Familia no ocurre lo mismo y existen algunas dificultades específicas que se oponen o demoran su integración.

El Derecho de Familia, por sus características especiales (como son el fondo ético de sus instituciones y primacía de lo personal sobre lo patrimonial), se apoya más que otras disciplinas jurídicas en consideraciones morales e ideológicas. Las tradiciones, las costumbres, el sistema de valores imperante en un país, son factores que influyen en la regulación positiva de su derecho de familia.

Hacemos mención a esta circunstancia porque la adopción como institución del derecho de familia puede encontrar dificultades de este género en el terreno de su unificación supranacional.

**4. Esfuerzos internacionales.** Tanto en la órbita de Naciones Unidas, como de la Organización de los Estados Americanos se han efectuado estudios sobre el tema de la adopción entre países y promovido reuniones de expertos tendientes a lograr una actualización del derecho internacional imperante en la materia que consulte más adecuadamente las características actuales de esta problemática.

En este sentido constituye un documento valioso el Proyecto de Declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colaboración en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, preparado por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas reunido en Ginebra en diciembre de 1978.

La OEA no ha quedado ajena a los esfuerzos internacionales que se vienen desplegando en pro de la sanción de nuevas normas supranacionales que tienden a la reorganización y unificación del derecho internacional público y del derecho internacional privado en América Latina. Basta recordar los estudios y la labor legislativa que a nivel continental vienen impulsando el Comité Jurídico Interamericano y la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Es de resaltar en esta tarea de unificación y creación de un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional los esfuerzos realizados por la OEA a través de sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, celebradas en Panamá y Montevideo, cuyas convenciones vienen siendo ratificadas por los países americanos, incluido Uruguay.

Por último, y con relación al tema de la adopción, la Asamblea General de la OEA en sus reuniones de 1980 y 1981, resolvió respectivamente, que se incluya en el temario de la próxima Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP III) el tema de la adopción de menores —único tema de derecho de familia que abordará—, apoyando también el programa del Instituto Interamericano del Niño de convocar a una reunión para tratar el tema y cuyos resultados podrán servir de base para las deliberaciones de la CIDIP III.

* * *

# LA TEMPORALIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA Y LA PERPETUIDAD DE LA EXCEPCION

**Dr. Diego Baudrit Carrillo**
**Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica.**

## SUMARIO

Introducción . . . . . 20

I. La prescriptibilidad de la acción . . . . . 20
A. La situación jurídica y la situación de hecho . . . . . 20
B. La transformación de la situación de hecho . . . . . 21

II. La imprescriptibilidad de la excepción . . . . . 23
A. El acto nulo se ejecuta . . . . . 23
B. El acto nulo no se ejecuta . . . . . 23

A manera de conclusión . . . . . 24

## INTRODUCCION.

El artículo 837 del Código Civil, al disponer que la nulidad absoluta "no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria", ha sido severamente criticado por la doctrina.

D. Alberto BRENES CORDOBA considera que esa disposición resulta de una "inconsecuencia inexplicable" (1), ya que "si en presencia de la ley el acto no existe, no es posible que se convalide por el transcurso del tiempo" (2). El Prof. Víctor PEREZ, a su vez, informa que "la doctrina, mayoritariamente, califica de 'imprescriptible' a la acción de nulidad" (3), al comentar el tema de la nulidad absoluta, en lo que coincide con las apreciaciones antes citadas.

Existe aparentemente, una contradicción entre lo que señala la doctrina sobre la perpetuidad de la acción de nulidad absoluta (es imprescriptible) y lo que parece disponer nuestra ley (es temporal). Tal problema se traslada también al tema de la excepción de nulidad absoluta, que tiene en ese aspecto la misma naturaleza jurídica que la acción (4).

La "inconsecuencia lógica" señalada por D. Alberto BRENES podría no ser tal, si se considera el problema desde un ángulo diferente al suyo. Creemos que en nuestro derecho civil se presenta un sistema coherente (5), y por consiguiente alejado de la inconsecuencia, que admite una naturaleza jurídica distinta de la acción de nulidad absoluta (que se tiene como temporal) y de la excepción (que se considera perpetua).

## I. LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION.

En Derecho romano la acción de nulidad absoluta se consideró siempre como perpetua (6): "el contrato nulo, por ser considerado como si no existiese, no puede ser objeto de confirmación ni de prescripción sanatoria" (7).

La autoridad de esa doctrina no puede ser contestada. Sin embargo, debe hacerse una distinción necesaria para analizar la situación que resulta de un contrato o de un acto nulos. En efecto, si de la situación jurídica nacida del acto nulo nada puede resultar (es jurídicamente inexistente), de la situación de hecho puede llegar a constituirse alguna consecuencia de derecho.

### A. La situación jurídica y la situación de hecho.

La nulidad absoluta, en principio, no tiene necesidad de ser declarada (8). La razón es sencilla, los efectos perseguidos por el acto o contrato que tiene tal vicio no se producen. "La situación preexistente no es modificada" (9).

De tal manera, en el plano netamente jurídico no se puede constatar transformación alguna. El negocio o acto nulo no altera en nada ninguna situación jurídica que existiera al momento de realizarse. Tampoco crea una situación jurídica nueva.

El acto nulo no es un acto jurídico. El derecho no lo toma en consideración. Es impropio, pues, hablar de un derecho a la nulidad, o a la declaratoria de nulidad, puesto que el acto nulo no puede dar pie a situación jurídica alguna (10).

Sin embargo, aunque no genere derecho de clase alguna, al producirse el acto nulo puede presentarse una situación de hecho: el acto o contrato

---

(1) *"Tratado de las obligaciones y contratos"*, No. 480.

(2) Ibídem.

(3) *"Patología negocial: invalidez e ineficacia del negocio jurídico"*, Rev. Jud. No. 8, jun. 1978, p. 99 ss. (la cita es de la p. 123).

(4) GULLON BALLESTEROS (A.), *"Curso de derecho civil. El negocio jurídico"*. Ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 198 (cita la regla *"quod ab initium est non potest tractu tempore convalescere"*).

(5) No exento, por tanto, de críticas, como las que se hacen en derecho civil francés por MARTY (G.) y RAYNAUD (P.), *"Droit civil. T. 1. Introduction générale à l'etude du droit"*, 2a. ed. Sirey, París, 1972, No. 158; igualmente por MAZEAUD (H., J. y L.) y CHABAS (Fr.), *"Leçons de droit civil. T. 2, vol. 1. Les obligations"*, 6a. ed. Ed. Montchrestien, París, 1978, No. 316.

(6) Lo afirma así CASTAN TOBEÑAS (J.), *"Derecho civil español, común y foral"*, 12a. ed. por Gabriel GARCIA CANTERO, Reus, Madrid, 1978, T. 3, p. 620.

(7) Ibídem.

(8) BARBERO (D.), *"Sistema de derecho privado"*, Trad. de la 6a. ed. it. de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Bs. Aires, 1967, No. 295, VI.

(9) SANTORO PASSARELLI (F.), *"Doctrinas generales del derecho civil"*, Trad. Agustín Luna Serrano. Ed. Rev. Dro. Privado, Madrid, 1964, p. 301.

(10) Ibídem.

nulo puede ejecutarse (por ejemplo, tratándose de un contrato absolutamente nulo, las partes pueden cumplir voluntariamente con las prestaciones convenidas). Esa ejecución no está fundada en una situación jurídica. No hay amparo del derecho para esa situación de hecho. Las prestaciones así ejecutadas pueden, en principio, repetirse (artículo 844 del Código Civil). La repetición tiene como fundamento precisamente el hecho de que la ejecución que se le haya dado al acto nulo no es más que de hecho. Es una ejecución completamente precaria.

Aquí debemos detenernos en nuestro desarrollo para hacer una constatación: si el acto nulo no es ejecutado, no hay siquiera apariencia de juridicidad. No hay situación de derecho ni situación de hecho que se haya generado (de aquí surge la tesis, criticada, de JAPIOT, que niega toda existencia autónoma a la acción de nulidad absoluta; no puede hablarse, según ese autor, de una acción de nulidad "pura", que carecería de todo interés) (11). La nulidad, en la hipótesis que contemplamos, opera "ipso iure" (12).

La situación de hecho a la que antes hicimos referencia no se conforma con esa hipótesis. La nulidad absoluta opera "ipso iure", cuando por razón de la nulidad no hay transformaciones en la situación jurídica preexistente y, además, cuando no se crea una apariencia de juridicidad. La apariencia de juridicidad es la situación de hecho. Tal apariencia debe ser destruida, por ser un atentado al ordenamiento jurídico (13). En esta hipótesis sí habría interés (contra lo que sostiene JAPIOT) para una acción de nulidad absoluta.

Al declararse judicialmente la nulidad, destruyendo la apariencia de juridicidad, se destruye también el fundamento de hecho de las prestaciones surgidas del acto nulo. Deben presentarse entonces las restituciones a que se hizo referencia.

Se impone otra constatación: el interés para la acción de nulidad absoluta, contra lo que dice JAPIOT, puede ser puramente preventivo. Un sujeto involucrado en el acto nulo tiene interés para destruir cualquier germen de apariencia de juridicidad de tal acto, cual sería la propia exteriorización de las voluntades de los sujetos que lo formaron. En estas hipótesis de ausencia de apariencia de juridicidad, es cuando se puede señalar propiamente que la nulidad no puede ser cubierta por el transcurso del tiempo, pura y simplemente (14).

Podemos ahora considerar otro supuesto: que haya ejecución voluntaria de las prestaciones surgidas del acto nulo, y que los sujetos involucrados en ese acto no acudan a la vía judicial, con una acción de nulidad absoluta, para destruir la apariencia de juridicidad y para pedir la restitución de las prestaciones. En tal caso, si no hay intereses de terceros lesionados, no puede obligarse a aquellos sujetos a variar la situación de hecho. Se daría entonces el caso de que frente a un acto nulo que está ejecutándose o que se ha ejecutado, los sujetos que están involucrados en la ejecución, no ejercitan la acción de nulidad, sin tener obstáculo de hecho o de derecho para ello.

De allí puede surgir la transformación de la situación de hecho.

**B. La transformación de la situación de hecho.**

En alguna oportunidad se ha justificado la disposición del artículo 837 del Código Civil, argumentando que su base es más práctica que científica (15). Se consideraría, así, que dentro de un criterio práctico no hay inconveniente que la acción de nulidad absoluta tenga un plazo determinado para ser ejercitada. D. Alberto BRENES tampoco ve inconveniente en que la nulidad se cubra por el tiempo, o de otra manera, "tratándose de intereses de un orden enteramente privado" (16), a pesar de la "inconsecuencia lógica" que el asunto encierra.

De ese análisis se puede derivar una conclusión: no se puede establecer como regla absoluta la perpetuidad de la acción de nulidad absoluta. Hay consideraciones de orden práctico y relativas a intereses privados que no justifican el carácter irrefragable de un principio como el enunciado de la perpetuidad de la acción.

En efecto, la situación de hecho que hemos

---

(11) Ver PONSARD (A.) y BLONDEL (P.), Vo. *"Nullité"*, Encycl. Dalloz, Rép. Droit civil, 2a. ed. París, 1973, No. 84. La obra de JAPIOT (R.): *"Des nullités en matière d'actes juridiques"*, tesis, Dijon, 1909.

(12) BARBERO, supra nota 8.

(13) GAUDEMET (E.), *"Théorie générale des obligations"*, reimp. de la ed. de 1937, Sirey, París, 1965, p. 149 (al comentar la teoría clásica de las nulidades, que no es precisamente la que ese autor sostiene).

(14) PONSARD y BLONDEL, supra nota 11, No. 83.

(15) BOLAÑOS GENE (C.), *"Rescisión, nulidad y resolución en los contratos civiles"*, tesis, UCR, 1964, p. 48.

(16) Supra nota 1.

señalado, puede transformarse en una situación jurídica (17).

Nótese que dentro de este examen no se le estarían asignando efectos jurídicos al acto nulo. No puede tenerlos. Se le asignan efectos de derecho a una situación de hecho, que es diferente al acto nulo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en sentencia que se condensa así: "aunque es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por el transcurso del tiempo, ello es cuestión aparte de que por voluntad de los contratantes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho, y que al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción, que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos" (18).

En consecuencia, se considera que el acto nulo no adquiere una existencia legal. El acto nulo no puede nunca surgir a la vida jurídica. Es la situación de hecho la que se consolida por el transcurso del tiempo, ante la inercia de quien pudo oportunamente destruir la apariencia de juridicidad mediante la acción de nulidad absoluta (19).

La situación de hecho, en virtud de la prescripción, deviene jurídica. Se pasaría de un estado de "no juridicidad" (que no es lo mismo que antijuridicidad) a un estado de juridicidad. El fundamento de esa transformación es la inercia del sujeto legitimado para intentar la acción de nulidad absoluta.

Un razonamiento como el anterior se inscribe en el marco conceptual que inspiró el artículo 320 del Código Civil. En efecto, esa disposición recoge el principio que la propiedad es imprescriptible (la falta de ejercicio del derecho de propiedad durante un cierto tiempo, no extingue ese derecho), pero que cede ante la prescripción positiva (es decir, si el propietario no ha ejercido el dominio y a la vez un tercero ha reunido todos los requisitos de la prescripción positiva, el propietario verá extinguirse su derecho).

Ante la conversión comentada (que no es conversión del acto nulo, sino de la situación de hecho en situación de derecho), no puede oponerse la acción de nulidad absoluta. Ello contrariaría la regla del artículo 868 del Código Civil, que limita en el tiempo el ejercicio de las acciones cuando hay intereses contrapuestos (ya que esa regla está establecida para asegurar la certidumbre de las relaciones jurídicas). La acción que se intentara sería para destruir la juridicidad que ya ha adquirido la antigua situación de hecho (propiamente no sería una acción declaratoria de la nulidad del acto viciado, porque esto lo sería "ipso iure"); contra esa pretensión se elevaría la institución de la prescripción negativa: hay un interés superior de estabilizar las situaciones de hecho, si no se oponen a los intereses de los particulares (que se ejercitan con las respectivas acciones, dentro del tiempo que fija la ley) (20).

Consideramos que no es aventurado tener como hipótesis de trabajo, que la regla del artículo 837 del Código Civil que comentamos se originó en un comentario específico de AUBRY y RAU. Es sabido que la obra de los profesores de Estrasburgo fue una de las principales fuentes que inspiraron a los redactores del Código Civil de 1887 (21), y en su edición de 1871 se recoge una afirmación que se funda en razonamientos similares a los que aquí hemos formulado: ". . .sería contrario al espíritu general de nuestra legislación, y al objetivo final de la prescripción. . . que es garantizar el patrimonio contra toda reclamación ulterior, de extender más allá de su término la duración normal de las acciones (de nulidad absoluta) que presentan únicamente un interés pecuniario. . ." (22).

Nuestros legisladores no llevaron a sus últimas consecuencias el pensamiento de esos autores, ya que establecieron la regla del artículo 837 para

---

(17) SANTORO PASSARELLI, supra nota 9.

(18) 27 de febrero de 1964, cit. por CASTAN y GARCIA, supra nota 6.

(19) PONSARD y BLONDEL, supra nota 11, No. 87.

(20) WEILL (A.) y TERRE (Fr.), *"Droit civil. Les obligations"*, 2a. ed. Précis Dalloz, París, 1975, No. 315.

(21) FOURNIER (F.), *"Historia del Derecho"*, Juriscentro, San José, 1978, p. 227. GUIER (J.E.), *"Historia del Derecho"*, 2a. parte, Ed. C.R., San José, 1968, p. 1206.

(22) AUBRY (C.) y RAU (C.), *"Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae"*. T. IV, 339 p. 281, nota 42. Trad. libre.

todo tipo de nulidad absoluta. No consideraron, como sí lo hace la doctrina francesa, que la situación de hecho contraria al interés público, a la moral y a las buenas costumbres, no puede consolidarse nunca por el transcurso del tiempo (23).

D. Alberto BRENES así lo comprendió, ya que consideró que solo podrían consolidarse las situaciones de hecho relativas a "intereses particulares" (24), y D. Salvador JIMENEZ, nuestro primer tratadista de Derecho Civil, señaló acertadamente que eran excepción a la regla de la prescripción, "todos los casos en que se trate de una nulidad de orden público" (25).

Las consideraciones anteriores tienen también vigencia en lo que concierne al otro problema que es objeto de este análisis: cómo influye el transcurso del tiempo en la excepción de nulidad absoluta.

## II. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA EXCEPCION.

La corte de casación costarricense, en dos sentencias relativas a asuntos en que se oponía la excepción de nulidad absoluta a pretensiones relativas a la ejecución de un contrato, consideró aplicable a esa materia la doctrina del artículo 837 del Código Civil (26). La sentencia que parece ser el pronunciamiento de principio es de las 14:15 hrs. del 25 de julio de 1940, explica sus razones así:

> "IV.— . . .la estipulación de que tuvieran como anticipo de herencia paterna. . . de ser considerada como un pacto de sucesión futura, estaría afectada de nulidad absoluta y general, porque la prohibición del artículo 520 del Código Civil comprende todas las estipulaciones sobre sucesiones no abiertas, tanto entre el causante y sus herederos como entre los herederos presuntivos, legatarios y terceros; pero cuando esa nulidad fue alegada en segunda instancia, ya habían transcurrido más de diez años de hecha la estipulación, con lo que la nulidad, aunque de carácter absoluto y general, se convalidó conforme al artículo 837 del Código Civil. . .".

Debemos advertir que en las consideraciones transcritas la Corte de casación no analiza el problema desde un punto de vista que nos parece fundamental (ni lo hace, tampoco, en otra parte del fallo): la distinción de si el acto que se alega en la excepción como nulo, fue ejecutado o no fue ejecutado.

### A. El acto nulo se ejecuta.

Examinamos la ejecución voluntaria, por supuesto. Si hay ejecución o cumplimiento, total o parcial, surge la apariencia de juridicidad que ya referimos. La situación de hecho se convalidaría con el transcurso del tiempo, la excepción estaría prescrita, así como estaría prescrita también la acción de nulidad absoluta. Quien alega la excepción pudo ejercer oportunamente la acción correspondiente, su inercia al respecto extinguió el derecho (y su correspondiente acción) de destruir la apariencia de juridicidad.

La prescripción consolidó la situación de hecho. Cuando la nulidad es invocada por vía de excepción y el acto nulo se ha ejecutado, tal nulidad no se conforma con la situación jurídica nueva, creada por la prescripción. La excepción no puede ser admitida (27). Quien opone una excepción en esas circunstancias, pudo haber planteado la acción (aún dentro de la tesis de JAPIOT, como sería el caso de la acción de repetición del pago indebido). Si no lo hizo en tiempo, su excepción prescribió, tanto como su acción.

La hipótesis contraria, de que el acto no se ejecutó, debe analizarse conforme los mismos principios.

### B. El acto nulo no se ejecuta.

En este supuesto no hay apariencia de juridicidad. La situación jurídica (nulidad, ausencia de efectos jurídicos), se conforma con la situación de hecho (ausencia de efectos jurídicos).

La ausencia de la situación de hecho impide que se consolide una apariencia de juridicidad, que no se ha dado.

---

(23) STARCK (B.), citado por GHESTIN (J.), *"Traité de droit civil. T. II. Les obligations. Le contrat"*, L.G.D.J., París, 1980, No. 857.

(24) Supra nota 1.

(25) *"Elementos de derecho civil y penal de Costa Rica"*, Tomo II, Imprenta de Guillermo Molina, San José, 1876, No. 333.

(26) 14:15 hrs. 25 jul. 1940, sem. p. 668 ss.; 15:40 hr. 14 de mayo 1963, I sem., p. 507 ss. Son citadas por PEREZ, supra nota 3.

(27) PONSARD y BLONDEL, supra nota 11, No. 92.

La jurisprudencia francesa (28) hace aplicación de un principio de derecho romano (que se aplicaba específicamente a la excepción de dolo) para proclamar la perpetuidad de la excepción de nulidad: *"quee temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum"*. Tal principio ha sido criticado por cierta parte de la doctrina, como difícil de sostener lógicamente (29). Sin embargo, consideramos que puede explicarse válidamente con lo que aquí hemos expuesto.

Esa actitud de la jurisprudencia francesa fue consignada en el tratado de AUBRY y RAU (30) y recogida en el texto del artículo 843 de nuestro Código Civil: "La nulidad, ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción". En la sentencia de la Corte de casación de las 2 y 5 de la tarde del 2 de diciembre de 1913 (31), contrariamente a lo que hizo esa misma Corte en 1940 y en 1963 (32), se tomó en consideración ese estado de cosas, que se refirió en una redacción que es modelo de precisión y claridad:

> "14o. Que la nulidad absoluta o relativa de los actos o contratos puede oponerse como excepción en todo tiempo; que no otra cosa quiere decir la voz siempre, usada en el artículo 843 del Código Civil; y se comprende que en previsión de que el deudor no se haya visto en la necesidad de demandar la nulidad de la obligación, la ley permita expresamente que se defienda con la excepción de nulidad, de la demanda que contra él se entable en cumplimiento de la obligación que se considera nula, puesto que si es posible entablar la acción contra el deudor, no sería justo privar a éste del derecho de defensa trayendo al debate la cuestión de nulidad, para que sea decidida.
>
> "15o. Que, por consiguiente, debe interpretarse la disposición final del artículo 837, ibídem, de modo que no choque contra el texto claro del artículo 843, y es preciso entender que se refiere a la declaratoria de nulidad que de no estar subsanada por el transcurso del tiempo de la prescripción ordinaria, pudiera hacerse de oficio, y al caso en que es el deudor quien demanda la nulidad de la obligación por tener interés actual en que se declare".

**A manera de conclusión.**

En derecho costarricense la acción de nulidad absoluta prescribe en un plazo de diez años, siempre que el acto nulo se haya ejecutado. La acción es perpetua cuando el acto no se ha ejecutado o cuando esa ejecución constituye un atentado al interés público, a la moral o a las buenas costumbres.

La excepción de nulidad absoluta es perpetua, siempre que el acto nulo no se haya ejecutado. Si tal cosa ha sucedido, la excepción prescribe igual que la acción.

* * *

(28) Reportada por CAPITANT (H.), WEILL (A.) y TERRE (Fr.), *"Les grands arrêts de la jurisprudence civile"*, 7a. ed., Dalloz, París, 1976, No. 85, p. 304 ss.

(29) MAZEAUD y CHABAS, supra nota 5, No. 326.

(30) Supra nota 21.

(31) II sem., p. 621 ss.

(32) Supra nota 26.

# EL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO Y LOS TRABAJADORES AGRICOLAS EN COSTA RICA

*Dr. Bernardo Van der Laat Echeverría.*
*Profesor de Derecho del Trabajo.*
*Universidad de Costa Rica.*

Para el planteamiento del tema que nos corresponde tratar, El Derecho Colectivo de Trabajo y los Trabajadores agrícolas en Costa Rica, analizaremos cuál ha sido la situación en las tres grandes áreas de estudio que comprende el Derecho Colectivo a saber.

a) El Derecho de las organizaciones Sindicales o derecho Sindical en sentido estricto, que se ocupa del estudio de todo lo relativo a la formación, organización, funcionamiento y protección de los sindicatos.
b) El derecho normativo laboral que comprende lo referente a la negociación y contratación colectiva.
c) El derecho de los conflictos colectivos del trabajo que se dedica al estudio de las relaciones de conflicto en especial los procedimientos de solución y los medios de presión o acción directa, como la huelga de los trabajadores o el paro o cierre patronal.

## 1. EL DERECHO SINDICAL.

El derecho de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses profesionales, operó como manifiesto del derecho general de asociación bajo diversas formas como asociaciones de socorros mutuos, coaliciones y sindicatos, durante muchos años, hasta que en diferentes normas fue reconocido como tal en nuestro país. Probablemente, una de las primeras disposiciones que hizo referencia a ese derecho, fue la Ley número treinta y tres del dos de julio de 1928, que obligó a la creación de la Secretaría de Estado, en los despachos de Trabajo y Previsión Social, asignándole entre otras tareas la preparación de un código de Trabajo que comprendería en su desarrollo, "la libertad de asociación, sociedades cooperativas, uniones profesionales".

En 1937, fue creado el Registro de Asociaciones Obreras y Gremiales, reconociéndose, así, oficialmente, la existencia de una forma de asociación especializada (1); en 1943 se adiciona a la Constitución Política, el capítulo de las garantías sociales (2) en el que se reconoce el derecho de sindicación a trabajadores y patronos (3) y en ese mismo año se aprueba el Código de Trabajo (4) que dedica el título quinto a las organizaciones sociales desarrollando el capítulo 2 de ese título el derecho sindical en forma amplia.

La Ley No. 2561 del 11 de mayo de 1960, ratificó los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativos a la libertad sindical, a la protección del derecho de sindicación y de negociación colectiva y la Ley No. 3172 del 12 de agosto de 1963 ratificó la Convención No. 11 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos de asociación de los trabajadores agrícolas, que había sido aprobada por dicha organización desde 1921.

El texto del artículo 1 de ese Convenio dice:

> "Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas".

Vemos que la única norma concreta de aplicación directa respecto al trabajador agrícola, es la Convención No. 11, que al haber sido ratificada, por mandato del artículo 7 de la Constitución Política, tiene rango superior a la ley (5).

Sin embargo la igualdad que consagra ese convenio y la obligación del Estado signatario de derogar las disposiciones que establezcan tratamiento desigual en la materia, no han sido de interés en Costa Rica, respecto de la libertad de Asociación y de Coalición, aunque como veremos sí puede tener trascendencia en otro aspecto, pues las disposiciones generales que hemos enunciado no hacen distingos entre los trabajadores según la actividad de que se ocupan. No obstante la situación apuntada de que durante muchos años no había regulación expresa en el campo del derecho sindical, y menos aún en relación con la actividad agrícola, el movimiento sindical ha sido importante en ese sector. No hay consenso en los historiadores sobre cuándo surge la primera organización gremial en el país, DAMMLER la sitúa en 1854 (6) en tanto que DE LA CRUZ la ubica en 1874 (7). El primer sindica-

---

**(1) Decreto No. 1 de 15 de julio de 1937.**

**(2) Ley No. 24 de 2 de julio de 1943.**

**(3) Art. 55, de la Constitución Política.**

**(4) Fue sancionado por el Congreso Constitucional de la República el 27 de agosto de 1943, y entró en vigencia el 15 de setiembre de ese mismo año.**

**(5) La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1975 aprobó el Convenio 141 Titulado *"Convenio sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales y su función en el Desarrollo Económico y Social"* que tiene importantes disposiciones de protección a la libertad Sindical respecto de las organizaciones de trabajadores rurales comprendiendo entre estos, tanto a los trabajadores asalariados como a los que trabajan por cuenta propia como los arrendatarios. Ese convenio todavía no ha sido ratificado por Costa Rica; sin embargo de conformidad con las disposiciones del artículo 15 del Código de Trabajo que establece las fuentes de nuestro Derecho Salarial, los Convenios y Recomendaciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo constituyen una fuente supletoria.**

**(6) *"An Introduction to the labor movement of Costa Rica"*, Asociated Colleges of the Mindwest — Central American Field Program, San José, 1965.**

**(7) *"Las luchas sociales en Costa Rica, 1870-1930"*, coedición editorial: Universidad de Costa Rica, Editorial Costa Rica. San José, 1a. edición, 1980, pág. 27.**

to es fundado en 1916, la Sociedad de Artesanos de Puntarenas (8); sin embargo, parece ser que la primera huelga bananera de que se tienen noticias, la que sería la primera huelga de trabajadores del campo en el país, fue en 1890 (9), lo que indicaría que ya había algún tipo de organización de los trabajadores al menos una coalición que les permitió llevar a cabo un movimiento de esas características.

A principios de este siglo, se presentan una serie de hechos importantes:

a) El 1901 y años siguientes se producen los primeros intentos de creación de organizaciones gremiales de peones y trabajadores de fincas cafetaleras (10).

b) En las dos primeras décadas del siglo se presentan reiteradas manifestaciones de ludismo agrario que han sido consideradas por DE LA CRUZ en su obra, LUCHAS SOCIALES EN COSTA RICA, como "una forma de lucha instintiva de los grandes sectores campesinos que se veían amenazados de ser expropiados y ser convertidos en simple fuerza de trabajo" (11).

c) En la segunda década es fundada la Federación de Trabajadores de Limón que agrupa, entre otras, a los trabajadores bananeros (12).

d) Se producen una serie de huelgas en la actividad bananera, así en 1913, (13) 1919, 1921 y también otras actividades agrarias todo ello revelan la vitalidad de la organización de los trabajadores agrícolas. En 1934 se lleva a cabo la gran huelga bananera que marca un hito en EL MOVIMIENTO OBRERO (14).

En 1937, con la creación del Registro de Asociaciones Gremiales y Sindicales, se regula el funcionamiento de estas organizaciones que venían operando como asociaciones civiles o de hecho. Reconocido el derecho de libre sindicación, reconocida la personería jurídica de los gremios y sindicatos, mejor organizados los trabajadores en general, el movimiento sindical de los trabajadores agrícolas, fundamentalmente el de plantaciones, (banano, caña de azúcar), y a pesar de la falta de protección real frente a la persecución sindical que ha existido en el país, ya que no hay una limitación a la facultad que tienen los patronos de despedir a los trabajadores sin justificado motivo, el sindicalismo de los trabajadores agrícolas se manifiesta como uno de los más organizados, combativos y numerosos. Así, de un total de 265 sindicatos inscritos, a setiembre de 1980, 41 están formados por trabajadores agrícolas (15), lo que representa el 15,5 por ciento del total de sindicatos, lo que los coloca en 2o. lugar, sólo superados por los trabajadores de servicios.

Según la información más reciente hay 12.492 trabajadores afiliados a sindicatos del sector agrícola sobre un total de 106.432 trabajadores sindicalizados.

Es fácil observar que no obstante ser la agrícola una de las actividades que ocupa mayor número de trabajadores el nivel de sindicación en relación con la población ocupada es bajo, sin embargo no es esta una característica de nuestro sindicalismo agrícola sino como lo ha señalado BAYON CHACON (16) del sindicalismo universal y en el caso de Costa Rica, de todo el movimiento sindical pues como ha sido señalado por los estudios entre sus características precisamente está el bajo nivel de sindicación, la fuerte afiliación en el sector estatal y lo bajo que ésta resulta en el sector privado (17).

---

(8) Así lo afirma Backer en su obra *"La Iglesia y el Sindicalismo en Costa Rica"*. Editorial Costa Rica, San José, 1974 pág. 13; sin embargo para De La Cruz (ob. cit., p. 27) la primera organización sindical de tipo gremial que se conoce en Costa Rica es la Sociedad Mutualista de Artesanos de Panadería fundada en 1886.

(9) De La Cruz, ob. cit., pág. 278 en nt. 82.

(10) De La Cruz, ob. cit., pág. 69.

(11) Ob. cit., pág. 72.

(12) Ob. cit., pág. 278 en nt. 82.

(13) Una huelga ocurrida en este año es reseñada por Casey en su obra *"Limón 1880—1940, un estudio de la industria bananera en Costa Rica"*, Editorial Costa Rica, San José, 1979 pág. 121. Sin embargo es necesario aclarar que dicha huelga no ocurrió en la División Limón sino en la Región de Bocas del Toro que comprendía tanto a fincas situadas en Costa Rica como del lado panameño.

(14) Esta huelga ha dado origen a abundantes estudios históricos, así como también ha inspirado diversas obras literarias; entre las primeras de reciente población puede consultarse la obra de Casey citada, págs. 121 a 124.

(15) Fuente: Departamento de Organizaciones Sociales Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(16) BAYON CHACON, Gaspar *"La peculiaridad del trabajo agrario"* en la obra colectiva. *"La problemática laboral de la Agricultura"* Colegio Universitario de San Pablo Madrid, 1974 1p. 36—7.

(17) Así lo han señalado Cuellar y Quevedo en su trabajo *"Algunos antecedentes sobre la organización sindical en Costa Rica"*. Primer documento de avance, San José 1974, Ed. mimeografiada.

Asimismo debemos señalar que la Fundación de un sindicato exige el cumplimiento de ciertos requisitos que limitan la posibilidad de su constitución a muchos trabajadores al menos respecto algunos de los tipos de sindicatos. Nos referimos especialmente al número mínimo a afiliados que deben tener el cual la ley fija en veinte (18).

La explotación agrícola tradicional en Costa Rica ocupa generalmente un menor número de personas lo que les impedirá formar un sindicato de empresa y quizá uno gremial resulte difícil organizarlo dadas las características propias de la zona rural, para estos efectos debe tomarse en cuenta el numeroso grupo de trabajadores no permanentes sino de temporada que laboran en el agro. Estas consideraciones ayudan a comprender por qué los Sindicatos de los trabajadores agrícolas en Costa Rica están mayoritariamente conformados por quienes laboran en plantaciones.

Cabe señalar que el Sindicalismo ya no de los trabajadores agrícolas subordinados sino de los independientes ha sido poco significativo; un estudio indica que representan tan solo el 5 por ciento del número de sindicatos inscritos y aproximadamente el 2 por ciento del número total de personas sindicalizadas (19).

Sin embargo recientemente estos trabajadores se han mostrado muy activos y es probable que a corto plazo serán una fuerza importante dentro de los Sindicatos Agrícolas.

## 2. EL DERECHO NORMATIVO LABORAL.

En el campo del Derecho Normativo Laboral, se presenta una situación similar a la indicada respecto del derecho sindical, sea que no existe una regulación especial en la materia para el trabajador del agro, aplicándose a éste, por lo tanto, las disposiciones generales, especialmente el artículo 62 de la Constitución Política que dispone: *"tendrán fuerza de ley, las convenciones colectivas de trabajo que con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados"*, norma que se encuentra desarrollada luego en el capítulo tercero del título segundo del Código de Trabajo.

A diferencia de lo señalado respecto a las ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES que desde la segunda mitad del siglo pasado la encontramos activas, la celebración de convenciones colectivas, es un fenómeno relativamente reciente; así la primera celebrada por trabajadores del agro, lo fue en 1971, (20) luego la actividad se hace más intensa. El dato más reciente, nos muestra que durante 1980 se pactaron 18 (21). La información estadística revela datos muy significativos como que es en el sector agrícola donde se celebran la mayoría de negociaciones colectivas (en 1980 de 34 convenciones firmadas, 18 lo fueron en ese sector) (22). Asimismo se aprecia que en la actividad bananera es en la que se celebra el mayor número de negociaciones. Lo apuntado confirma lo expuesto esta mañana aquí por el Profesor Marín, criterio que compartimos, sobre el trato discriminatorio que nuestra Legislación Laboral da al Trabajador Agrícola (23). Ante esa situación este grupo de trabajadores ha buscado en las convenciones colectivas, institución que con sus características especiales permite la modificación, evolución y actualización constante del Derecho del Trabajo, la mejora del tratamiento que la legislación de origen estatal les niega. Ha sido pues el derecho normativo laboral en Costa Rica, aún cuando no sea lo perfecto que debería ser, ya que los trabajadores carecen de adecuada protección contra las represalias patronales durante la negociación (24), una magnífica vía para que los trabajadores agrícolas superen las muchas limitaciones de la legislación ordinaria.

---

(18) Art. 273 del Código de Trabajo.

(19) Fuente: Departamento de Organizaciones Sociales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(20) Es la celebrada el día 26 de agosto entre la Compañía Bananera de Costa Rica y los Sindicatos Unión de Trabajadores de Golfito y el de Trabajadores Unidos Independientes.

(21) Fuente Departamento de Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(22) Ibid.

(23) Consúltese mi manografía *"Consideraciones sobre la regulación del trabajo agrario en Costa Rica"* publicada en la Revista Judicial, San José, No. 21.

(24) Consúltese al respecto a CASTRO, Abel, y otros *"Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica (1968—1974)"* en Revista de Ciencias Jurídicas, San José No. 35, págs. 49 y sgtes.

## 3. DERECHO DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO.

Pasando al tercero de los campos que nos hemos propuesto analizar, vamos a estudiar ahora del derecho de los conflictos colectivos, por su importancia, el derecho de huelga. La primera manifestación oficial en Costa Rica que lo reconoce lo sitúan los historiadores en febrero de 1920, cuando en una hoja suelta impresa por el Director General de Policía, con motivo de una huelga de operarios del ramo de la construcción, se expresa que se reconocía ese derecho como una manifestación del respeto del Gobierno por las libertades individuales (25). En 1921, un grupo de ciudadanos presenta al Poder Ejecutivo, un proyecto, que legalizaba formalmente el derecho de huelga (26). Sin embargo, no es sino con la incorporación a la Constitución Política del capítulo de las Garantías Sociales que se reconoció formalmente en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 56 de la Constitución Política, que hoy corresponde al artículo 61 disponía: *"se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley, y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia".*

Correspondió al Código de Trabajo, que fue promulgado casi simultáneamente con la citada reforma constitucional, definir los alcances del servicio público para los efectos del ejercicio del derecho de huelga. La enunciación la hizo el artículo 369 que en lo que interesa, textualmente dice: *"para los efectos del artículo anterior, se entienden por servicios públicos: b) los que desempeñen, los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios y forestales, lo mismo que su elaboración cuando, de no realizarse, su beneficio inmediato se deterioren dichos productos".* Sin embargo, de la enumeración anterior se exceptúan los servicios que prestan los trabajadores agrícolas de las empresas que hayan celebrado contratos con el Estado, convertidos en ley de la República en los cuales se haya estipulado que las empresas y sus trabajadores podrán someterse a un procedimiento de arbitraje para dirimir sus conflictos únicamente cuando, voluntariamente, convengan hacer uso de dicho medio. Observamos pues como el inciso b) define como servicio público a los trabajadores cuyo régimen jurídico estamos hoy analizando. Esta es una situación muy particular de nuestra legislación laboral. Hemos tratado de encontrar en la doctrina análisis sobre concepciones como la existencia en nuestro código y no obstante considerar que hemos cubierto buena parte de ella, no se han localizado referencias a planteamientos similares; sólo en algunas legislaciones de países vecinos existen disposiciones semejantes (27). Cabe preguntarse entonces qué motivos tuvieron los promotores de la legislación laboral para incluir, dentro de la nación de servicio a los trabajadores agropecuarios. Una respuesta la podemos encontrar en la exposición de motivos que hizo el Doctor Rafael Angel Calderón Guardia, que fue el Presidente de la República que impulsó el proyecto de Código de Trabajo, cuando remitió éste al Poder Legislativo. Al respecto expresó el Presidente:

> "Bien sabemos que la Organización Internacional del Trabajo adoptó el 12 de noviembre de 1921, un convenio en Ginebra que obligó a sus signatarios a garantizar a todas las personas ocupadas en agricultura, los mismos derechos de coalición que los trabajadores urbanos y a derogar toda disposición legislativa o de otra clase que tenga por objeto restringir dichos derechos en lo que atañe a los trabajadores agrícolas, pero nuestro íntimo convencimiento es que la agricultura, lo mismo que sus actividades conexas, constituyen en un país como el nuestro que depende y vive exclusivamente de lo que producen sus campos, un verdadero servicio público que no puede ni debe paralizarse por razones de interés común a causa de una huelga o de un paro (28)".

---

(25) DE LA CRUZ, ob. cit., pág. 107.

(26) DE LA CRUZ, ob. cit., pág. 119.

(27) Así en el Código de Trabajo de Nicaragua de 1945, el artículo 228.

(28) *"Texto del Mensaje que unió el Señor Presidente de la República junto con el Proyecto de Código de Trabajo al Soberano Congreso Constitucional"* pág. 126 en "Código de Trabajo", 2da. edición, Imprenta Nacional, San José 1943.

Las razones expuestas, tienen en cuenta características muy propias de nuestra economía, las que aún se mantienen y son importantes a considerar; sin embargo, estimo que también influyeron razones de índole política en esta determinación. En efecto, tal como se ha señalado (29), se puede hablar de la existencia táctica de un contrato de trabajo especial para el trabajador agrícola en nuestro código, con la característica de que sus disposiciones no aparecen en forma organizada, sino dispersas en todo el código y además consagran, en su mayor parte, situaciones más gravosas para esos trabajadores que para los demás. Creemos que eso fue expresamente concebido así para evitar crear más reacciones contra el Código, especialmente de los empresarios dedicados a actividades agropecuarias. Diferentes párrafos del dictamen de la Comisión Especial del Congreso que estudió el proyecto de Código, dan fundamento para ello. Así, al inicio del dictamen, se indicó: *"en esta tarea nos guiamos por un equilibrado afán de defensa de la clase propietaria, especialmente de los agricultores y ganaderos"* (30).

Más adelante, al referirse a una disposición que exoneraba del pago de horas extraordinarias a los patronos en actividades agrícolas y ganaderas, cuando esas horas se trabajaban voluntariamente, dijeron: *"esta importantísima reforma debe mantenerse aunque perjudique a los trabajadores campesinos, como una de las muchas naturales concesiones que el proyecto hace a favor de los dueños de explotaciones agrícolas y ganaderas"* (31).

Analizaremos ahora el inciso b) del artículo 369 citado, para ver sus alcances: Este inciso contempla tres casos, uno de ellos de excepción.

El primero es el de las labores que desempeñan los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarias o forestales. El segundo se refiere a los servicios que desempeñan los trabajadores ocupados en la elaboración de productos agrícolas, pecuarios o forestales, cuando, de no realizarse su beneficio inmediato, se deterioren dichos productos y el caso de excepción, que fue adicionado en 1954, contemplaba el caso de los trabajadores agrícolas de las empresas que habían celebrado contratos con el Estado, convertidos en ley de la República, en los cuales se hubiera estipulado que las empresas y sus trabajadores podrían someterse al procedimiento de arbitraje para dirimir sus conflictos, únicamente cuando voluntariamente convengan en hacer uso de ese derecho.

El primer caso contemplado es sumamente amplio, pues al referirse a la siembra, cultivo, recolección, atención de productos agropecuarios o forestales, comprende prácticamente toda la actividad de los trabajadores del campo.

El segundo caso, sea el de la elaboración de esos mismos productos, también abarca muchísimas situaciones pues la gran mayoría de esos productos deben procesarse de inmediato para que no se deterioren.

Finalmente el caso de excepción que permitía a los trabajadores de empresas agrícolas, titulares de contratos-leyes en los que se establecía el procedimiento de arbitraje como voluntario, recurrir a la huelga por no estar considerados como servicio público ahora ha perdido interés, ya que esa figura contractual ha sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico (32).

Cuando la actividad es considerada servicio público sus trabajadores tal como lo señala el artículo 61 de la Constitución Política, y lo amplía el artículo 368 del Código de Trabajo, no pueden recurrir a la huelga y obligatoriamente deben someterse a arbitraje los conflictos que tengan con sus patronos. Por lo tanto vemos que el derecho de huelga prácticamente no existe para los trabajadores agrícolas en Costa Rica.

Si recordamos que la agricultura ocupa aún cerca del 37 por ciento de la población activa podremos apreciar que un importantísimo sector de ésta no disfruta uno de los derechos laborales más importantes y que, si por algún motivo participa en huelga, tiene la libertad de hacerlo

---

(29) VAN DER LAAT, Bernardo, ob. cit., en not. 24.

(30) *"Texto del Dictamen que rindió la respectiva Comisión especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo"*. Imprenta Nacional, San José, 2da. ed. 1943 pág. 129.

(31) Ibid, pág. 139.

(32) En efecto no es posible celebrar en nuestro país los llamados contratos ley como consecuencia de la reforma a los artículos 10 párrafos número 124 párrafo final y 140 inciso 19 párrafo final, de la Constitución Política.

(33), pero asumiendo las consecuencias que de ello se derivan, fundamentalmente la pérdida de su puesto de trabajo.

Cabe preguntarse aunque parezca sorprendente si la disposición del inciso b) del artículo 369 del Código de Trabajo conserva su vigencia. Lo expuesto sobre la prohibición que esta norma establece respecto a la huelga en los servicios públicos y el desarrollo que el legislador hizo de ese concepto hacen que en un primer momento la respuesta sea positiva. Pero si recurrimos a las Fuentes de la Constitución de 1949, surgen serias dudas sobre la vigencia del inciso b) del artículo 369 citado. En efecto, como puede consultarse en las actas números 122 de dicha Asamblea, expresamente se quiso incluir en la disposición constitucional la prohibición de las huelgas en las labores agrícolas. La proposición provocó un acalorado debate en el que se argumentó que su aprobación cercenaría a los trabajadores uno de sus derechos más importantes y por ser los trabajadores del campo los más numerosos se estaría despojando de él a la mayoría de los costarricenses (34). Se aprecia que el constituyente no se cuestionaba el derecho de huelgas de estos trabajadores. La moción en comentario, en cuanto a esa parte, fue retirada por su proponente, dada la gran reacción que encontró (35).

La misma moción pretendía que en vez de "servicio público" se utilizara "servicios de utilidad pública" (36). Ese cambio fue aprobado (37) pero en la sesión inmediata siguiente fue presentada una moción de revisión cuyo sustento estaba en considerar que si se mantenía el término "servicio de utilidad pública" se estaría eliminando el derecho de huelga pues sus alcances eran muy amplios (38). Como ejemplo de lo que podría suceder se dijo que de utilizarlos se podría considerar que una plantación bananera era de utilidad pública y no permitir una huelga (39). La moción de revisión prosperó y la redacción del artículo 61 quedó en la forma que hoy la conocemos (40). No obstante que cuando se discutía la nueva constitución, los Diputados participantes no podían ignorar la existencia del inciso b) del artículo 369, es evidente que tenían una concepción diferente a la ahí escogida pues, en su criterio las labores agrícolas no estaban comprendidas en la moción de servicio público, si no fuera así, carecerían de todo sentido las mociones y discusiones que hemos comentado; el artículo 197 dice (p.317). Por ello cabe concluir que el inciso b) prácticamente era derogado. El tantas veces comentado inciso b) resulta ser además una disposición legal que se opone no sólo a la norma constitucional indicada sino también a otras disposiciones de alto rango como el Convenio número 11 de la Organización Internacional del Trabajo pues el artículo primero de ésta obliga al Estado a derogar cualquier norma que haga nugatorios los derechos de Asociación y Coalición de los Trabajadores organizados.

De todo lo expuesto, resulta que el Derecho Colectivo del Trabajo en Costa Rica ofrece a los trabajadores agrícolas, en el campo del Derecho Sindical y del Normativo, igual protección que la que ofrece a otras y les impone las mismas limitaciones derivadas del patrono, lo que puede ser de más trascendencia en esta actividad por tener el trabajador generalmente menos acceso a fuentes de ocupación y, por lo tanto, ser más significativa la conservación del puesto de trabajo.

Respecto del Derecho de Huelga, consideramos que, mientras se mantenga la inclusión de las actividades agropecuarias en la definición de servicio público y el Estado costarricense no

---

(33) Utilizamos el término "libertad de huelga" en el sentido en que lo emplea CALAMANDREI en su clásica distinción entre la "huelga-libertad", "huelga-delito" y "huelga-derecho" que hizo en su monografía *"Significato Constituzionale del Diritto di sciopero"* Rivista Giuridica del Lavoro, Roma, 1952, I, pág. 223.

(34) Así lo consideró el diputado Monge Alvarez, *"Actas Asamblea Nacional Constituyente de 1949"*, Imprenta Nacional, San José, 1957, T. III, pág. 13.

(35) Ob. cit., pág. 15.

(36) Ob. cit., pág. 16.

(37) Ob. cit., pág. 16.

(38) Ob. cit., pág. 18.

(39) Ob. cit., pág. 18.

(40) Ob. cit., pág. 19.

cumpla con la obligación que le impone el artículo 1 del Convenio 11, estos trabajadores no podrán ejercer el derecho que la Constitución los reconoce. Creemos necesario, conciliando el significado y trascendencia que para nuestra economía tiene la actividad agrícola, buscar una fórmula jurídica que haga efectivo ese derecho.

* * *

# EL MUNICIPIO COSTARRICENSE; PROBLEMATICA DE LA DEMOCRACIA

*Dr. Bernardo Baruch.*

## INDICE


Introducción. . . . 34

1. EL CONCEPTO DE MUNICIPIO . . . 35
   - 1-a) Definición Ius-naturalista . . . 35
   - 1-b) Definición positivista . . . 36
   - 1-c) Definición pragmática-legal . . . 36
   - 1-d) Definiciones resumidas . . . 36

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MUNICIPIO . . . 37
   - 2-a) Municipio: Institución y generaciones . . . 37
   - 2-b) Edad Antigua . . . 37
     - b-1. Los Hebreos . . . 37
     - b-2. Grecia . . . 38
     - b-3. Roma . . . 38
   - 2-c) Edad Media . . . 39
     - c-1. El municipio visigótico . . . 39
     - c-2. El régimen municipal español . . . 39
       - c-2-a. Romano-Barbárico . . . 40
       - c-2-b. Moro-visigótico . . . 40
     - c-3. Fueros municipales . . . 40
     - c-4. Hacienda municipal . . . 40
   - 2-ch) Edad Moderna: Epoca renacentista . . . 41
   - 2-d) Epoca Colonial: Costa Rica . . . 41
     - 2-d-1. El municipio en América . . . 41
     - 2-d-2. El municipio colonial costarricense . . . 42

3. EL MUNICIPIO COSTARRICENSE . . . 43
   - 3-A El municipio constitucional . . . 44
   - 3-B El municipio viviente . . . 46
   - 3-C El municipio actual costarricense . . . 47

4. LAS FINANZAS MUNICIPALES . . . 48
   - 4-A. Factores y aspectos incidentes . . . 48
     - 4-A-1 Crecimiento económico . . . 48
     - 4-A-2 Expansión demográfica . . . 48
     - 4-A-3 Relaciones Estado-Municipio . . . 48
   - 4-B. Financiamiento interno y externo . . . 49
     - 4-B-1 Financiamiento interno . . . 49
     - 4-B-2 Financiamiento externo . . . 49
     - 4-B-3 Financiamiento externo-interno. Diluido . . . 49

5. APROXIMACION PRAGMATICA DE LA CRISIS DE LAS FINANZAS MUNICIPALES . . . 50
   - 5-A Aspectos generales . . . 50
   - 5-B Aspectos propiamente financieros . . . 51
   - 5-C Problema financiero: problema de valores . . . 51

6. CONCLUSIONES . . . 52
   - 6-A Conclusiones generales . . . 52
   - 6-B Conclusiones útiles . . . 52
   - 6-C Conclusión convertida en proyecto . . . 52
     - 6-c-1 Aspectos jurídicos . . . 52
     - 6-c-2 Aspectos financieros . . . 53
     - 6-c-3 Aspecto político . . . 53
       - 6-c-3a. Político-financiero . . . 53
       - 6-c-3b. Político-administrativo . . . 54

BIBLIOGRAFIA CITADA . . . 55

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA . . . 56

## *ACLARACION*

*El presente trabajo, análisis o esquema sobre la crisis de las finanzas municipales, contiene varios aspectos. Si bien se trata con este estudio, –originado para cumplir un requisito académico– analizar un problema concreto, su esquema histórico, lo que hace es ubicarnos en el contexto municipal costarricense que al final del trabajo, señala problemas reales, actuales, socio-políticos y financieros de nuestra problemática municipal, que fue, es, y será siempre, el fundamento y sostén de la democracia tradicional costarricense.*

# INTRODUCCION

*"El Municipio, si bien es cierto que necesita de la comunidad, del vecindario, del pueblo, de la ciudad, para existir, no es sinónimo de estas categorías".*
(Documentos Municipales del IFAM)*

El tema, en sí problemático de "Aproximación Histórica de la crisis de las Finanzas Municipales", si agregamos la interrogante de la crisis del municipio como institución histórica en el desarrollo de los pueblos, puede adquirir cariz enigmática del fundamento actual de la institución municipal en las ciudades grandes, cuya extensión financiera adquiere caracteres "astronómicos" que superan los problemas de carácter nacional, en los Estadios Nacionales, de no hace mucho.

Sin embargo el vertiginoso crecimiento de las Ciudades, el Municipio, la institución municipal, que ha sido golpeada por las cambiantes situaciones político-estatales, sigue manteniéndose como verdadero pilar de la sociedad general en casi todos los países del orbe.

Tratándose de una institución universal, de primitiva, como actual raíz del gobierno local organizado, para los fines de este estudio nos vamos a referir en concreto al municipio y las crisis financieras de las municipalidades de nuestro país, Costa Rica, pero el resultado didáctico –casi podemos asegurarlo– es o podría ser igual o muy semejante en cualquier otra municipalidad, pues los problemas que de forma o en lo específico podrían ser distintos, en el fondo vienen de una sola raíz, el crecimiento demográfico y el consecuente crecimiento de las necesidades cada vez mayores y de mejor calidad en el suministro de servicios nuevos, mejorar los antiguos, para satisfacer mejor y alcanzar a más ciudadanos con esos beneficios. Todo eso no es tarea fácil, y menos fácil alcanzar cumplir con esos servicios en un creciente recaudo inflacionario, en otro ajuste, reajuste y nuevo clímax de crisis financiera.

En realidad los problemas financieros, si bien pertenecen a otras ramas de las ciencias como las económicas, administrativas, financieras, fiscales y monetarias, no pueden ser apartadas de lo que nuestra rama de la Historia del Derecho pueda enfocar para el análisis de la institución jurídica que es el Municipio y su incidencia en el régimen jurídico total de una nación.

Consideramos que el presente trabajo debe contener una visión histórico-institucional, formación jurídico-política que nos lleva a la situación financiero-administrativa actual de ese ente laborioso, eslabón social que a través de los siglos ha servido de guardián en la continuidad de los pueblos en la transición histórica de regímenes y civilizaciones, lo que todos conocemos por el Municipio.

Todos vivimos dentro de alguna jurisdicción municipal, directamente, o en algún distrito adscrito a una municipalidad. Las corrientes demográficas tienden más su expansión hacia zonas urbanas.

---

*** IFAM; Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, "Temas de Derecho Municipal". Imprenta Lehmann S.A., San José, C.R., 1973.**

Costa Rica que es un país de raíz eminentemente campesina, donde hace veinticinco años sólo el veinte por ciento de sus habitantes fue de población urbana, tiende ahora a cercarse con casi a la mitad de la población total del país en zonas urbanas, y la mitad rural. Lo anterior a vía de ejemplo de la existencia de zonas más densas de población, que requieren más servicios comunales y sin embargo son muy pocas las personas —y en eso entran también los medios de comunicación colectiva— que se preocupan y miren al municipio con la seriedad que merece, sea porque saben muy poco, o no es objeto de debate o debate poco frecuente, sobre aspectos municipales, y mucho menos sobre las crisis financieras que los municipios afrontan, y sin darnos cuenta ha de incidir en los servicios buenos o malos que cotidianamente nos brindan los municipios.

Pensamos que esos temas tienen mucha más importancia, de lo que generalmente se les ha dado en años recientes, principal y fundamentalmente en el sistema democrático que vive nuestra patria, y de interés para todas las democracias, puesto que la base de la estructura general del Estado, es el gobierno local, —que en nuestro país es un ente autónomo— y si desfallece el ente del gobierno local, con toda lógica ha de repercutir y reflejar en el ente del Gobierno Central, aunque se da el caso que por ampliar su poder, el Poder Ejecutivo perjudica a las municipalidades, debilitando sus finanzas que debilita su poder político, que al final del camino perjudica al Poder Ejecutivo a la estructura general del Estado.

Consideramos, que precisamente por lo amplia que es la problemática municipal, y sus finanzas, no será posible extender este trabajo a toda su magnitud, imposible que podríamos desarrollarlo y agotarlo y nos limitaremos hacer un bosquejo del problema, ya que no hay duda, que los centros de enseñanza desde la primaria a intensificar en la secundaria, deberían llevar a la conciencia de los futuros ciudadanos la importancia del municipio y la importancia de su solidez económica para cumplir su cometido en beneficio de la comunidad.

Aunque el interés primordial del presente trabajo es en cuanto a la crisis de las finanzas municipales, procuraremos estructurarlo basado en el origen de esta institución y su desarrollo histórico-jurídico en nuestro país, para localizar al municipio actual y sus múltiples tareas comunitarias que son pilares de la organización política general.

## 1. EL CONCEPTO DE MUNICIPIO

*"La buena organización es aquella a través de la cual los que la integran realizan tareas superiores a las que individualmente parecían capaces de efectuar"* (1).

**1-a) Definición Ius-naturalista:**

Para los ius-naturalistas, el Municipio emana de la realidad humana, que no puede ser ignorada por quienes tienen a su cargo su organización y su legislación, siendo este un legítimo derecho natural de organizarse los pueblos para la realización de las tareas comunes de la colectividad de un determinado lugar, y que el legislador no puede negar el goce de la vida municipal, o que trate de reducir sus poderes. El Municipio es una realidad social, no es por obra del legislador, sino que es una organización necesaria que nace de la naturaleza. Es la sociedad formada por un grupo de hombres que se unen para realizar tareas por la defensa y el desarrollo de su pueblo conforme a los postulados de Cicerón, quien nos dice:

> *"El género humano ha nacido con el instinto de la unión, de la asociación, y de la Comunidad"* (2).

No podemos en este trabajo elaborar una idea en pro o en contra de la posición ius-naturalista,

---

(1) MILLET & BELL, Salvador. **"La dirección de los negocios en los Estados Unidos"**, tomado de Diccionario Frases Célebres de Jorge Sintes. Pros Ed. Sintes, Barcelona, 1960.

(2) CICERON, Marco Tulio. **"Antología del Pensamiento Jurídico"**, Selección de materiales de estudio. Curso Filosofía del Derecho, U.C.R. 1971.

que bien pudo ser, como el propio derecho subjetivo de cada persona, el germen que motivó esta organización jurídica, pero lo cierto es que el municipio que hoy conocemos es una institución jurídico-política, cuya creación legal, y vida administrativa-financiera emanan de la Constitución y las leyes.

**1-b) Definición Positivista.**

Esta definición, conocida también como sistema legal o francés, define al municipio fundamentalmente como creación legal del legislador. Esta definición parte principalmente de la base constitucionalista de Hans Kelsen, quien afirma que:

> *". . .las entidades locales, por esencia, no son otra cosa que orden jurídico, aun cuando condicionado por hechos naturales. Del mismo modo se comprende que la prioridad temporal de esos hechos no autoriza que el municipio haya sido anterior al Estado. Si eso fuera cierto, es decir, si la comunidad parcial hoy existente como municipio hubiera precedido a la comunidad totalitaria que conocemos bajo el nombre de Estado, es que el Estado habría coincidido con el municipio, es decir, el municipio habría sido el Estado"* (3).

Con el mismo criterio, —de fobia al dogmatismo— pensamos que el criterio positivista dogmático tampoco reúne una definición satisfactoria, que bien puede aceptarse como "regla de juego" en la interrelación institucional con el Estado, sean estos instituciones del gobierno central, o instituciones autónomas estatales o para-estatales, y los deberes y obligaciones formales en su interrelación con los vecinos jurisdiccionales del municipio, la existencia filosófico-histórica del municipio, nos afirma su raíz "un poco más allá" de la simple voluntad arbitraria y discrecional del legislador.

**1-c) Definición pragmática legal.**

En un Estado de derecho, como lo es el nuestro, las relaciones inter-institucionales, si bien es importante para efectos gnósticos, su desarrollo histórico y fundamento socio-humanístico, de la institución municipal, para la vida jurídico-pragmática, no podemos tener otra definición del municipio, que la definición dada por el Código Municipal (4), que enuncia en sus primeros tres artículos que en resumen definen la concepción pragmático-jurídico del municipio:

> *"Artículo 1. El Municipio es el conjunto de vecinos del mismo cantón de la República, quienes promueven y administran sus propios intereses a través de las municipalidades".*
> *"Artículo 2. Las municipalidades son personas jurídicas estatales con jurisdicción territorial determinada".*
> *"Artículo 3. La jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón. La población cabecera del cantón es la sede del Gobierno Municipal y tendrá el título de ciudad"* (5).

Estas definiciones, conllevan en sí todas las posibles, porque es una manifestación de voluntad, o manifestación de principios condensados, hechos voluntad de la sociedad actual, que vive activa, trabajan bajo la dirección establecida por el vigente Código Municipal que rige los derechos, obligaciones y deberes de los Gobiernos municipales, en sus relaciones con otros entes públicos, y sus gobernados locales.

**1-d) Definiciones resumidas:**

En realidad, no es tarea fácil, dar una definición y no cabe un dogmatismo de ninguna especie para definir correctamente lo que es el municipio y la municipalidad, por la gran variedad de conceptos que hay sobre lo que es o debe ser el municipio. Las divergencias de criterio podemos justificarlas en el origen de los tan variados sistemas, formas y regímenes municipales que conocemos. Sin embargo, creemos útil consignar una definición global, común a todos, que para los efectos de ejercicio didáctico, que es el presente trabajo, pueda despertar algún interés.

En este contexto conviene definir resumidamente que el concepto de municipio comprende la extensión territorial, sus recursos y sus habitantes, dentro de una división política y administrativa de un país, que designó un espacio territorial dentro del cual ejerce su jurisdicción la municipalidad.

---

(3) KELSEN, Hans. "Teoría General del Estado", Editorial Nacional. México 1957, pág. 245.

(4) Código Municipal, Ley No. 4574 del 4 de mayo de 1970. Publicaciones IFAM No. 3 Imprenta, San José, C.R. 1972.

(5) Código Municipal. Ob. cit.

Así vemos, al municipio, como una entidad jurídico-política, con personalidad propia; con autonomía y facultades propias concernientes al gobierno y administración dentro de su jurisdicción local, cuyos poderes y facultades emanan de la voluntad de la comunidad, reconocidas por la Constitución y las leyes —en comunidades primitivas por derecho consuetudinario— que expresa mediante su voluntad de la elección de los ciudadanos locales en quienes delegan la responsabilidad de la conducción de los intereses del Municipio.

## 2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MUNICIPIO

*"...Como las hojas de los árboles nacen y perecen, así pasan del hombre las edades; que unas hojas derriban por el suelo los vientos del otoño y otras cría la selva al florecer, y ufanas crecen al aliento vital de primavera; y las generaciones de los hombres así, con este nace aquella muere".*

La Ilíada (6).

### 2-a. MUNICIPIO: INSTITUCION Y GENERACIONES.

Es imprescindible evitar el error común que muchos cometemos al tratar de problemas actuales, sin hacer referencia a la historia. Somos lo que somos, por las circunstancias históricas que así nos moldearon. Mucho menos, cuando se trata de una institución histórica como el municipio, es imposible llegar al momento histórico actual y penetrarse en sus consecuencias financieras sin dar un repaso aunque sea brevemente, de los antecedentes históricos de esta institución tan común a las organizaciones humanas.

En nuestro país, históricamente joven, esta institución, nos vino de España, pero a la vez influenciada por sus circunstancias históricas que vienen desde la antigua Roma, y esta por Grecia y las civilizaciones antiguas, que para ubicarnos en el espacio histórico actual, sea la vida histórico-política de la Costa Rica independiente.

No podemos sin embargo hacer cumplir con el rigor intelectual perfecto, el consejo del maestro Julián Marías, quien nos advierte que:

*"...sin un esquema provisional de las generaciones de una época no se puede descubrir la estructura del mundo en ella; pero por otra parte, sin una analítica de la vida humana, individual y colectiva, no se puede determinar la serie efectiva en aquellos"* (7).

Así, sin desatender del todo este consejo de Julián Marías, y pensando también en el historiador Barraclough que, preocupado por situaciones similares nos decía:

*"...Sin duda, no estudiamos el pasado por la importancia que puede tener para el presente. Pero esta no es una razón para dejar de consignar claramente, reconociendo siempre los límites de nuestra labor, la influencia que la investigación especializada pueda ejercer en las ideas contemporáneas y el impacto de la investigación histórica sobre las mismas"*(8).

Lo que nos obliga, pero a la vez limita **procurar** dar una sinopsis demasiado resumida.

### 2-b. EDAD ANTIGUA:

#### b-1. Los hebreos.

Hemos de tomar en cuenta que la organización social de grupos, pudo originarse con la "se-

---

(6) HOMERO. "La Ilíada" citada por Julián Marías en *"El Método Histórico de las Generaciones"*. Revista de Occidente Madrid, 1961, pág. 146.

(7) MARIAS, Julián. "El Método Histórico de las Generaciones", Rev. de Occidente, Madrid 1961, pág. 160.

(8) BARRACLOUGH, G. "La Historia desde el Mundo Actual", Revista de Occidente, Madrid, 1959, pág. 30.

dentarización" del hombre, ya que en su etapa nómada, la organización era simple "militar" y tenemos así referencias bíblicas de organización socio-militar, que bien pudo dar origen a la división "político-administrativa" posterior, conforme el relato del Exodo:

> *"24) —Y oyó Moisés la voz de su suegro, e hizo todo lo que dijo. 25) Y escogió Moisés varones de virtud de todo Israel y púsolos por cabezas sobre el pueblo, caporales sobre mil, sobre ciento, sobre cincuenta y sobre diez. 26) Y juzgaban al pueblo en todo tiempo: el negocio arduo traíanlo a Moisés, y ellos juzgaban todo negocio pequeño"* (9).

lo que nos da una reseña de organización de grupos, desde la cual partió luego la idea de "divisiones", y tribus, nación y reino.

**b-2. Grecia:**

El concepto político-administrativo en Grecia antigua, tenía la visión de Polis, de la Ciudad Estado. Si bien sus estructuras fueron de horizonte estatal, si los desmenuzamos notamos los aspectos netamente localistas en busca de una hegemonía, confundiendo muchas veces las funciones religiosas, comunitarias y político-estatales. Sin embargo sus instituciones políticas, aun las locales, fueron parte del armazón administrativo de Ciudad Estado como los Arcontes la "Boule" o Consejo, la "Ecclesia" o Asamblea Pública y el Consejo del Areopago fueron instituciones que extendían sus brazos al Estado total (10).

En Grecia se dio lo que desde el punto de vista ius-naturalista se analiza al municipio, sea como un derecho inherente a cada localidad y grupo de organizar su vida social local. Esto se asemeja a la explicación que da Kelsen cuando expone sus dudas de si el Municipio es antes, o parte del Estado.

> *"Si esto es cierto es decir, si la comunidad parcial hoy existente como municipio hubiere precedido a la comunidad totalitaria que conocemos bajo el nombre de Estado, es que el Estado habría coincidido con el municipio, es decir que el municipio habría sido el Estado"* (11).

**b-3. Roma:**

Se puede señalar que el verdadero origen del Municipio tuvo su embrión en la organización política romana; su nombre es romano; Munícipes o Cives se llamaban a los que pertenecían a una población determinada, y su estructura sirvió de mucho al Imperio Romano para facilitar su política y la aplicación del "Jus Gentium" que permitía aplicar el derecho del lugar en el vasto imperio romano a los Munícipes, que no ostentaban la titularidad de "Cives Optimo Jure", Ciudadano romano con plenos derechos. Así los Munícipes o Cives se dividían en cuatro grupos: "Origo", los nacidos en ella: "manumissio", o los libertos y sus hijos, porque pertenecían a la ciudad su patrono, "allectió"; o los admitidos a ella y los "adoptio" o los adoptados por un individuo de la ciudad (12).

El desarrollo del Municipio en Roma, avanzaba con la misma expansión imperial. La compleja estructura del derecho romano, la amplitud del Cives Romano en contraposición de los que no lo fuesen, fue amortiguándose con las relaciones de los pueblos conquistados, que desde Municipios o Civitas con derechos limitados totalmente hasta ir otorgando a los municipios y sus Cives el "Jus Comercii", "Jus provocatonis", "Jus Connubii" hasta la pública Jura o "Jus Suffraguii", derechos que gozaban los cives romanos de pleno derecho, y los Municipios los iban conquistando con tiempo para sus cives; habitantes del lugar. El Municipio fue usado por Roma principalmente como organización local para recaudar tributos regularmente. Concedían así a los habitantes la ciudadanía romana "sine sufragii", concediendo los demás con la obligación de pagar ciertos Tributos y servir en sus ejércitos. Estos derechos fueron otorgados en virtud de las Leyes Julia y Plautia Papiria (90-99 A.C.) a los "municipiam" que en esta forma obtuvo la Soberanía romana, que luego se extendió a todo el Imperio. Roma así, respetaba la autonomía administrativa de los gobiernos locales, práctica que se unificó por la Lex Julia Municipalis (45 A.C.) que se extendió a todo el Imperio, eliminando la variedad de leyes esparcidas. Podemos así especular que el municipio organizado comenzó en Roma.

---

(9) **BIBLIA "Libro Exodo", 18 - 24/26 - En original hebreo - Yehoash Farlag Gezelselnaft, Forward Edition U.S.A. 1957, pág. 119.**

(10) **GUIER, Jorge E. "Historia del Derecho" Editorial Costa Rica, San José, 1968, pág. 294-317.**

(11) **KELSEN, Hans: "Teoría General del Estado". Ed. Nacional, México 1951, pág. 245/6.**

(12) **FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo. "Diccionario de Derecho Romano", Ed. SEA. Buenos Aires 1962, pág. 417.**

La Organización característica del municipio romano, consistía principalmente en: 1) Un territorio; 2) Un Pueblo o Asamblea General; 3) Cuerpo deliberante o Curia; 4) Culto a los dioses. Los órganos de poder del municipio eran: Los "Douviri jure Dicundo" eran magistrados municipales con jurisdicción civil y criminal; los Ediles, que tenían a su cargo la policía, los mercados, la fiscalización de pesas y medidas de las calles y monumentos, la higiene y la aplicación de los castigos. Los Quaestores, nombrados por la Comitia Tributa, tenían a su cargo el tesoro y asuntos financieros. El Censor: un magistrado de elección, —primero era patricio y luego popular—, tenía a su cargo los problemas de la moral, y al Magistrado defensor de los particulares frente a la curia, y los excesos de poder de los funcionarios del Imperio. (El germen de la idea del Ombudsman actual). La explicación un poco más detallada del municipio romano, se debe a que es el "progenitor" de nuestro municipio, que nos viene de España. El municipio español, evolucionó con la evolución del municipio romano durante la dominación, y tanto el romano como el municipio español, se fueron debilitando como instituciones. Con la llegada de los bárbaros ya eran instituciones en decadencia.

## 2-c. EDAD MEDIA:

### C-1. El Municipio Visigótico.

El Municipio, ya en decadencia antes de la caída del Imperio Romano, se levantó fortaleciéndose por la misma circunstancia de las invasiones y guerras, que obligaba a los pueblos organizarse y defenderse. La institución municipal conservó entre los visigodos la organización parecida o la misma que tenían en los últimos tiempos el Imperio, y se puede llegar a pensar que el municipio europeo en general de la Edad Media es derivado del romano visigótico. El municipio romano visigótico no pudo conservarse entre los pueblos que iniciaron la reconquista por las constantes migraciones que tornaron en nómadas a esos pueblos. Los poblados se formaron por concesiones que hacían los reyes a los que querían ocupar y poblar lugares próximos a las fronteras del dominio enemigo. Sin embargo la situación de guerra reinante, se formaron pueblos y se organizaron los existentes, bajo el Concilium Ventus Vecinorum o Conciliabulum, un Concejo o Asamblea. Institución originaria en Roma para los lugares próximos a las vías de comunicación, traída a España por los visigodos como institución germánica. La aplicación del Conciliabulum a las villas y ciudades de la Edad Media, se convirtió en Concejo o Municipio de aquella época.

En resumen los visigodos poco a poco transformaron el concepto de municipio romano primordialmente urbano, en un concepto más rural por el lógico desarrollo del sistema feudal, desapareciendo la antigua organización municipal romana.

Dentro de esa organización germánico-visigoda se desarrollan y surgen los fueros municipales.

La concepción de siervo para los germánicos no quería decir esclavo en el sentido romano, sino que no es señor, pero libre. Los señores, tanto seculares como eclesiásticos delegaron la facultad de escoger su propio gobierno local, no originado en derecho escrito, sino en el derecho consuetudinario vigente, sea como reconocimiento tácito de los señores a los pueblos.

Del siglo VII al X hay auge en la reconstrucción de pueblos, con el ensanchamiento de fronteras, organizándose los incipientes municipios con prácticas del antiguo municipio electivo romano.

Del siglo X a finales del siglo XII los municipios se tornan más democráticos, ya que gozan de cierta autonomía reconocida por las cartas forales, siempre bajo el vasallaje del monarca y del señor. El Poder político está en la Asamblea de vecinos, Concejo o Cabildo abierto.

Del siglo XII al XIV, los cabildos abiertos ceden lugar al Concejo Cerrado o Ayuntamiento, que simplifica la Asamblea General, elige y delega en funcionarios del Concejo para dirigir los negocios comunitarios.

Del siglo XIV en adelante, comienza la intromisión del poder real, —el Poder centralizado— que aunque manteniendo la elección popular, y los principios de autonomía, se debilitaban los municipios, pues no pueden defenderse y quedan sujetos al monarca, comenzando nuevamente la decadencia de los municipios, quedando supeditados a la voluntad de los señores, que luego van otorgando fueros que generarían un nuevo auge de los municipios.

### C-2. El Régimen Municipal Español.

La importancia de la evolución del régimen municipal español, no es sólo por su interés especial que tiene para este estudio el municipio español como predecesor de los municipios en América, y concretamente de Costa Rica, sino como testimonio histórico de la constante evolución de influencia de poder y decisivo factor del desarrollo

de las municipalidades en relación con el poder central.

Por otra parte, sería muy difícil dar una definición global del municipio de la Edad Media, común a toda España, por razones circunstanciales tan variantes en esta época de la historia y por la variedad de condiciones y situaciones especiales de las distintas regiones peninsulares que crearon distintas modalidades de municipios, y trataremos de subdividirlos en varias etapas.

**C-2-a. Romano-Barbárico:**

Los pueblos germano-bárbaros, después de la conquista de Roma —siglo V - D. C.— al organizar su gobierno adoptaron muchas de las instituciones romanas —que en definitiva absorbieron en el transcurso de la historia—, y la institución del municipio, como muchas otras instituciones del Derecho Romano, lejos de ser eliminadas por los conquistadores, los fueron consolidando durante la Edad Media. En esta forma, España que formaba parte de Roma, como una provincia del Imperio, desarrolló su régimen municipal híbrido que denominamos "Romano-Barbárico", que podemos definir en sus estructuras generales, muy semejantes al clásico municipio romano.

Con el transcurso del tiempo, por las circunstancias históricas de los sucesos, y la influencia de las invasiones visigodas y moros, han transformado el municipio clásico romano, por algo que ya fuera propio español, un municipio medioeval español con una fisonomía propia, ya alejada del sistema primitivo.

**C-2-b. Moro-Visigótico.**

La historia, moldeadora de hombres, creadora de pensamientos e ideas, no puede quedar al margen, al analizar la institución del municipio. Así, al invadir los visigodos la Península, van a implantar sus propias costumbres, y entre esas, las referentes al gobierno local de los pueblos, que resultan en hondas transformaciones dentro del Municipio, coincidiendo con las transformaciones y "ajustes" muy ligadas a los grandes problemas de los pueblos que en esas circunstancias tuvieron que afrontar.

Por otro lado, con la invasión árabe-musulmana a España en el año 711 con la Batalla de Guadalete, los moros penetraron en España, y sus avances de penetración llegaron a tal grado, que a fines del siglo VIII habían dominado las dos terceras partes del territorio de la Península. Quedaron exentos de la invasión solamente la región norte; León, Navarra, Castilla, Aragón y Barcelona. Algunos de ellos soportaron las incursiones temporales de la conquista.

Los Moros implantaron sus leyes, y dentro de su organización incluyó los cambios de los gobiernos locales. El actual Alcalde, es de origen moro.

Imposible, y tal vez innecesario extendernos en esta fase, pero sí es muy importante en el desarrollo de los municipios en este choque violento de las culturas, y "visiones del mundo" —weltanschaung— de los invasores del norte y del sur, que indiscutiblemente, formaron España, asimismo forjaron los gobiernos locales, con carácter español.

Lo más importante históricamente es que a raíz de la invasión musulmana, los hispano-godos huyeron a las montañas, donde organizan la lucha por la reconquista, y en esta etapa los municipios juegan un papel muy importante.

En esta forma la reconquista forja un régimen municipal español de la Edad Media, como producto de esa reconquista, organizado sobre la base del derecho germánico, predominando la función judicial a través del "Conventus Publicus Vicinorum".

Con el tiempo se fortalece el régimen municipal, las villas y ciudades van segregándose del Condado. Así al "Comes" o "Judex electus rege", encargado de la presidencia de la Asamblea judicial del Condado, le sucede el "Judex" elegido por la "Asamblea de vecinos" y la de los vicarios para el desempeño de cargos particulares, los alcaldes de elección popular que fueron nombrados en sus cargos por un año.

**C-3. Fueros Municipales:**

La estructura feudal de la Edad Media, limitaba el desarrollo social. Sin embargo, por necesidad o con "visión política" los señores tuvieron que ceder ciertos poderes. Así los Fueros constituyen una legislación especialmente emitida para los municipios. Mediante el fuero, el Rey o el señor concedían la propiedad de la villa a los pobladores quienes a su vez, se obligaron a cumplir las estipulaciones del Fuero y juraban guardar fidelidad al señor y al Rey.

En muchos casos los Fueros emergían de un convenio directo entre el Rey y el municipio. En la mayoría de los casos, aunque se le dio visos de constituir una creación arbitraria del legislador, en realidad surgieron o derivaban su creación del derecho consuetudinario.

**C-4. Hacienda Municipal.**

El presente trabajo, tiene como meta las crisis de las finanzas municipales. Si bien sería difícil ca-

racterizar las finanzas municipales de la Edad Media dentro del mundo feudal de la época, es tal vez conveniente hacer una breve referencia general de ese aspecto en aquellos tiempos.

Generalmente los municipios o concejos disponían de tres tipos de ingresos principales: 1) Tributos que pesaban sobre los vecinos, 2) Ingreso por concepto de multas a aquellos pagaban y 3) Las tierras propias adquiridas mediante cesión que hacía el Soberano y el señor feudal al fundar la Villa, o ganadas por el municipio en guerras con otras comarcas.

Habían otras rentas concejiles, sean cargas extraordinarias denominadas "arbitrios" que debían soportar los vecinos en casos de verdadera necesidad general.

El problema de las contribuciones, crearon a veces situaciones económicas apremiantes para los vecinos, quienes además debían su tributo al Rey y a los señores feudales (13).

## 2-ch. EDAD MODERNA; EPOCA RENACENTISTA:

Coincide esta época con la conquista de América, y aunque es importante en el desarrollo de los municipios en la madre patria España en ese tiempo, ya que influye en el traslado de esta institución del Cabildo a las posesiones americanas, no podemos negar el hecho que el municipio americano —de las indias— ha de resultar de mucha semejanza.

Una pauta histórica, sí es muy importante señalar, la rendición de Granada produjo la hegemonía del Reino de Castilla, que condujo a la centralización del poder en manos de los Reyes, hecho que directamente afectó la organización municipal. En España —coincidiendo con la formación de los Estados Nacionales en Europa— la organización municipal, de espíritu imbuido de Estado-Ciudad, cedió el campo al Estado-Nación, y comienza en España la tendencia de unificación jurídica peninsular, no tanto por la expansión imperialista del derecho castellano, sino por la creación de un nuevo derecho nacional.

En esta situación político-histórica se encontraba el municipio en la península, un trasplante del viejo municipio de la Edad Media, amoldeado a las nuevas circunstancias. Muchos opinan que el municipio hispanoamericano es un trasplante de este municipio español medioeval. Nosotros opinamos, que no se puede hablar de un trasplante en sentido estricto, aunque las corporaciones municipales de América derivan su personalidad y configuración de los cabildos de España, es cierto que este fue la inspiración que mantiene su espíritu, en rasgos generales, pero hay configuración y desarrollo auténtico americano con la creación y organización adaptados a la época y circunstancias americanas, a lo que haremos referencia posteriormente.

Así, sin dejar de mencionar brevemente estos aspectos, ni desconocer esta época histórica, pasamos —para ubicarnos en nuestro país, Costa Rica— a la época colonial.

## 2-d. EPOCA COLONIAL; COSTA RICA.

Lo ideal sería enmarcar a Costa Rica dentro del contexto general de la América Colonial, lo que por otro lado extendería más de lo que ya lleva este trabajo, en los aspectos no medulares. Trataremos de hacer una sinopsis de esta época.

### 2-d-1. El Municipio en América:

Hay una corriente fuerte que afirma constantemente que el régimen municipal de las Indias fue un trasplante que puede identificarse en lo general con el viejo municipio castellano-Medieval. Sin embargo hay razones históricas suficientes para afirmar que el municipio adquirió fisonomía propia con el transcurrir del tiempo y principalmente en la época preindependentista de las Juntas Americanas, que si bien fueron una reacción a la invasión francesa eran forjadores de los gobiernos locales independentistas, desligadas del régimen de la Corona de España, y de sus formas arcaicas (14).

En los primeros años de la colonia, el ayuntamiento era el centro de la vida local por medio del cual los vecinos de las poblaciones nacientes, lograron satisfacer sus necesidades. A través del Municipio los colonos realizaban sus aspiraciones sociales, y fue el organismo "contralor" de los excesos en sus privilegios, de los señores.

Esta organización no tardó en experimentar la decadencia, cuando en 1680 las leyes instaron la venta de los puestos concejiles, que así quedaron

---

(13) BRENES VILLAR, Carlos R. "Aspectos histórico-jurídicos del régimen municipal costarricense". Tesis U. de C.R. 1970.

(14) VIEILLARD, BARON, Alain. "Temas de Historia de la Cultura". Pub. Univ. de Costa Rica C. Univ. R. Facio, 1964 (pág. 61).

en manos de las oligarquías económicas, que enfocaban el Municipio con el "cristal del color de sus intereses", y no fue sino en los años previos a la independencia con las Juntas locales, dentro del plan general de repulsión a la invasión francesa y en apoyo de Fernando VII, que nace el ardor patriótico, y se convierten en verdaderos intérpretes del sentimiento de los pueblos, que fue luego el bastión de las luchas por la independencia de España.

**2-d-2. El Municipio colonial costarricense:**

La colonización española de Costa Rica, que comenzó cuando en su cuarto y último viaje, llegó Colón a Cariari, en la Bahía de Limón, litoral atlántico de Costa Rica en 1502 (18 set.) y comprende el período hasta la independencia en 1821 (15 set.) (15).

Todos los historiadores concuerdan en que la formación peculiar de los colonos costarricenses que también fue la forjadora del peculiar carácter de la nacionalidad costarricense, que al historiador Carlos Monge Alfaro designa como *"democracia rural":* en ella *"no hubo castas ni esclavitud"* (16).

Esto originó que en el enfoque costarricense ha sido aún más desligado el concepto de municipio de las viejas estructuras para crear una "visión" propia por la peculiar situación histórico-geográfica de la Costa Rica colonial; su circunstancia de apartamiento y lejanía, como nos afirma un autor autorizado costarricense:

> *"El caso es que la comunidad, incoada por la fuerza, fue creando ella misma su propia situación; una "figura de mundo" nutrida de vigencias"* (17).

Los municipios nacientes de este grupo de colonos, necesariamente tenían su expresión ideológica de un grupo de gentes que evadían el poder de la corona, como lo relata Gonzalo Chacón Trejos:

> *"En 1563 un centenar de familias españolas se establecieron en el altiplano y fundaron Cartago; los indígenas murieron a consecuencia de pestes y los colonos se reunieron para decidir si abandonaban la fresca y rica zona de Cartago por otra, con mano de obra indígena o quedarse allí y trabajar con sus propias manos. Decidieron quedarse y fueron los únicos españoles que hicieron vida de pioneros aislados durante 145 años.*
> *En 1717 formaban una comunidad de 2330 personas que igual que los pioneros norteamericanos, se autogobernaban democráticamente; se propagaron y mantuvieron su espíritu de pioneros"* (18).

Con esta "visión del mundo" —su "weltanschaung"— los colonos sentaron base futura del espíritu nacional del pueblo costarricense (19).

Durante todo el lapso histórico de la Colonia las actividades y desarrollo económico-sociales y políticos transcurrían muy lentamente. La gran mayoría de la población se concentró en la Meseta Central, donde se instaló el gobierno, y se dedicaron a las rústicas actividades agrícolas que todavía en el siglo XVII nuestro país era "una de las más infelices provincias del imperio colonial español. La mayor parte de los colonos residía en Cartago que no era más que una aldea de ranchos pajizos" (20).

Los documentos de aquella época nos relatan la situación, en especial un documento de 1604 que informa:

> *"La casa donde se reunía el cabildo estaba hecha de paredes de barro y techo de paja"* (21).

Más explícito aún es la referencia a un informe del año 1808:

> *"...La mayor parte de los vecinos viven en extrema pobreza en casas que con cualquier rocío se mojan quienes las habitan; y los que se mueren no tienen iglesias en que los entierren por estar rotas y deshechas; que no hay cárceles, ni carnicerías, y la plaza tan cubierta de yerbas que sirve a los forasteros de potrero para apacentar caballos. Tal población no parece ciudad de españoles sino estancia despoblada"* (22).

---

(15) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. "Cartilla Histórica de Costa Rica", 44a. Edición, A. Lehmann, San José, 1970.

(16) MONGE ALFARO, Carlos. "Historia de Costa Rica", 13a. Edición, Imp. Trejos Hnos. San José, 1966 (pág. 137).

(17) CORDERO, José Abdulio. "El ser de la nacionalidad costarricense". Ed. Tridente Madrid, 1964.

(18) CHACON TREJOS, G. "Costa Rica es distinta en Hispano-América". Imp. Trejos Hnos. San José, 1969, pág. 8.

(19) MONGE ALFARO, Carlos. Ob. cit., pág. 73.

(20) MONGE A., Carlos. Ob. cit., pág. 81.

(21) MONGE A., Carlos. Ob. cit., pág. 75.

(22) MONGE A., Carlos. Ob. cit., ibídem.

Así como en otras provincias del Imperio los cargos públicos municipales se subastaron por disposiciones legales de la Corona, adquiriéndolos las personas de más recursos, en Costa Rica, fueron obligados los vecinos a servir los cargos concejiles obligatoriamente y sin retribución alguna. Anualmente debían designarse a cuatro personas sin incluir a los Alcaldes, que fueron nombrados por el gobernador que por la falta de personas preparadas, fueron "reelectos" los mismos. Se puede decir que prácticamente sólo en Cartago se dio un ayuntamiento constante, con pequeños lapsos de tiempo que no pudo mantenerse.

Una sinopsis de esta situación, es un informe del Tesorero de Costa Rica, Juan de Echavarría Navarro, nombrado en 1618 y suprimido su cargo por "falta de presupuesto" en 1635, informó en 1627 —y eso nos ha de servir para nuestro estudio de los "déficit o crisis de las finanzas municipales"—, ya que no otra cosa fue entonces la Real Hacienda de la Provincia, que:

> *"...Los derechos almojarifazgo que se cobraban por la entrada de los buques en los puertos de Suerre y Caldera, ascendían a quinientos cincuenta pesos, y como el sueldo del Gobernador era de dos mil setecientos pesos y el del Tesorero mil ciento dos, resultaba que en realidad que el Real haber sería alcanzado en unos dos mil pesos cada año. Ese déficit se tomaba de las cajas de Nicaragua. Las finanzas de la provincia acusaban una situación desesperada. No era racional esperar un aumento en las entradas, porque como no había agricultura ni comercio, tampoco había buques que originaran derechos de importación, ni se podía pensar en alcabalas porque de ellas estaba exceptuada esta provincia en razón de su pobreza"* (23).

Así las cosas, casi podemos afirmar, que antes de la Constitución de Cádiz de 1812 no se puede hablar de un régimen municipal en Costa Rica.

En el lapso del 1812 —Constitución de Cádiz— y 1821 —la independencia y primera Constitución Costarricense; El Pacto de la Concordia—, la organización municipal adquirió rango constitucional por mandato de la Constitución de Cádiz (15 de mayo de 1812) que fuera la base e impulsadora de los movimientos independentistas que surgían de las juntas paralelas a los municipios. La reglamentación de los gobiernos locales de la Constitución de 1812 dio origen a la reorganización de las poblaciones. La abolición del Tribunal de la Inquisición fue un factor muy importante para la Colonia, pero con mucho énfasis en Costa Rica, cuyos pobladores la temían en grado mayor, y que fue la causa del apartamiento en las montañas por su origen sefardita (24).

Asimismo la abolición de los señoríos, de las torturas, e instaurando la libertad de imprenta y la representación popular que hizo la "apertura" democrática. Esta Constitución le dedicó extensos artículos a los municipios. Los artículos del 309 al 323 inclusive del Título VI de la Constitución se denominó "Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos", estipulando la organización y la forma de integrarse los municipios, que fue la base de la organización municipal posterior.

## 3. EL MUNICIPIO COSTARRICENSE.

Hemos analizado bosquejando algunos aspectos históricos sociales y políticos de lo que fue el municipio en nuestro país, durante la colonia.

Con el advenimiento de la independencia, ha cambiado la faz socio-política, y en consecuencia la economía del país, que entró a formar y forjar su historia patria bajo la dirección de patricios que firmemente sostenían el espíritu de los viejos, primeros colonos como describimos anteriormente.

Estos patricios, al llegar la notificación de la independencia (15 de set. 1821) —que no fue resultado de luchas armadas—, y después de decidir esperar hasta "que pasen los nublados del día" y se reunieron provisionalmente en Cartago el 25 de octubre, formando una junta o corporación de elección popular, que se instaló definitivamente el 12 de noviembre de ese año en la misma ciudad como Asamblea Nacional Constituyente. El 1 de

---

(23) J. JIMENEZ, Manuel de Jesús. "Noticias de Antaño", Tomo II, Imp. Nacional, San José, C.R., 1947, pág. 151.

(24) CHACON TREJOS, G. Ob. cit., pág. 12.

diciembre siguiente aprobó lo que históricamente es analizada como la primera constitución de Costa Rica, con el nombre de "Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica" o "Pacto de la concordia", dividido en siete capítulos y cincuenta y ocho artículos (25).

**3-A El Municipio Constitucional:**

Costa Rica nació a la vida independiente con el Pacto de la Concordia, primera constitución, que ha servido de base de partida para la organización de su Estado de Derecho, aspecto político, que no sólo está en la Constitución, sino en la vida cotidiana de la expresión del ciudadano costarricense, concientizado espiritualmente, casi en su totalidad.

La vida política de un país, se asemeja al ser biológico. Hay "dolores de parto" y "problemas de crianza", "enfermedades del desarrollo" "pubertad" y "madurez" en camino a "envejecer".

Costa Rica en ese aspecto tiene un "historial clínico" normal, y con el fin de poder resumir sintetizando la evolución del municipio, nos guiaremos, para enfocar el municipio en el vaivén político de todas las etapas "biológicas" mencionadas del Estado costarricense, en cada una de las circunstancias históricas, que tuvo —por razones del desarrollo histórico-político— que cambiar la Constitución, que bajo distintos nombres, hubo de dictar.

Haremos pues, un esquema sinóptico constitucional y destacaremos lo que fijan los gobiernos locales o régimen municipal en su relación con el Poder Central.

**3-A-1 Constitución Federal - 22 de noviembre de 1824.**

Costa Rica, es parte de la Federación de Centroamérica, y en esta están Las Juntas Populares que eligen a las de distrito. Estas nombran las juntas de departamento, que a su vez eligen los representantes para el Congreso, a los individuos de la Corte de Justicia, Senadores, Presidente y Vicepresidente de la República.

Esta Constitución, no le da importancia especial al municipio, pero las juntas de distrito, son las mismas de los gobiernos locales.

**3-A-2 Ley Fundamental del Estado Libre, 25 de enero de 1825.**

Juntas populares y luego de parroquia eligen a los electores del partido, que son los que nombran a los diputados del Poder Ejecutivo, al Judicial y el Conservador.

Esta Constitución ya establece con claridad que, en cada pueblo por pequeño que sea, habrá una Municipalidad electa popularmente.

**3-A-3 Ley de Bases y Garantías, 8 de marzo de 1841.**

Elecciones de cuartel, para eligir a los electores de barrio, que se reúne en la cabecera del Departamento constituyendo un Colegio Electoral, que hace las elecciones finales.

Este fue un régimen fuerte-dictatorial "sui generis" costarricense que en materia de Gobierno Local elimina las Municipalidades (para la administración de justicia y policía), aumenta el número de alcaldes de cuartel y pedáneos y los Jefes Políticos asumen prácticamente las atribuciones que tenía la municipalidad antes.

**3-A-4 Constitución Política del Estado - 9 de abril 1844.**

Juntas populares eligen a sus Representantes, y sufragan por el Jefe de Estado, senadores y magistrados para la Corte Suprema (voto directo).

En lo municipal, esta Constitución le da un nuevo auge a los Gobiernos locales, establece que: En cada pueblo por pequeño que sea habrá una municipalidad electa popularmente. Nadie puede excusarse del desempeño del destino. El Poder Municipal es independiente, pero sujeto a responsabilidad. Tendrá un ejecutor de sus acuerdos, que no podrá ejercer destino alguno dependiente del Ejecutivo.

**3-A-5 Constitución Política - 10 de febrero 1847.**

Juntas populares sufragan por electores que forman colegios electorales, que son los que eligen Diputados, Presidente, Vicepresidente y Jurado de Imprenta.

Se establecen cuerpos municipales en las cabeceras de departamento y en las poblaciones menores.

---

(25) Antología de Historia de las Instituciones de C.R. Pub. de la Universidad de C.R. Ciud. Univ. R. Facio, 1970 (pág. 78).

**3-A-6 Constitución Política "Reformada" 30 de noviembre 1848.**

Distritos parroquiales eligen electores, que constituyen la asamblea electoral del cantón. Cada elector sufraga para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, de los Representantes y las Municipalidades.

Habrá en la capital de cada provincia y en la cabecera de cantón cuerpos municipales.

**3-A-7 Constitución Política - 27 diciembre 1859.**

Esta Constitución, promulgada después de la Guerra o Campaña del Tránsito de 1856, de la cual Costa Rica salió victoriosa como un factor decisivo en Centro América, al quedar derrocado el filibustero William Walker, que, aunque este aspecto histórico está fuera de tema que no ocupa, no podemos omitir nuestro pensamiento que esta guerra no ha recibido en los anales de la historia el lugar justo que le corresponde, pues no sólo liberó a Centro América, sino tuvo grandes repercusiones en la geopolítica americana con influencias en Europa en algunos aspectos.

En lo concretamente político-local la Constitución señaló que: El sufragio tiene dos grados. Los ciudadanos en ejercicio eligen a los electores, que constituyen las Asambleas electorales.

Y en lo local: Habrá en la capital de cada provincia, una municipalidad, a quien corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia. Cada cantón elige un regidor, para integrar la municipalidad provincial. El cargo es obligatorio. (Ordenanzas 1862). En los cantones menores habrá cabildo nombrado por la municipalidad provincial y presidido por el jefe Político y el fin es el proponer medidas de mejoras del cantón y obras públicas locales.

**3-A-8 Constitución Política - 15 abril 1869.**

El sufragio tiene dos grados, los ciudadanos en juntas populares y los electores en asambleas electorales.

Habrá en la capital de cada provincia una Municipalidad, a quien corresponde la administración cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la provincia.

(Por haberse decretado la enseñanza obligatoria, gratuita y costeada por la Nación, se señaló que la dirección inmediata correspondía a la Municipalidad y al Gobierno Central la inspección).

**3-A-9 Constitución Política - 7 diciembre 1871.**

El sufragio tiene dos grados. Los ciudadanos sufragan en juntas populares y nombran electores que constituyen las asambleas electorales (corregido en 1913, diciendo que la votación es directa). (Agregado en 1936, señalando la obligatoriedad del voto).

Habrá en la capital de cada provincia una Municipalidad, a quien corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia (Por decreto de 1881, se dijo: Habrá en la cabecera de cada cantón una Municipalidad con atribuciones que le designe la ley).

**3-A-10 Constitución Política - 8 junio 1917.**

Sufragio directo, para elegir en cada distrito un Síndico Municipal, en cada cantón, intendente y regidores municipales, en cada provincia Diputados y Senadores. La elección de Presidente de la República y Vicepresidente se hará en votación secreta por un Colegio Electoral compuesto por Diputados y Senadores, Regidores Municipales y todas aquellas personas que hallan desempeñado por un período no menor de seis meses, los puestos de Presidente de la República, Secretario o Subsecretario de Estado, Diputado, Senador y Magistrado.

Para el manejo de los intereses puramente locales, cada cantón tendrá una Municipalidad y un Intendente, elegidos por los ciudadanos. Cada distrito elegirá un Síndico. Cargos obligatorios y gratuitos. El intendente es el ejecutor de las leyes y acuerdos municipales. El gobernador de la provincia no tendrá autoridad alguna sobre la Municipalidad o Intendente, pero deberá prestarles su colaboración y ayuda.

Esta Constitución, resulta de un alzamiento militar (27 de enero de 1917) fue anulada por la Ley de Nulidades de 1919 y quedó restaurada la Constitución de 1871 en vigencia hasta 1949.

**3-A-11 Constitución Política - 7 noviembre 1949.**

Se ejerce ante las juntas electorales en votación directa y secreta por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil. La Organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales.

La administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal formado por un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que desig-

nará la ley. Las corporaciones municipales son autónomas. Sus cargos son gratuitos y obligatorios (corregido en 1958, en que se señala que serán pagados los regidores).

Cada distrito estará representado ante la Municipalidad del respectivo cantón por un Síndico propietario y un suplente, con voz pero sin voto.

Esta última es la Constitución en vigencia, que en política general tenía como base la Constitución de 1871, la que más tiempo estuvo en vigencia.

En el aspecto político existen algunos cambios, y en el aspecto municipal, actualmente está en estudio de la Asamblea Legislativa una reforma al régimen municipal, que tiende a dar más fuerza política a los Ayuntamientos (26).

### 3-B EL MUNICIPIO VIVIENTE.

En el estricto sentido del credo democrático, es una herejía hacer una diferencia, entre la Constitución y lo pragmático real. Pero es un hecho cierto que dentro de la naturaleza humana, siempre existen sutilezas entre el "ser" y el "debe ser" y en este campo, de gobiernos locales, estas sutilezas son inevitables, ya que siempre están en situaciones de coordinar los intereses locales con los intereses globales nacionales.

Si bien es cierto que la primitiva organización estatal costarricense, salió de los Ayuntamientos, al entrar en el período constitucional independiente, los cauces tomaron otro rumbo, y como lo hemos visto del análisis anterior, la organización y estabilidad del municipio, más que base de sostén del poder central, fue instrumento al servicio de este poder, o usado como núcleo con fines electorales, si bien aprovechando personas representativas de las comunidades, no con finalidades de desarrollo de una política de gobierno local, sino en virtud de acaparar los votos primordialmente para los funcionarios del poder central.

El Gobierno local como una entidad, —de autonomía absoluta o relativa— requiere para "vivir" como tal, de un reto, conforme a la idea Toynbee un "Challange", un interés común para conquistar o defender. A falta de ese reto ha de morir inexorablemente (27).

Conforme a esta configuración, hay mucha distinción entre los gobiernos locales europeos y los americanos, y en particular al costarricense. Así como a los primeros ha unido el reto constante de defensa contra las persistentes invasiones, en América, el reto histórico más significativo para los gobiernos locales fueron las Juntas en la época previa a la independencia, que en Costa Rica tuvieron actividades tenues en la política independentista, dinámica estimulante en los primeros años de la independencia.

Harold Zink, en un análisis político general, al hablarnos de gobiernos regionales y locales, sostiene que:

> *"Los gobiernos son más estables en la base que en la altura. Los nacionales son más artificiales y externos, menos articulados e inspirados de costumbres tradicionales y hábitos cotidianos de la población que los locales, por lo cual están expuestos a abatirse bajo las tormentas de la controversia y animadversión política"* (28).

Esta concepción, muy cierta y concordante con nuestra idea aquí expuesta, es más válida para los países europeos a quienes la historia procuró el reto necesario, donde los intereses locales de supervivencia y defensa estuvieron por encima del reto nacional general. En Costa Rica, las cosas históricas, —a excepción de los primeros años de la independencia— no procuraron este reto necesario. Así las cosas, la realidad es que no son del brote de las bases que desde sus núcleos van hacia la cupular, sino de la cúpula, sean del Gobierno Central o los partidos políticos, bajan a la organización local y le da la pauta de los retos locales. Esta situación ha de ser corregida con procurar a las comunidades sus propios retos realmente locales, que fortalecerán tanto a los gobiernos locales, como la estructura democrática en general, en aras de la "constante nacional" o "interés nacional" en el sentido de la definición de Raymond

---

(26) PERALTA, Hernán G. "Las Constituciones de Costa Rica", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. Datos recopilados.

(27) TOYMBE, Arnold. "Tomado de DIMONT", Max I, "Jews, Goad and History". Pub. The New American Library, New York, 1964.

(28) ZINK, Harold. "Los sistemas Contemporáneos de Gobierno", Libreros Mexicanos Unidos. México, 1965 (pág. 485).

Aron, para hacer que el Estado sea el medio de la grandeza del hombre, y no el hombre el medio de la grandeza del Estado (29).

### 3-C EL MUNICIPIO ACTUAL COSTARRICENSE.

Para nosotros, que pensamos que el "ser" sea éste un individuo, una agrupación, una patria o una comunidad, este "ser" es lo que su desarrollo físico, cultural y material lo moldearon y estructuraron, por eso le hemos puesto tanto énfasis en lo histórico. Llegamos ahora para observar o "retratar" al "ser" del gobierno local costarricense en la actualidad:

Costa Rica está dividida, dentro de la organización administrativa estatal en siete provincias, y lo que a este trabajo interesa, en ochenta cantones.

### 3-C-1 La Base Jurídico-legal del Régimen Municipal costarricense:

Analizamos anteriormente lo que hemos llamado el Municipio Constitucional y el Municipio viviente en sus aspectos históricos. Ahora queremos enfocar, la actualidad viviente del municipio costarricense en su estructura jurídico-legal, ya que las municipalidades se desarrollan bajo mandato de obligaciones, potestades y derechos de la legislación vigente.

### 3-C-1-a Fundamento Constitucional.

La fundamentación legal y de su "alma jurídica" quedó establecida en la Constitución Política vigente (7 de noviembre 1949) bajo el Título XII capítulo único, artículos del 168 al 175 (30) que versan sinópticamente sobre:

*Art. 168: Sobre división político-administrativa, y la creación de nuevas provincias, cantones y distritos.*
*Art. 169: Administración de los servicios locales y del gobierno Municipal.*
*Art. 170: De la Autonomía Municipal.*
*Art. 171: De la Elección de Regidores Municipales.*
*Art. 172: De los Síndicos, propietarios y Suplentes.*
*Art. 173: De los recursos contra los acuerdos municipales.*
*Art. 174: Sobre las autorizaciones legislativas a las Municipalidades para empréstitos y otros actos.*
*Art. 175: Sobre los presupuestos ordinarios y extraordinarios y su aprobación por la Contraloría General de la República.*

### 3-C-1 b Fundamento Legal:

La Constitución, la Carta Magna, fija las bases jurídicas generales, y deja a la ley, los aspectos más específicos. Así tenemos leyes referentes al Régimen Municipal y leyes conexas a este régimen que se interrelacionan, y es conveniente mencionarlas.

**El Código Municipal:** promulgado por la Asamblea Legislativa bajo la Ley No. 4574 del 4 de mayo de 1970 con VII Títulos y 187 artículos y dos transitorios, es un Código moderno viable que facilita el desarrollo de los Municipios.

**Ley de Creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal:**

Con las siglas IFAM, es un Instituto Autónomo, "órgano destinado a obtener la coordinación de las Municipalidades" y en su Ley Orgánica en su artículo 4 fundamenta sus objetivos de: *"...fortalecer el régimen municipal, estimulando el funcionamiento eficiente del gobierno local y promoviendo el constante mejoramiento de la administración pública municipal"* (31).

**Leyes Conexas con el Régimen Municipal:** son Ley General de Administración Pública, la Ley de Asociaciones de Desarrollo Comunal, las Leyes de Instituciones Autónomas y otras leyes, que legisladas para llenar fines nacionales afectan de alguna manera los gobiernos locales.

Con el fin de ilustrar la composición, división política local, población y referencias históricas de los ochenta cantones de Costa Rica, adjuntamos un anexo, auto-explícito (32):

---

(29) ARON, Raymond. "Paz y Guerra entre las Naciones", Revista de Occidente, Madrid, 1963, pág. 342.

(30) Constitución Política. "Constitución Política de la República de Costa Rica" Imprenta Nacional, 1968, pág. 55 56.

(31) IFAM "El Régimen Municipal de Costa Rica", Dept. Planificación memeografiado, 1979.

(32) Cuadros y mapas ilustrativos, tomado de "El Régimen Municipal de C.R." Publicaciones Depto. Planificación, 1979.

# 4. LAS FINANZAS MUNICIPALES

**4-A Factores y aspectos incidentes:**

Damos por un hecho irreversible, plasmado en la realidad de la estructura geopolítica mundial de la cual es parte nuestro país, y dentro de su división territorial quedan plasmados por los ochenta cantones y sus respectivos municipios. Estos requieren para su sostén, del "combustible" diario para el "motor comunitario", que son las finanzas.

Vimos al analizar las épocas históricas de lo simple que fueron las finanzas primitivas, no menos fáciles que ahora, pero no tan complejas en que se torna el problema financiero actual.

Para poder considerar y caracterizar las necesidades de los gobiernos locales, debemos tomar muy en cuenta cuatro grandes aspectos de la realidad, sea la política, económica y demográfica. Los tres aspectos con enfoque a la interrelación de la política estatal con la local, en su política real —la "reale-Politik"—, de la que nos hablaba Herman Heller (34) o del "hombre real" y "pueblo real" del que nos hablaba Marx (35), es necesario ver esta realidad con enfoque a: a) Crecimiento económico, b) Expansión demográfica y c) Carácter de las relaciones del Estado con los Gobiernos locales.

**4-A-1 Crecimiento económico.**

En el primer aspecto nuestro país ha evolucionado en los últimos años de un Producto Interno Bruto del año 1957 de 2.500.4 a 29.764.2 millones de colones.

Sin embargo haciendo una relación del factor inflacionario, tomando como factor el valor real del colón costarricense del año 1966 el crecimiento, que podemos llamar real-económico fue de 2.674.6 en 1957 a 9.079.2 en 1978 (36).

**4-A-2 Expansión Demográfica.**

En cuanto al crecimiento de la población, indagamos los informes de la Dirección General de Estadística y Censos sobre la composición de la población costarricense, con una subdivisión de población urbana y población rural —que incide en los servicios de sus respectivas municipalidades, tenemos el siguiente cuadro:

| | Población total | | Población urbana | | Población rural | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1950 — | 800.9 | 100* | 268.3 | 33.5* | 532.6 | 66.5* |
| 1978 — | 2.098.5 | 100* | 848.1 | 40.4* | 1.250.4 | 59.6* (37) |

*Por ciento.

Este análisis sinóptico, pero de indicadores claros, nos señala los crecimientos económicos, y demográficos, y por encima de cualquier otra consideración, nos abre la visión de la magnitud del crecimiento necesario de los servicios que deben prestar los gobiernos locales.

**4-A-3 Relaciones Estado-Municipios:**

Del análisis del Municipio Constitucional (3-A) podemos notar el reflejo histórico de esas relaciones. Conforme a las antiguas Ordenanzas Municipales, sabemos que estas tenían potestades de gobierno definidas para el cumplimiento de su cargo de la prestación de importantes servicios.

A partir de los años cincuentas Costa Rica entró en una etapa de lo que se ha dado en llamar "modelo de desarrollo" que generó la necesidad de la prestación de servicios acordes con ese modelo, cuyos aspectos destacados son de Estado paternalista y proteccionista. En esta forma muchos de

---

(34) HELLER, Herman. "Teoría del Estado", 5a. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

(35) MARX, Carlos, "Kritik das Hegelschen Staatrecht" tomado de Raymond Aron en *"Ensayo sobre las libertades"*. Editorial Madrid, 1971, pág. 33.

(36) IFAM, ibídem, ob. cit.

(37) D.G.E.C. Fuente: Dirección General de Estadística y Censos, Estimación al 1 de julio de 1978.

los servicios que usualmente estuvieron a cargo de los gobiernos locales (v.g. agua y alcantarillados, alumbrado, etc.) pasaron a cargo del Estado en unos casos a Ministerios (Poder Ejecutivo Central) o a Instituciones Autónomas (que son parte del Estado; y que tienen tareas específicas nacionales) asumiendo servicios que suplían los municipios y muchas obras locales se realizan con fondos del presupuesto nacional. Esto fomentó el desarrollo nacional pero afectó la independencia y autonomía municipal y en el aspecto positivo, causó o instó por necesidad, —en vista del franco deterioro de los gobiernos locales—, la creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal y la promulgación del Código Municipal que conforman pautas y establecen relaciones más firmes pero paradójicas, que por una parte legitima y conduce a las Municipalidades a realizar una serie de funciones, que por otro lado son de competencia de entes autónomos especializados del engranaje estatal.

**4-B Financiamiento Interno y Externo.**

Para poder hacer un análisis balanceado financiero, es de rigor aplicar pesos y contrapesos, sea a la necesidad de servicios oponer su financiamiento por ingresos comunes de impuestos, tasas, y cobro de servicios, en un estricto balance del principio contable de "sumas iguales".

Esto obviamente no se puede aplicar al municipio moderno y en especial al urbano. Históricamente los municipios, realizaron obras y prestaron servicios a sus comunidades del condado o comarca, cuyos beneficios percibían exclusivamente los vecinos de las localidades, dada la condición del "apartamiento" que sufrían y vivían cada localidad. En el mundo moderno, y en especial las municipalidades de las grandes urbes, la capital del Estado, las capitales de las provincias, cuya organización y servicios están organizados al servicio del país, de la provincia, sin dejar de ser ciudad con tareas propias del gobierno local, pero de no fácil separación.

Estos municipios se ven obligados hacer obras y prestar servicios a todos los ciudadanos en general, servicios que no son retributivos, y aun los retributivos prestados a los vecinos no soportan el costo, y estas situaciones causan constantes déficit.

El principio originario de prestar los servicios y cobrarlos proporcionalmente a los usuarios ya no lo soporta ninguna municipalidad. Las cargas municipales procedentes de sus fuentes tradicionales originarias, ya no alcanzan a cubrir los egresos que origina el propio servicio, agregado el alto costo de su administración, que los vecinos ya no solo no pueden soportar su alto costo sino además es acentuado con el sentimiento que los servicios se diluyen y sus beneficios se van más allá del vecindario. Agrava más aun el sentir de los vecinos que al costo mismo de las obras contiene gran parte de "costo político" consistente en excesos por ineficiente administración, que encarecen "injustamente" las obras a cargo de los vecinos en relación con los costos reales. Esto es difícil aceptarlo, porque incide tanto en la interrelación del gobierno local con el gobierno nacional o Poder Central, como incide en la "reale politik" de la autonomía municipal. Pero crea una situación real también, que su financiamiento requiere de recursos internos y externos.

**4-B-1 Financiamiento Interno.**

Este proviene de los ingresos propiamente locales que producen los que reciben los municipios por sus tradicionales ingresos de impuestos, tasas y venta de servicios que pagan los vecinos.

**4-B-2 Financiamiento Externo.**

Podemos subdividir este ingreso en dos aspectos o tipos: a) Los ingresos que provienen por leyes especiales de una especie de compartir un impuesto nacional en un determinado porcentaje con el gobierno Central (v.g. impuesto territorial y de ventas). Este ingreso tiene su fundamento no solamente en una retribución o subvención que el Estado le concede a los municipios, sino que en realidad es una contribución del Estado —Poder Central— en pago de servicios y obras que realizan las municipalidades que en realidad son destinadas al beneficio nacional, o de otro modo estaría a cargo de la Caja Unica del Estado, y b) los ingresos que reciben los municipios por préstamos, que analizaremos de continuo.

**4-B-3 Financiamiento Externo-Interno Diluido.**

Este ingreso que proviene de préstamos de entidades nacionales o internacionales, conviene calificar con el nombre de este subtítulo, porque en su origen es un ingreso externo, generalmente necesario para la inversión en infraestructuras o construcciones complejas que han de prestar servicios a largo plazo. Sin embargo la amortización y la atención del servicio de este préstamo será pagado con el presupuesto de ingresos acumulativos, sean estos del fruto propiamente dicho de la obra finan-

ciada o de los ingresos normales que pagarán los vecinos. En esta forma en el momento de recibir el préstamo es una financiación externa que se diluirá en los ingresos internos futuros.

## 5. APROXIMACION PRAGMATICA DE LA CRISIS DE LAS FINANZAS MUNICIPALES

**5-A Aspectos Generales.**

Las crisis financieras municipales, en nuestro país son "pan de todos los días". Basta leer la prensa nacional, —que no le da la trascendencia e importancia que tiene, y no reciben el lugar destacado en estos órganos de comunicación colectiva— para darnos cuenta de esta crisis.

A nuestro entender —tal vez porque vemos con pasión este problema creemos que la prensa erróneamente fundamentada en que la opinión pública general se interesa poco por los municipios no le dan la trascendencia que debe tener todo lo relacionado con los gobiernos locales en una democracia como la nuestra. Pese a ello, constantemente leemos noticias con títulos que nos hablan del problema. Como ejemplo ilustrativo hemos seleccionado algunos títulos como "muestreo" (o lo que los técnicos llaman un "Random sample"): "Deuda municipal aumentó en ₡ 24 millones en 1976" (La Nación 30 de mayo 1977). "Los recursos de los gastos municipales son insuficientes (La Nación 15 julio 1977). "Sistema municipal estuvo a punto de sufrir descalabro" (La Nación 17 diciembre 1977). "IFAM con déficit de ₡ 10 millones" (La Nación 1 junio 1978). "Area Metropolitana: Sin financiamiento obras para evitar inundaciones" (La Nación 17 junio 1978). "El Régimen Municipal en crisis: Más recursos para las municipalidades" (La Prensa Libre 23 de agosto 1978). "Crisis municipal es mayor de lo que se piensa" (La República 29 setiembre 1978).

Recientemente entrevistamos al director ejecutivo de la Liga de Municipalidades del Pacífico Sur, nos dijo: *"Los recursos que disponen las municipalidades y las ligas regionales, son cada vez insuficientes, para corresponder a la creciente demanda de las comunidades"* (38).

Podemos afirmar con la información recogida que las crisis de las finanzas municipales son reales desde el punto de vista pragmático, resultado o reflejo de una situación igualmente pragmática y real; la socio-política.

Para muchos la situación de crisis financiera es el resultado de los escasos recursos que perciben las municipalidades, sea que es un simple problema económico de precios, costo versus ingresos.

Nosotros queremos apreciar el origen de la crisis financiera de las municipalidades en el origen socio-político. El crecimiento abultado migratorio, los bruscos movimientos de grupos campesinos que llegan acrecentar las poblaciones urbanas formando "anillos de miseria" que circunvalan las ciudades, demandan servicios y forman presiones sociales imposibles de ser resueltos desde el enfoque local. En lo político; la lucha electoral combinada la local con la del Poder Central, acrecenta la dependencia de los partidos de los "electos" localmente, quienes descuidan su labor local, que sólo es apreciada en cuanto se congracia con las "políticas" de los que los han "puesto a elegir" en el gobierno local al cual le restan importancia. Los trabajos locales así cobran interés cuando sirven en la "construcción de puente" para la candidatura a diputado.

Esta situación como un contrapeso, induce a los "políticos" locales traspasar los problemas locales al Poder Central, —que en el círculo vicioso que crea— induce a los "políticos" del gobierno Central disponer de "partidas específicas" del presupuesto nacional en pago "político" de sus electores, formando así un paternalismo estatal, que los "chiquitos bien" locales cada vez se preocupan menos de cumplir con sus tareas propias, dejando que el "papá-Estado" los haga por ellos.

En realidad, el descuido de fortalecer a los gobiernos locales existentes, en todos los aspectos socio-políticos, de organizar asentamientos campesinos y villas de gentes campesinos independientes, es el germen que mina la democracia, y fomenta los problemas sociales que crea el aban-

---

(38) MUÑOZ, Juan. Entrevista personal, al actual diputado y exdirector ejecutivo de la Liga de las Municipalidades del Pacífico Sur.

dono, induce a la emigración de habitantes de comarcas de municipios decadentes, gentes desorientadas y desplazadas, que presionan y acrecentan los problemas sociales nacionales.

Nuestro país —las gentes pensantes del país— están sumamente preocupadas por las crisis económico-financieras, que reflejan problemas políticos en las municipalidades. La mayoría es consciente que esta situación "enferma" al sistema democrático que ha sido tradición y expresión del "alma" costarricense durante toda su existencia, —antes y después de la independencia— y trata de encontrar soluciones, y estudian con ese fin.

**5-A Aspectos propiamente Financieros.**

El Dr. Oscar Arias, exministro de Planificación, en un estudio nos trae un interesante cuadro que ha incidido en la crisis de las finanzas municipales; el creciente gasto (39).

El modelo desarrollista del gobierno Central produjo un cambio en la estructura económica del país, y también afectó a los municipios. El gobierno Central en el desarrollo de sus políticas, absorbió muchos recursos fiscales, y generó empresas estatales, incursionó campos tributarios locales, y ha cambiado y aumentado el gasto público de un 9.6 por ciento del Producto Interno Bruto en 1950 a 17.8 por ciento en 1975. En ese mismo período los gastos municipales descendían del 11.8 por ciento en 1950 a 9.2 por ciento en 1975 del P.I.B.

Un factor importante de crisis financiera de las municipalidades costarricenses es el incremento en el gasto municipal por habitante; de ₡ 19 —por habitante en 1950 a ₡ 137 (*) en 1975— (40).

**5-C Problema financiero; problema de valores.**

Hay un aforismo latino: "Fiscus semper locuples" —El Fisco es siempre rico— o "solvendo censetur" —siempre solvente— (41).

Desde ese punto de vista —ya que los romanos no tenían motores de gasolina o diesel, ni problemas de petróleo—, con sabor a sabiduría política anciana, no podríamos hablar de las crisis financieras, sino de crisis política que esta conlleva. Nosotros creemos firmemente en la sabiduría vieja. El problema es un problema de valores —no sólo monetarios—. Es un problema de valorar la democracia y las instituciones, y si los ciudadanos deben y pueden pagar esa "cuenta", ya que sostener la libertad, la democracia y la paz social tienen un costo real. Es el costo del esfuerzo y voluntad, cuyo trabajo hay que calcular en monedas y pasarle la cuenta a la sociedad para que la pague en proporción Aristotélica (42).

Desde este contexto de valores, es importante el valor de las prioridades políticas que se le quiera dar al Gobierno Local, o si estamos dispuestos a restarle el alto valor local en aras de conveniencias momentáneas de política general.

En resumen, para nosotros, las crisis de finanzas municipales tienen pronta solución, o de duración en el tanto se valore debidamente a la organización municipal como núcleo-célula, y no como apéndice del gobierno Central, dándole la "sangre" que requiere su "circulación" que pueda nutrir bien al "corazón" del Gobierno Local y a la sociedad nacional como un conjunto que forma un baluarte de ochenta pivotes (uno por cada cantón) que sostienen el armazón democrático indestructible del ser democrático, sea del ser de la nacionalidad costarricense.

---

(39) ARIAS SANCHEZ, Dr. Oscar. "Los Caminos para el Desarrollo de Costa Rica". Pub. CEDAL, Imp. LIL S.A., San José, Costa Rica, 1977.

(*) ₡ : es el signo de la moneda costarricense; el Colón equivalente en 1950 a ₡ 5,67 por ciento por $ 1 y a ₡ 8,60 por ciento en 1975.

(40) ARIAS SANCHEZ, Dr. Oscar. "ob. cit., fuente de los datos estadísticos".

(41) CABANELLAS, Guillermo. "Repertorio Jurídico", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

(42) GUTIERREZ, Carlos José. "Lecciones de Filosofía del Derecho", Ed. TRIDENTE, Madrid, 1963, sobre la "proporcionalidad" de la justicia, pág. 277.

# 6. CONCLUSIONES

**6-A Conclusiones Generales.**

Para acercarnos al problema del tema: "Aproximación histórica de la crisis de las finanzas municipales" hemos procurado desarrollar la "razón histórica" que "justifique" la razón de las finanzas municipales que es el "alimento" o "combustible" del motor de estas entidades. En esta forma la estructura del trabajo al analizar todos estos aspectos de concepto y definición con "prisma de grados y colores", la síntesis de la evolución histórica en las distintas civilizaciones y culturas para ubicarnos en el tema principal, que resultó más condensado para no ensanchar en demasía, el trabajo, aunque el tema interesa y apasione. Si hemos logrado llevar al lector —o silencioso interlocutor que lea este trabajo, con cualquier interés que lo haga— y percibe una visión general del problema municipal, la satisfacción compensaría completamente el esfuerzo. Si esto no se cristaliza, aceptamos la recompensa de la dedicación del tiempo y esfuerzo requeridos, con el interés que pueda despertar en otros profundizar en la vida política, social y económica de los gobiernos locales.

El pensamiento universalista, el ser "ciudadano del mundo" o "ciudadano terrícola" en las inmensidades del espacio, ha calado en el pensamiento general con daño indudable en la conciencia común de la importancia del sentimiento patriótico, pero mucho más hondamente afectó la conciencia del ser "ciudadano" de su propia ciudad, de su localidad. El hombre debe "reconocer" su lugar en el mundo sin shovinismo —o falsas exageraciones—, pero sí concientizado del valor espiritual real de su lugar donde vive, trabaja y piensa, y crecen sus hijos buscando un horizonte de esperanzas y de superación.

**6-B Conclusiones Utiles.**

El presente ejercicio mental, originado en el cumplimiento de una tarea didáctica, cumple "per se" su cometido. Sin embargo la dedicación al análisis de esos problemas, nos ha hecho recordar un pensamiento de Plinio, que recrea:

> *"Del mismo modo que las tierras se cultivan con semillas diversas y variadas, así nuestras mentes con diferentes estudios"*
> (Plinio, Epístolas) (43).

Este pensamiento unido a otro que nos dice que: *"nuestro deber es ser útiles no como quisiéramos, sino como podemos"*, nos despierta el deseo de poder ser útil con despertar algún interés en gentes que han de programar planes de gobierno para fortalecer la democracia de nuestro país, y en especial instar la atención sobre la importancia que tienen los gobiernos locales.

Esto nos induce, ya finalizado el trabajo, hacer algunas recomendaciones.

**6-C Conclusión convertida en proyecto:**

La inquietud, que usualmente despiertan los problemas de profundizar los temas estudiados, nos infunden cierto atrevimiento y obligación de recomendar al país —aunque nos referimos sólo a aspectos parciales— un análisis de los problemas de los gobiernos locales en toda su profundidad necesaria, ya que estamos convencidos de la importancia estructural que tienen los gobiernos locales en un régimen democrático y fundamento del Estado de Derecho, como lo es el nuestro.

**6-C-1 Aspectos Jurídicos:**

Desde el contexto constitucional, podemos afirmar que el constituyente sentó todas las bases necesarias para el desarrollo autónomo, democrático, y progresista, con patriotismo e imbuido de esperanza en afirmar en estos núcleos las bases del Estado costarricense.

El acelerado desarrollo del país ha hecho descuidar y desmejorar las finalidades políticas que el constituyente diseñó para los municipios. Conscientes los políticos de esta situación se promulgaron dos leyes muy importantes: El Código Municipal (Ley No. 4574 del 4-5-1970) y la Ley del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal IFAM (Ley No. 4716 del 26-1-1971) que "revivieron" y le otorgaron renovado prestigio a las instituciones

---

(43) SINTES PROS, Jorge. "Gran Diccionario de Frases Célebres", Ed. Sintes, Barcelona, 1961.

municipales. Precisamente por lo apremiante de promulgar dicho Código, su estructuración conlleva una mezcla de derecho sustantivo, de procedimientos, reglamentos, tasaciones fiscales, que por su naturaleza son cambiantes. Hay además una gama de variada legislación que en forma directa e indirecta afectan a las Municipalidades, y presentan confusiones. Todas estos podrían ser reunidas en un cuerpo legal estructurado en:

1- Código Municipal - Nacional
2- Leyes Municipales: locales, regionales
3- Reglamento del Código Municipal y Leyes Municipales.

Todo podría ser elaborado en forma sistemática y ordenada, en un solo "paquete", en forma que procure una mayor popularización de sus disposiciones, que ayudan a las interrelaciones de los ciudadanos con sus municipios, y facilitan la ejecución de sus tareas.

**6-C-2 Aspectos Financieros.**

El cuerpo financiero pertenece al campo del orden. Un individuo, grupo, entidad, municipio o Estado, no puede desligar el aspecto de orden con las finanzas en la constante búsqueda del principio contable de "sumas iguales".

Desde este Contexto hay que encontrar el "justo medio" entre los ingresos y egresos, y separar estos en propiamente locales y los de incidencia nacional.

El gobierno local debe ser consciente de su obligación de hacer todas las obras y prestar todos los servicios de su incumbencia dentro de su jurisdicción.

El Gobierno Central debe ser asimismo bien consciente que los municipios son parte de este gobierno y que estos realizan obras y prestan servicios que trascienden sus fronteras físicas jurisdiccionales que benefician a la totalidad de la nación.

En esta forma, la estructura impositiva debe ser repartida. Concretamente se deben establecer subvenciones porcentuales de los ingresos de la Caja Unica del gobierno para soportar parcialmente los presupuestos de egresos municipales, en razón de la equidad antes explicada. Estos porcentajes a la vez deben ser prorrateados por habitantes de las localidades, y estos en una subdivisión de zonificación por la densidad de sus habitantes por metro cuadrado de territorio. Esto lograría eliminar las llamadas "partidas específicas" que intrínsecamente son "partidas de un tipo de soborno político" que ciega a los electores, y a los propios diputados (44). En esta forma podría darse un poco de legítima validez a la autonomía institucional de los municipios.

**6-C-3 Aspecto Político.**

El aspecto político en el sentido legítimo que esta acepción significa en realidad abarca el todo, el quehacer de una sociedad. Pero para este estudio nos parece útil subdividir en dos aspectos que las decisiones políticas encaminan o enfocan; la política financiera, y la política administrativa.

**6-C-3 a. Político Financiero.**

Entendemos aquí política como proyección del quehacer, con fines de suplir y ordenar los fondos municipales. El IFAM llegó a satisfacer parcialmente, haciendo un "remiendo" en este campo. Al calor de esas "apremiantes necesidades" fue creada la Institución, con finalidades específicas de promover el fomento y asesorar —ayudar en el orden— a las municipalidades. Esta institución tuvo que "crecer" en un ambiente limitado y como un árbol, en estas circunstancias, creció "deforme" abarcando el papel de consejero y prestamista intermediario —asesor y banquero— que si bien ayudó en esta incipiente etapa, es necesario separar sus funciones y darle más eficiencia y amplitud.

En esta forma, hay que separar las funciones del IFAM en sus dos ramas: el financiero y el administrativo, dejando la parte político administrativa del IFAM en lo que respecta de fomento y asesoría como parte consultiva y ampliación en la planificación, y la parte financiera, separar del IFAM y convertir en una institución bancaria exclusivamente, cuya finalidad principal sería de intermediario del crédito municipal. Organizado este Banco se podría ampliar sus actividades como administrador de las rentas municipales, inspector de la correcta y oportuna recuperación de las tasas y servicios, y "cobrador" de las rentas, con un nombre sugestivo de Banco Cooperativo Municipal Nacional, con status especial dentro del Sistema Bancario Nacional. Una vez en funciones, este Banco podría resolver otra necesidad y ser cooperador de fomento de Cooperativas locales.

---

(44) BIBLIA. "No recibirás presente; porque el presente ciega a los que ven, y pervierte las palabras justas". Exodo 23-7.

Todo lo anterior sujeto a un estudio y análisis técnico-científico, una vez tomada la decisión política de la organización sugerida.

**6-C-3 b. Político-administrativo:**

Este aspecto tiene raíces más profundas, y por supuesto penetra problemas muy complejos, sobre todo los políticos.

Un aspecto político muy importante, es la coincidencia de las elecciones municipales con las elecciones nacionales para presidente, vicepresidente —con potestad de formar el Gabinete Ministerial del Poder Ejecutivo—, los diputados y munícipes. Todos en una sola elección, lo que desde el punto de vista económico-práctico, tiene su razón en la economía de recursos y gastos. Desde una mirada en el horizonte político, tiene sus fallas, que no solamente inciden en las estructuras de los municipios, sino también en el desarrollo del gobierno en general.

El resultado real es que, en la campaña electoral en las elecciones coincidentes, el candidato a munícipe pasa desapercibido, sin casi ningún enfoque o programación localista, y se diluye en el mar político general, ya que su verdadera tarea electoral es apuntalar a los candidatos de "lo grande" de su partido. Para subsanar estos aspectos negativos es aconsejable separar las elecciones municipales para que los pueblos tengan oportunidad de elegir sus representantes locales con miras hacia los intereses y políticas locales.

Aunque se nos ha extendido el trabajo y la parte conclusiva que fue planeada para ser resumida, el calor de las ideas nos obliga a hablar de otro aspecto dentro de lo político-administrativo.

La elección de diputados con distribución localista-territorial conforme al Código Electoral, es cierto, que en esta forma se busca la representatividad popular, no siempre ayuda a formar un cuerpo legislativo nacional, de óptima agrupación. El defecto que queremos apuntar a esta situación, es que en la política real, por un lado restan importancia a los gobiernos locales, y por otro lado nunca llegan los diputados a ser representantes nacionales —que ha de ser su misión— por dedicar su mayor tiempo a la "caza" de "partidas específicas" con que quedan sobornados políticamente, y satisfechos con este "botín" que lo llevan a sus cantones a "venderlo o canjearlo por votos".

Hay que buscar una reforma al Código Electoral para distribuir los candidatos a escaños legislativos en una combinación que la mitad sean provinciales y la otra mitad nacionales, elegidos en una papeleta nacional única en todo el país.

Se puede pensar en una distribución de la oportunidad electoral —en un país tan politizado como el nuestro, que de todas maneras nunca cesa la actividad política— para que los presidentes, diputados y munícipes fuesen electos separadamente, efectuándose la de los diputados un año después de la elección presidencial, y los munícipes dos años después. Tenemos motivos para pensar, —observando los procesos electorales, y los resultados de la acción política— que podrá resultar en un mejoramiento político-institucional, y muy pragmático en la acción política en beneficio tanto del ejercicio de la democracia como el de la independencia política de los pueblos, que repercutiría en mejores realizaciones locales que en conjunto serían mejores realizaciones nacionales.

Hay otro aspecto que consideramos parte de lo político-administrativo, que pueden fortalecer a las municipalidades, y apuntalar la democracia de la nación, es lo referente a la creación de asentamientos de campesinos en villas con posibilidad de realizar actividades agropecuarias independientes. Hemos de dejar eso para analizarlo en otra oportunidad, ya que es muy ligado al municipio.

Nos arriesgamos con este trabajo, a ser calificados de utópicos, ilusos u otras semejantes. Nosotros creemos realizables y beneficiosos, si hay voluntad política para impulsarlos. Si hemos encontrado mentes y corazones abiertos, esto puede tener eco. Si esto no sucede, esperamos indulgencia en las críticas, ya que es, además de cumplir con el ejercicio didáctico, una expresión de amor y buenos deseos de lo que quisiéramos para Costa Rica, tierra destinada a dar un albergue de paz y concordia a todos sus hijos en el justo medio de la balanza política, social, cultural y económica.

# BIBLIOGRAFIA CITADA


ARIAS SANCHEZ, Dr. Oscar, **"Los Caminos para el Desarrollo de Costa Rica"** CEDAL San José, C.R., 1977.

**ANTOLOGIA DE HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES DE COSTA RICA,** Pub. de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1970.

ARON, Raymond, **"Paz y Guerra entre las Naciones"**, Revista de Occidente, Madrid, 1963.

BARRACLOUGH, G., **"La Historia desde el Mundo Actual"**, Revista de Occidente, Madrid, 1959.

**BIBLIA,** Original Hebreo - Yehoash Farlag Gezelschaft, Forward Edition USA, 1957.

CICERON, Marco Tulio, **"Antología del Pensamiento Jurídico"**, Selección de materiales de Estudio, Curso Filosofía del Derecho, U.C.R., 1971.

CODIGO MUNICIPAL, **"Código Municipal"**, Ley 4574 del 4-5-70 Pub. IFAM, San José, C.R., 1970.

CONSTITUCION POLITICA, **"Constitución Política de la República de Costa Rica"**, Imp. Nacional, 1968.

CHACON TREJOS, Gonzalo, **"Costa Rica es Distinta en Hispanoamérica"**, Imp. Trejos Hnos. San José, 1969.

FERNANDEZ DE LEON, Gonzalo, **"Diccionario del Derecho Romano"**, Edit. SEA, Buenos Aires, 1962.

FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo, **"Cartilla Histórica de Costa Rica"**, 44a. Edición, Imp. A. Lehmann, San José, 1970.

GUIER, Jorge Enrique, **"Historia del Derecho"**, Editorial Costa Rica, San José, 1968.

GUTIERREZ, Carlos José, **"Lecciones de Filosofía del Derecho"**. Editorial Tridente, Madrid, 1963.

HOMERO, **"La Iliada"**, cit. p. Julián Marías en *"El Método Histórico de las Generaciones"* Rev. de Occidente, Madrid, 1961.

IFAM, Instituto de Fomento y Asesoría Municipal. **"El Régimen Municipal de Costa Rica"** Dept. Planificación, mimiografiado, 1979.

IFAM, **"Temas de Derecho Municipal"**, Imp. Lehmann S.A. San José C.R., 1973.

JIMENEZ, Manuel de Jesús, **"Noticias de Antaño"**. Tomo II Imp. Nacional, San José C.R., 1947.

KELSEN, Hans, **"Teoría General del Estado"**. Editorial Nacional, México, 1957.

MARIAS, Julián, **"El Método Histórico de las Generaciones"**. Revista de Occidente, Madrid, 1961.

MILLET BELL, Salvador, **"La Dirección de los Negocios en los EEUU"**. Tomado del Dic. Frases Célebres de Jorge Sintes, Ed. Sintes, Barcelona, 1960.

MONGE ALFARO, Carlos, **"Historia de Costa Rica"** 13a. Edición Imp. Trejos Hnos. San José C.R., 1966.

PERALTA, Hernan G. **"Las Constituciones de Costa Rica"**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

TOYNBE, Arnold, **"A Study of History"**. Tom. de *"God, Jewuish and History"* de Max I. Diamant, The New American Library, New York, 1964.

VIEILLARD BARON, Alain, **"Temas de Historia de la Cultura"**. Pub. Univer. de C.R., Ciudad R. Facio, 1964.

ZINK, Harold, **"Los Sistemas Contemporáneos de Gobierno"**. Libreros Mexicanos Unidos, México, 1965.

# BIBLIOGRAFIA CONSULTADA


ARAUZ, Armando, **El Municipio y Desarrollo Nacional.** CEDAL, Costa Rica, 1978.

ARIAS SANCHEZ, Oscar, **Breve diagnóstico sobre las Finanzas de las Municipalidades del Valle del Guarco.** Pub. Of. de Planificación, I Congreso de Municipalidades. Feb. 1977.

IV CONGRESO NACIONAL DE GOBIERNOS LOCALES, IFAM, San José, Costa Rica, 1976.

FAJARDO RODRIGUEZ, Francisco **"Financiación Interna del Régimen Municipal en Costa Rica"**, Tesis Fac. de Derecho U. de Costa Rica, 1974.

GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. **"Historia del Régimen y Legislación Municipal de Costa Rica en el siglo XIX"**, Revista de los Archivos Nacionales No. 9, 1939.

GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. **"Los Municipios en Costa Rica"**, Revista de los Archivos Nacionales, 1939.

IFAM (Instituto de Fomento y Asesoría Municipal). **"Información Básica sobre el Sistema Municipal"**, San José, Costa Rica, 1976.

Mc DONALD, Austin. **"Gobierno y Administración Municipal"**, Fondo Cultura Económica, México, 1959.

MELENDEZ, Carlos. **Aspectos Históricos de los Gobiernos Locales de Costa Rica,** IFAM, 1974.

ORTEGA Y GASSET, José. **"Historia como Sistema".** Revista de Occidente, 5a. Ed. Madrid, 1966.

ORTEGA Y GASSET, José. **"Una interpretación de la Historia Universal".** Revista de Occidente, Madrid, 1966.

OTS CAPDEQUI, José María. **"Manual de Historia de Derecho Español de las Indias".** Fondo de Cult. Económica, México, 1959.

ZELEDON, Marco T. **"Digesto Constitucional de Costa Rica".** San José Costa Rica, ed. Col. Abogados, 1946.


* * *

# RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL (*)

*Dr. Manuel Amador Hernández.*

El título que hemos asignado a esta charla: *"Responsabilidad civil por daño ambiental"*, implica, ya de por sí, una toma de posición con respecto a aquella que debe ser, según Salvador Patti, la primera tarea que debe realizar el civilista de frente a la temática del ambiente.

Dicha primera tarea consiste, para el autor citado, en buscar y determinar cuáles son los mecanismos que podría proporcionar el derecho civil, y, —quizás— en forma más amplia, el derecho privado, para la tutela del medio ambiente. Y siendo así, y si de lo que se trata en este seminario es de suministrar a todos los interesados en él, a todos nosotros, una visión general de la forma en que las diversas ramas del ordenamiento jurídico enfrentan y resuelven los problemas relativos al medio ambiente, una charla como ésta, qué lo que pretende es tratar, si bien muy someramente, el aspecto civilista del tema ambiental, debería estar encabezada por un título que contenga una orientación mucho más general, y no por uno que reduzca el problema de la tutela civilista del medio ambiente, al campo exclusivo de la responsabilidad civil.

Ciertamente, existen autores que consideran que la responsabilidad civil no sólo se ha convertido en el centro del derecho, sino que tiende, y está a punto, de absorberlo por completo. Pero, semejante tesis, pensamos, no puede ser compartida si lo que queremos es tomar en consideración el estado actual del Derecho Civil.

Debemos advertir, sin embargo, que el título que hemos asignado a esta charla no es el resultado de la casualidad, no es obra del azar ni mucho menos —y en esto invocamos el beneficio de la duda— de una actitud que impensadamente haya reducido toda la problemática de la tutela civilista del medio ambiente, al campo exclusivo de la responsabilidad civil. No. . . Desafortunadamente, el haber reducido el tema de la tutela civilista del medio ambiente al campo de la responsabilidad civil, no es obra más que de la lamentable insuficiencia de nuestro Derecho Civil de frente a un problema tan importante como lo es, hoy día, el del ambiente. En nuestra legislación civil no existen disposiciones como las que existen en otras legislaciones civiles de otros países que tienden a una tutela del medio ambiente, aunque lo hagan —algunas de esas disposiciones— en forma indirecta. Por ejemplo, en nuestro país no existe una norma como la que expresa el artículo 329 del Código Civil de la República Democrática Alemana que en su primer párrafo dispone lo siguiente: *"La Sociedad Socialista organiza las condiciones ambientales en forma tal que ejerciten un flujo estimulante sobre la salud, el bienestar y la eficiencia de los ciudadanos y que eliminen progresivamente los factores nocivos para la salud"*.

Esta norma, ciertamente, se reduce en este primer párrafo, a una mera petición de principio, a una declaración de principio. Sin embargo, en sus

*Conferencia dictada en el Seminario Nacional sobre el Marco Legal del Medio Ambiente, en San José el mes de setiembre de 1981.

párrafos posteriores, el artículo establece lo que sigue: *"Las empresas están obligadas de acuerdo con las normas legislativas vigentes, en materia de protección al ambiente, a adoptar las medidas necesarias para mantener en el mínimo posible las influencias nocivas sobre el ambiente, tales como la contaminación del agua, aire y suelo, y del ruido y las vibraciones. . .".* Y agrega que *". . .las influencias nocivas no generan la pretensión de hacerlas cesar, si no sobrepasan el límite de lo inevitable o el establecido por la ley. . .".*

Tampoco en nuestro Código Civil, en nuestra legislación civil, en nuestro derecho privado en general, existe una disposición como la que expresa, por ejemplo, el artículo 906 del Código de la República Federal Alemana que establece lo siguiente: *". . .el propietario de un fundo no puede prohibir o evitar las emanaciones de gas, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones, provenientes de otro fundo, si esas emanaciones no producen daño o si el daño que producen es irrelevante o si son usuales en el lugar donde se verifiquen. . .".* Y agrega, dicha norma que *". . .el propietario del fundo no puede oponerse a tales emanaciones en la medida en que las mismas no sean evitables mediante la adopción de medidas adecuadas".*

Tampoco en nuestro Código Civil existe una disposición como la que contiene el artículo 844 del Código Civil italiano que establece lo siguiente: *"El propietario del fundo no puede impedir las emanaciones de humo o de calor, las exhalaciones, los rumores, las vibraciones o las propagaciones similares provenientes del fundo del vecino, sino superan los límites normales de tolerancia".*

Ciertamente estas normas, sobre todo las dos últimas, la del Código Civil de la República Occidental Alemana y la del Código Civil italiano, se encuentran ancladas al principio ideológico que consagra y protege la propiedad privada. Pero, en todo caso, interpretadas "a contrario sensu", significan tanto como que el propietario de cualquier Fundo vecino está facultado para reclamar la intervención del órgano jurisdiccional a efecto de que éste, mediante su potestad de imperio, haga cesar esas emanaciones o las haga reducir, por lo menos, al límite normal de tolerancia. Y, como podrá observarse, esta posibilidad implica, aunque sea indirectamente, una protección al medio ambiente.

En nuestro derecho civil, pues, no existen normas como las que hemos citado ni, tampoco, normas que en cualquier otra forma tiendan a la tutela del medio ambiente. Por el contrario, el Código Civil de nuestro país minimiza la importancia del ambiente al disponer, en su artículo 405, que *". . .Nadie puede construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor u otras fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar la distancia ni hacer las obras necesarias para que de este hecho no resulte perjuicio. . ."* ino al ambiente! —como era de esperar—, sino, *". . .a la pared".* Así concluye, con toda sencillez, dicha norma.

De lo expuesto, pues, que el ámbito de acción del civilista se halle limitado, en nuestro país, al campo exclusivo de la responsabilidad civil. Y siendo, como lo es, que ni siquiera en este campo, en el campo específico de la responsabilidad civil, existen normas que expresa o tácitamente estén encaminadas a proteger el ambiente, al civilista no le queda otro camino que recurrir a los principios generales que informan la responsabilidad civil para tratar de deducir de ellos, de esos principios generales, no obstante sea en algunos casos un tanto forzadamente, la única tutela del ambiente que parece posible en Costa Rica.

Ahora bien, podríamos preguntarnos: ¿Cómo hablar, en nuestro país, de tutela civilista del medio ambiente, no obstante hayamos considerado que esa tutela se reduce exclusivamente al campo de la responsabilidad civil? ¿No es acaso cierto, preguntaríamos, que el Derecho Civil, el Derecho Privado en general, tiende básicamente a la tutela de intereses que son referibles directa y exclusivamente a los individuos particularmente considerados? ¿Y no es acaso cierto que esta tutela se traduce, las más de las veces, en un específico reconocimiento de un derecho subjetivo? ¿Cómo armonizar, entonces, aquella que es la tendencia tradicional del derecho civil, del derecho privado, con la tutela de intereses relativos al ambiente que no son referibles exclusivamente a sujetos determinados, sino que trascienden las esferas de interés de esos sujetos para ubicarse en las de colectividades enteras? ¿Cómo, entonces, el derecho civil podría proporcionar mecanismos que tiendan a la protección de intereses que por propia definición son intereses de carácter colectivo?

Han sido, precisamente, los obstáculos que presentan los interrogantes anteriores los que han provocado que la propia doctrina civilista, que los propios estudiosos del Derecho Civil, hayan declarado que al derecho privado, en el campo de la protección al medio ambiente, no le corresponde

desempeñar más que un papel de carácter marginal, un papel de carácter secundario y que, corresponde al Estado, la tarea de intervenir, mediante los instrumentos que le suministra el derecho público, en aras de la realización de una tutela más eficaz, sobre todo en lo que al campo de la prevención del daño ambiental se refiere. Y, ciertamente, debemos reconocerlo, la labor más importante en materia de protección al medio ambiente debe corresponder al Derecho Público. En ello debe centrar el Legislador, el máximo de su atención.

Sin embargo, si bien el legislador debe centrar el máximo de su atención en la creación de mecanismos que en el Derecho Público traten de prevenir el problema del daño ambiental, lo cierto es que no siempre es posible evitar el daño y, en consecuencia, también es necesario tomar medidas para una vez que el daño se ha producido. Y es así como, la responsabilidad civil, podría realizar una labor de importancia en la medida en que, por medio de ella, se busque el resarcimiento "in natura" del daño ambiental, es decir, en la medida en que, por medio de ella, se logre el restablecimiento del estado de cosas natural existente previamente a la provocación del daño o, por lo menos, en la medida en que mediante una indemnización diversa se logre hacer pensar muy seriamente a las empresas y a los ciudadanos en general, sobre la necesidad de abstenerse de cometer o de continuar cometiendo tal tipo de daño. En lo anterior radica, sin perjuicio de lo que ya hemos dicho, parte de la importancia del estudio de la tutela civilista del medio ambiente.

Ahora bien, dicha importancia, en nuestro país —como también sucede en otros—, igualmente proviene del hecho de que no existen en el derecho público mecanismos que enfrenten, prevengan y resuelvan de una manera adecuada y eficaz, los problemas que genera llevar a la práctica la protección del medio ambiente. Y, ante este estado de cosas, lo menos que puede hacer el civilista es contribuir, desde la perspectiva de su disciplina, en la labor de solucionar la urgente necesidad, hoy día, de hacer efectiva dicha protección.

Pues bien, tratando de centrarnos ya en nuestro tema, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Es posible admitir en nuestro país la existencia de una responsabilidad civil por el daño ambiental? A efecto de responder a esta pregunta y tratar de determinar, en la respuesta afirmativa, cuáles serían las características, límites y condiciones de una responsabilidad de este tipo, conviene analizar, cuál es la naturaleza jurídica de la institución que conocemos bajo el nombre de "responsabilidad civil", cuáles son sus presupuestos y cuáles los sujetos que en ella participan, y, en qué medida, los elementos de un concreto conflicto que eventualmente pudiere presentarse con ocasión de un daño ambiental, podrían ser enmarcados en los elementos típicos de la responsabilidad civil.

En primer lugar debemos decir que, en términos generales, la responsabilidad civil es definida por la doctrina, la ley y la jurisprudencia, como aquella obligación jurídica en que se encuentra un sujeto de resarcir a otro el daño que le hubiera ocasionado. Y, como ustedes comprenderán, una definición de este tipo es lo suficientemente genérica como para permitir, con relativa facilidad, incluir en ella, la específica obligación de resarcir el daño ambiental que hubiera ocasionado una persona cualquiera.

Empero, el problema de fondo no es tan simple; existen, desde luego, una serie de problemas mucho más difíciles y concretos que serán indicados, y en la medida de lo posible resueltos, en el transcurso de esta exposición.

Podríamos afirmar que los elementos de la fuente, de la causa o del supuesto, o que los presupuestos —como ustedes quieran llamarlos— de la obligación de indemnizar son tres, básicamente (y digo "básicamente" porque, como ustedes lo saben, la sistematización de un fenómeno jurídico desde el punto de vista teórico en muchos casos —por no decir todos—, y el de la responsabilidad civil es precisamente uno de ellos, puede variar de un autor a otro, o de una teoría a otra, según sea la perspectiva analítica que utilice el jurista). Tales presupuestos son los siguientes:

Primero: una acción humana más o menos tipificada en la ley.

Segundo: un daño y, o, un perjuicio, y

Tercero: un vínculo de causalidad entre la acción y el daño.

En lo que respecta a la acción humana debemos decir que por ella entendemos —obviamente— no solo las acciones positivamente realizadas por los hombres, sino, también, las omisiones en que ellos incurran. No pueden ser consideradas como acción, a los efectos de lo que aquí interesa, los acontecimientos de orden natural, ni los provocados por las cosas de que el hombre se sirve, ni los ocasionados por los animales. Unicamente puede ser considerada como acción respecto a estos acontecimientos extrahumanos, el poder de producción, enervación o evitación que sobre los mismos tienen los hombres, ya sea en el tanto en que han

contribuido a su realización como un factor causal, ya sea en el tanto en que pudiendo enervarlos o evitarlos, no lo hacen.

Pero, no toda acción humana que produzca un daño es capaz de configurar el presupuesto que ahora se analiza. Se requiere, generalmente, que tal acción sea antijurídica; y se entiende que es antijurídica, por lo menos así lo entendemos nosotros, toda acción humana que enfrentada al ordenamiento jurídico —entendido éste como un todo, en su sentido más amplio y unitario— no permite un ajuste pleno y perfecto con él, sino que, menospreciándolo, lo niega.

Ahora, está claro que pueden existir acciones antijurídicas de las cuales, o a partir de las cuales, se derivan daños —entre otros, si se quiere— al ambiente. Existen acciones que son antijurídicas aun en el caso de que no sea el ambiente el bien jurídico directamente protegido. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la salud, en los de estrago e —inclusive— incendio. Asimismo, existen acciones previstas como prohibidas —y, en consecuencia, como antijurídicas— cuyo bien jurídico protegido lo es, directamente, el ambiente. Piénsese, por ejemplo, en las normas de la Ley General de Salud que prohíben la contaminación ambiental, o en el artículo 413, "in fine", del Código Penal.

Y ahora sí, podríamos sentar una primera conclusión con respecto al tema de la responsabilidad civil por daño ambiental. Tal conclusión sería la siguiente: toda conducta o acción humana antijurídica que ocasione un daño al ambiente, es susceptible de configurar el primer presupuesto de la responsabilidad civil en materia ambiental, o sea, el primer presupuesto de la obligación de resarcir ese daño.

Pero hemos dicho que, en materia de responsabilidad civil, el requerimiento de que la acción humana debe ser antijurídica, es algo que se exige "generalmente", esto es, que no siempre la acción humana que sirve de presupuesto a la obligación de indemnizar debe ser antijurídica. Hacemos referencia aquí, con este último, a la llamada responsabilidad objetiva, es decir, a los casos en que surge la obligación de indemnizar un daño pese a que el sujeto o los sujetos a los que se impone la obligación, al momento de realizar la acción de la cual, o a partir de la cual, se deriva el daño, no hayan incurrido en culpa o dolo (que son elementos necesarios —según nuestra opinión— aunque no los únicos, para fundar el juicio de antijuridicidad). Así pues, en materia de responsabilidad civil es posible que surja la obligación de indemnizar un daño, a pesar de no existir conducta alguna antijurídica que pueda ser reputada como el origen del daño.

Ahora bien, la posibilidad de que exista una obligación de indemnizar que tenga como presupuesto una conducta no antijurídica, nos lleva a preguntarnos si, en nuestro país, es posible la responsabilidad objetiva por el daño ambiental.

Y la respuesta a esta pregunta tiene que ser indudablemente negativa porque, si, como ya lo hemos visto, no existen en Costa Rica, en el campo de la responsabilidad civil, normas que expresa o tácitamente se refieran al daño ambiental o que estén encaminadas a proteger el ambiente —inclusive tratándose de la responsabilidad tradicional o por culpa, esto es, la que tiene como primer presupuesto una conducta antijurídica y la que ha sido mejor elaborada por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia— con mucha mayor razón debemos considerar que no es factible, bajo ningún concepto, deducir la posibilidad, siquiera, de la existencia de una responsabilidad objetiva en el tema del ambiente, pues, como todos lo sabemos, la acción o la conducta humana que objetivamente considerada puede servir como presupuesto de la obligación de indemnizar, requiere de una tipificación bastante particularizada en la ley. En otras palabras, si el legislador costarricense, en las normas que regulan la responsabilidad civil no se ha referido, ni expresa ni tácitamente, a la responsabilidad por culpa en materia ambiental, esta circunstancia nos inhibe absolutamente para poder siquiera admitir la posibilidad de la existencia de una responsabilidad objetiva por el daño al ambiente porque, como es bien sabido, y ya lo hemos dicho, toda responsabilidad objetiva requiere siempre, necesariamente, una tipificación con algún detalle de las conductas humanas a las cuales el legislador les confiere el poder de configurar el presupuesto que estamos estudiando en este momento. Y ello es así porque en este tema, en el tema de la responsabilidad objetiva, estamos en presencia de una materia que debe ser interpretada restrictivamente.

Fíjense ustedes que ni siquiera una responsabilidad objetiva por el daño ambiental es posible concebir, por ejemplo, en materia de contaminación con sustancias radiactivas, pese a lo dispuesto por la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos en su artículo 31. Tal artículo dispone lo siguiente: *"La responsabilidad civil por daños que se produzcan como resultado de las propiedades radiactivas o de su combinación con propiedades*

*tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de las sustancias radiactivas naturales o artificiales y de equipos nucleares, será objetiva".* Como se ve, este artículo establece claramente que la responsabilidad por daños derivados de sustancias radiactivas es de carácter objetivo. Sin embargo, pese a esto no es posible una responsabilidad objetiva en materia de contaminación ambiental con sustancias que tengan esas propiedades porque, a su vez, el artículo 39 de la misma ley establece lo siguiente: *"El derecho para reclamar una indemnización por daños nucleares se extingue por el transcurso de cinco años, a partir de la fecha en que se hagan evidentes los daños a la salud o propiedad de las personas".* Y quiero subrayar esto último: *". . .daños a la salud o propiedad de las personas".*

Ciertamente, el artículo 31 que hemos leído se refiere a que la responsabilidad civil debido a la contaminación con sustancias radiactivas es de carácter objetivo. Sin embargo, el artículo 39 se encarga de determinar cuáles son los daños resarcibles producidos por la contaminación, y, especifica: *"daños a la salud o propiedad de las personas".*

Siendo así no podríamos, en consecuencia, de frente a esa norma, de frente al artículo 39 de la Ley Básica de Energía Atómica, estimar como un daño resarcible la misma contaminación radiactiva del ambiente porque, de lo contrario, estaríamos interpretando de manera amplificativa el mencionado artículo 39, lo cual, como ya lo hemos visto, se encuentra proscrito en materia de responsabilidad objetiva.

Tampoco es posible en nuestro país, una responsabilidad objetiva en materia ambiental por accidentes ocasionados con medios de transporte aéreo porque, a pesar de que la Ley General de Aviación Civil establece responsabilidades de carácter objetivo para los casos en que se produzcan dichos accidentes, lo cierto es que las indemnizaciones son limitadas a los daños personales estrictamente —muerte o incapacidad de las personas— y a los daños a la propiedad, tal y como lo hace la Ley de Energía Atómica en la norma que hemos transcrito.

En ambas situaciones, tanto en el daño ambiental por contaminación radiactiva como por accidentes aéreos, si las normas que disciplinan la responsabilidad objetiva deben ser interpretadas restrictivamente, no es dable, entonces, al jurista, interpretar las leyes citadas —en sus artículos respectivos— a efecto de ampliar la entidad del daño resarcible.

En conclusión, podemos afirmar, respecto a este primer presupuesto de la responsabilidad civil que hemos analizado, que toda acción antijurídica que ocasione un daño al ambiente es susceptible de configurar dicho primer presupuesto, pero que tal cosa no es posible cuando se trate de acciones que no han sido realizadas antijurídicamente, es decir, cuando se trate de conductas que ocasionan un daño ambiental sin que su autor se encuentre incurso en dolo o en culpa (omitimos la referencia a otros elementos de la antijuridicidad, porque partimos del supuesto de que se encuentran presentes en dichas conductas y porque, además, no es este el sitio para entrar en divagaciones con respecto a ellos).

El segundo presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra constituido por el daño y, o, el perjuicio.

Como lo hemos dicho en otra parte, por daños, en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, se conoce el menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica exacta o precisa, o aproximada, al menos, como aquellos que no lo son por referirse a aspectos de orden personal estrictamente. Se distinguen, en razón de lo anterior, los daños patrimoniales y los daños morales o personales en sentido estricto.

El perjuicio, por su parte, tiene relación directa con la lesión que sufre una expectativa patrimonial.

Por vía de comparación podríamos afirmar que el daño implica una pérdida o menoscabo económico representado por la diferencia que se obtiene mediante una simple operación aritmética entre el valor del patrimonio antes del daño y su valor con posterioridad a él. El perjuicio, en cambio, si bien es de carácter patrimonial no tiene la misma función puesto que se establece, no con base en una relación entre lo pasado y lo presente, sino, con base en una confrontación entre lo presente y una situación futura que no pasó de ser más que una mera expectativa, una esperanza que nunca llegará a concretarse.

Ahora, con relación a este segundo presupuesto podríamos también preguntarnos: ¿Es posible, desde el punto de vista de la definición que hemos dado del perjuicio, la existencia de un perjuicio ambiental?

Supongan ustedes que el Estado se dedica, con grandes esfuerzos, a la purificación de las aguas de un río con miras al mejoramiento de las condiciones ambientales de una zona que ese río atraviesa.

Una persona, dolosa o culposamente, contamina aún más las aguas y provoca el retraso o impide de manera absoluta la realización del plan que el Estado se había trazado. Ciertamente, el caso que presentamos es quizás un tanto forzado y, a la larga, a juzgar por el estado de cosas existente en nuestro país, rotundamente ilusorio. Sin embargo, los principios generales de la responsabilidad civil a que estamos recurriendo, no permiten negar la existencia de un perjuicio ambiental y de ahí que, el ejemplo que hemos propuesto resulte pertinente aunque su valor sea más académico que práctico.

Así pues, de conformidad con los principios que informan la responsabilidad civil, no podemos negar que sea posible la existencia de un perjuicio ambiental. Los problemas, por supuesto, surgen en otro plano, concretamente en el probatorio. Admitir la existencia de un perjuicio ambiental tal vez difícil es, sin duda, probarlo.

Con respecto al daño, propiamente, no existe mayor problema. Si el daño lo hemos definido como el menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica como los que no lo son, es evidente que, en esta definición, se puede enmarcar el daño ambiental. El ambiente es parte del patrimonio de todos los pueblos. Y aunque en tiempos menos recientes se encontraron obstáculos en la tarea de concebirlo como un bien jurídico, poco a poco se ha ido consolidando la consideración de que sí lo es y que, como tal, merece tutela independiente. Como ustedes saben, el ambiente, en realidad, ha venido siendo tutelado en forma indirecta. Pero, concomitantemente, se ha venido consolidando la tesis de que se trata de un bien jurídico en sí mismo y de ahí que se pueda hablar, hoy día, de una defensa del ambiente sin necesidad de supeditarla a la defensa de la salud o la propiedad de los ciudadanos. Por otro lado, no es importante que no se trate de un bien cuya titularidad es referible a una, dos o varias personas concretas o determinadas, porque la difusión de su "propiedad", el interés de todos los ciudadanos en su conservación, constituye una importantísima razón de más para tutelarlo.

Ahora bien, para que el daño sea jurídicamente importante, jurídicamente relevante, en materia de responsabilidad civil, en general, se requiere la concurrencia de tres requisitos, a saber, que el daño sea cierto, que sea actual y que haya lesionado un derecho adquirido. La posibilidad de que el daño ambiental pueda configurar el segundo presupuesto en estudio, depende de que el mismo reúna los tres requisitos mencionados o, al menos, como se verá, el primero y el tercero de ellos.

Con relación al requisito de la certeza, está claro que el daño ambiental puede ostentar esta característica en la medida en que se presente como consumado o definitivo, en la medida en que sea real o efectivo. No puede, en consecuencia, presentar esta característica, el daño ambiental que sea meramente eventual o hipotético.

El requisito de que el daño debe ser cierto no se opone a que el daño ambiental pueda ser futuro, porque una lesión que se producirá con el transcurso del tiempo puede poseer, pese a ello, características de certidumbre. Por consiguiente, no podemos negar la posibilidad de que el daño ambiental, como sucede en general en el campo de la responsabilidad civil, a pesar de ser futuro sea, también, cierto. El problema aquí, como en lo relativo al perjuicio ambiental, surge en el plano probatorio. El derecho de fondo, por tanto, no puede negar la posibilidad de que debido a una acción determinada se produzca un daño futuro al ambiente pese a que, efectivamente, la prueba de ese daño sea de difícil obtención.

También el daño ambiental, obviamente, puede ostentar el requisito de ser actual, lo que, para los efectos de lo que interesa en materia de responsabilidad civil, no quiere decir que no sea un daño que se producirá en el futuro o que se produjo en el pasado, sino, básicamente, que no haya sido indemnizado porque, de haberlo sido, se convertiría en un daño jurídicamente irrelevante. Este principio de que el daño debe ser actual constituye, según lo reconoce la doctrina, una mera perogrullada. De ahí que el mismo sea, en realidad, intrascendente. Si el daño ambiental ha sido indemnizado evidentemente no podrá serlo de nuevo. Pero, por lo pronto, lo que nos interesa aquí es determinar si es posible, jurídicamente, esa indemnización. Y esta posibilidad es, precisamente, lo que estamos tratando de determinar con esta charla.

Finalmente, se puede considerar que el daño ambiental es capaz de ostentar el requisito indicado en tercer lugar, o sea, la característica de lesionar un derecho adquirido. Y ello es así posible no solo porque el requisito se traduce, según la doctrina, en la circunstancia de lesionar o menoscabar una situación lícita, o sea, conforme a derecho, que es, precisamente, lo que ocasiona el daño ambiental, sino porque, además, se viola, con este daño, el derecho reconocido a los pueblos y a las co-

lectividades de poseer y conservar un ambiente sano.

No podemos negar, en Costa Rica, la existencia de un derecho reconocido a las comunidades particulares y a la nacional, en general, de poseer y mantener un medio ambiente, tanto en sus partes naturales como en las artificiales, libre de todo tipo de contaminación dañina que exceda los límites de lo insuperable y permitido. Este derecho, según lo podemos deducir de lo dispuesto por el artículo 263 de la Ley General de Salud, no solo es reconocido por los efectos que el daño podría tener en la salud de los hombres, sino que, también, es reconocido por el valor intrínseco del ambiente mismo. Así cabe establecerlo porque la norma prohíbe ciertas conductas o prácticas con consecuencias nocivas *". . .para la salud humana o para la fauna o la flora inofensivas al hombre".*

De acuerdo, pues, con lo que ha quedado planteado, e insistiendo en la necesidad de que el daño ambiental ostente, al menos, el primero y el tercero de los requisitos que hemos mencionado y que exigen los principios rectores de la responsabilidad civil para que el daño sea jurídicamente relevante, debemos sentar, entonces, como segunda conclusión importante, en relación a los presupuestos de la responsabilidad civil, que el daño ambiental es plenamente capaz y susceptible de configurar el presupuesto que hemos analizado.

El tercer presupuesto de la responsabilidad civil, hemos dicho, consiste en un vínculo de causalidad entre la acción ilícita, o sea, la acción antijurídica, y el daño.

Se trata, aquí, de una de las manifestaciones de la idea de la causalidad jurídica; concretamente: de la aplicación en el derecho del concepto de causalidad natural pero desprovisto, en parte, debido a apreciaciones racionales y valorativas, del rigor que lo caracteriza. La causalidad jurídica, en este sentido, por consiguiente, no es otra cosa, en el fondo, que la causalidad natural matizada con criterios jurídicos.

Ahora bien, sin entrar en detalles que extenderían innecesariamente esta charla, debemos decir, al menos, que existe dicha forma de causalidad jurídica en materia de responsabilidad civil, cuando una conducta humana se constituye en causa adecuada y directa de un daño; que existe causalidad adecuada cuando la conducta es capaz, en situaciones normales, de producir el daño de que se trate, y que existe causalidad directa cuando el segundo elemento o fenómeno sigue al primero sin ser la consecuencia del azar o del hecho de un tercero o, en otras palabras, cuando el daño es el resultado inmediato de la conducta antijurídica.

Así establecido este tercer presupuesto de la obligación de indemnizar, no es necesario ahondar tampoco aquí en detalles para percatarnos de que una acción antijurídica es susceptible de configurar la causa directa y adecuada de un daño ambiental y de que, por allí, la posibilidad de que el tercer presupuesto de la responsabilidad civil que estamos analizando también se configure en un conflicto por daño ambiental, no merece la menor duda de nuestra parte.

Pues bien, resumiendo el resultado del análisis realizado con relación a los presupuestos de la responsabilidad civil, podemos afirmar que también en materia ambiental se pueden configurar los presupuestos necesarios para el surgimiento de la obligación de indemnizar el daño ambiental. Y siendo así, y no obstante que en nuestras normas jurídicas no existe ninguna disposición que expresa o tácitamente esté encaminada a propiciar el resarcimiento de ese daño, nosotros afirmamos que ello sí es posible en Costa Rica. Para estimarlo así recurrimos, no a la interpretación de norma jurídica alguna, evidentemente, sino, a la aplicación de los principios generales que informan la responsabilidad civil; aplicación que, por lo demás, se encuentra autorizada en nuestro país por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a los tribunales a dirimir los conflictos, en ausencia de ley aplicable, recurriendo a los principios de derecho; principios entre los cuales se encuentran algunos que coinciden, plenamente, con aquellos que informan la responsabilidad civil.

Habiendo llegado, entonces, a la conclusión de que en materia ambiental es posible que figuren todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y que, en consecuencia, recurriendo a los principios generales del derecho se puede admitir válidamente la responsabilidad civil por el daño ambiental, debemos pasar ahora a analizar la obligación resarcitoria que nos ocupa desde el punto de vista de los sujetos que en ella intervienen.

Como es bien sabido, la relación de la responsabilidad civil se establece entre un sujeto llamado acreedor, que es el titular del derecho a la indemnización, y otro llamado deudor, que es quien debe satisfacer esa indemnización.

Ahora, ¿quién ostenta en materia de daño ambiental la calidad de acreedor, de titular del derecho a la indemnización, y quién la de deudor de esa indemnización?

Con respecto a la calidad de deudor no existe

mayor problema: es obligado a resarcir el daño ambiental el infractor que lo haya ocasionado, el autor de la acción dañosa y, también, eventualmente, terceros que asuman la calidad de corresponsables civiles, ya sea que esa calidad surja en virtud de la existencia de una obligación de vigilancia o correcta elección que el tercero debía realizar sobre el autor del hecho, ya sea que surja de otro tipo de relación diversa como lo sería, por ejemplo, un contrato de seguro perfeccionado entre el tercero y el causante del daño, ya sea que surja de un mandato legal.

Mayor problema surge con relación al acreedor de la responsabilidad civil ambiental. ¿Quién es el titular del derecho a la indemnización por el daño al ambiente?

Obviamente, si a raíz de un daño ambiental un sujeto determinado sufre una lesión en su persona, en su patrimonio, este sujeto estará legitimado "ad causam activa" en la relación de responsabilidad que se establezca. Pero, ciertamente, este sujeto no resulta legitimado "ad causam activa" en la relación de responsabilidad por el daño al ambiente sino que, su legitimación surge de una relación de responsabilidad diversa: él es víctima indirecta de ese daño al ambiente y, por consiguiente, reclamará la indemnización no por el daño al ambiente sino por el daño que él ha sufrido en su persona y en su propiedad, tal y como lo establecen, por ejemplo, los artículos que antes hemos comentado de la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos y la Ley General de Aviación Civil. Este sujeto reclamará la indemnización por la lesión a dos bienes jurídicos tutelados que son: su integridad física y su propiedad privada. El derecho a la indemnización, bajo estas circunstancias, se configura plenamente como un típico derecho subjetivo cuya titularidad es referible, precisamente, a quien reclama su satisfacción.

Pero, tratándose propiamente de la responsabilidad civil cuyo estudio nos ocupa, ¿quién es el titular del derecho a la indemnización por el daño ambiental? Y lo que pareciera más grave aún: ¿Se configura el derecho a la indemnización por el daño ambiental como un típico derecho subjetivo?

Estos problemas, sin embargo, pese a la solemnidad de su enunciación, no son complejos y se superan con facilidad.

En relación al primer interrogante ya hemos visto que el daño ambiental lesiona un derecho reconocido a las comunidades particulares y a la nacional, en general, de poseer y conservar un ambiente sano, tanto por el valor intrínseco del ambiente mismo, como por los beneficios que el Hombre de él deriva. Desde este punto de vista, entonces, serán esas colectividades particulares, o la nacional, según sea el caso, las que ostenten la titularidad del derecho a la indemnización, de igual manera que la ostenta cualquier individuo particularmente considerado a quien se le ha lesionado un derecho propio.

En relación al segundo interrogante, es indudable que el derecho a la indemnización no podría configurarse de la misma forma en que, normalmente, se configura el derecho a la indemnización en materia de responsabilidad civil, es decir, como un típico derecho subjetivo. El derecho a la indemnización no es atribuible o referible, en el campo de la responsabilidad civil por el daño ambiental, a un sujeto determinado sino a colectividades enteras. Empero, no por ello vamos a dejar de reconocer la posibilidad de la existencia de una obligación de indemnizar el daño al ambiente. La institución de la responsabilidad civil, desde este punto de vista, adquiere una dimensión diversa a la que tradicionalmente se ha observado en ella y se le ha reconocido. El fenómeno, así expresado, no es más que otra de las interesantes manifestaciones de ciertas tendencias muy importantes que se han venido gestando en el derecho privado modernamente, y sobre las cuales no es del caso hacer referencia aquí.

Dos problemas diversos, tanto o quizás más interesantes, se dan con relación al "derecho" de percibir el monto de la indemnización y la llamada legitimación procesal, o capacidad "ad procesum".

Pese a que una sociedad completa sea la perjudicada con un daño ambiental, no podría ser toda esa sociedad, todos sus hombres, los que perciban directamente y dispongan directamente del monto de la indemnización, ni tampoco los que puedan ejercer directamente la acción de responsabilidad. Es necesario recurrir aquí, a la institución de la representación.

En este orden de ideas, cabe afirmar lo siguiente: Que si, de conformidad con el artículo 32, inciso 2 del párrafo A de la Ley Forestal, la Dirección General Forestal es la entidad autorizada para percibir las multas y el valor de los comisos por la infracción a dicha ley, de pleno derecho se encuentra autorizada para percibir el monto de las indemnizaciones por los daños que provengan de esas infracciones; que si, de conformidad con lo dispuesto por el inciso A del artículo 45 de la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, el Ministerio de Agricultura y Ganadería es la entidad autori-

zada para percibir las multas por la infracción a esa ley, igualmente, de pleno derecho, se encuentra autorizado para percibir las indemnizaciones por los daños que provengan de esas infracciones. En igual sentido cabe argumentar con relación al inciso B del artículo 43 de la Ley de Sanidad Vegetal que autoriza al señalado ministerio para percibir las multas por la infracción a esa ley. Y así, sucesivamente, puede razonarse con todas aquellas leyes que impongan multas a quienes ilícitamente ocasionen daños al ambiente, y que dispongan que dichas multas sean percibidas por determinadas entidades.

Ahora, no necesariamente por la circunstancia de que en los casos dichos hayamos determinado a quién o a quiénes corresponde percibir los ingresos por concepto de indemnización, debemos de considerar que es a ese o a esos sujetos —o a quien legalmente los represente ante los tribunales— a quien o a quienes corresponde proponer la acción de responsabilidad civil.

Es necesario que admitamos hoy día, en esta materia, como también lo han empezado a hacer otros países (Alemania, Estados Unidos, Francia e Italia, por ejemplo), la posibilidad de que diversos sujetos, sean personas particulares, sean asociaciones u órganos de derecho público, tengan acceso a la acción de responsabilidad por el daño al ambiente. Así debemos admitirlo aunque, posteriormente, la indemnización sea percibida por otro sujeto o ente al que se le encarga la función de velar por el medio ambiente que ha sido lesionado. La posibilidad que queda expuesta no debe merecer ninguna duda, si tomamos en consideración que el derecho de los órganos encargados de percibir la indemnización no es más que un derecho puramente instrumental y que la legitimación "ad causam activa" o el derecho sustancialmente considerado, pertenece, en definitiva, a toda la sociedad.

* * *

# LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

*Lic. Jaime Quintana López*

*Este pequeño trabajo, en homenaje a la labor de mi padre y sus treinta mil operaciones de cirugía mayor, en cincuenta años de servicio a la ciudad de Puntarenas.*

## CAPITULO PRIMERO

### 1) LA PENA Y EL DELITO.

En la naturaleza existe una simetría entre la acción y la reacción, de manera que Newton pudo establecer que ante toda acción surge una reacción de igual fuerza, pero que trabaja en sentido contrario. Este modo de operar natural, observable en el Universo entero, constituye una de las llamadas leyes de Newton, que las enunció, al par que la Ley de gravitación universal. Pero si bien las leyes naturales pueden ser enunciadas, previa su fundamentación en los fenómenos de la naturaleza (tanto la energía como la materia), a ellas se llega mediante el método inductivo, de observación y estudio de los fenómenos aislados, para poder precisar y aislar sus constantes. Este método de observación científica y para el establecimiento de hipótesis y de leyes naturales, se denomina el método científico, bien definido por Claude Bernard.

Sin embargo, en la sociedad existen leyes que no descansan en el método científico, ya que simplemente son disposiciones de carácter general y obligatorio que emanan de la autoridad constituida, esto es, un órgano legislador, que puede estar inspirado en intereses, ideales de orden filosófico, o conceptos de cualesquier orden; las cuales deben aplicarse en la sociedad por vía de autoridad, prescindiendo de si se adaptan o no a una realidad objetiva. Estas leyes constituyen las normas jurídicas.

No obstante ser sustancialmente diferentes las leyes naturales de las del orden jurídico, ocurre con frecuencia que las ciencias naturales allanan y guían los esfuerzos de los juristas y de los filósofos del derecho. Los descubrimientos y leyes de los científicos en el orden natural, hacen prácticas definiciones y conceptos de los filósofos del derecho que, como Kant, buscan un equilibrio en la sociedad, mantenido por las leyes; equilibrio que según él, se rompe con el delito y se restaura al aplicarse la pena a quien resulte imputable de ese hecho anormal, a lo menos, para el orden jurídico inspirado en el bien común. Evocándose el concepto newtoniano de acción-reacción, el filósofo nos recuerda que el equilibrio social roto por el delito sólo será restablecido por la aplicación de la pena.

La construcción lógica del Kantismo en el campo jurídico penal, maneja binariamente la idea del delito y de la pena y a ella se acogieron las legislaciones de todas las naciones civilizadas y en dicho sistema descansa el principio de la LEGALIDAD del delito, del procedimiento y de la pena, contenido en nuestro artículo 39 de la Constitución Política, enunciado en latín: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege". Sin embargo, este

principio es de nuestra época y no de la antigüedad. Nuestro texto constitucional dice: *"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por Ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente"*. Por consecuencia, de la lectura del texto constitucional aparece que la aplicación de la pena sólo puede ser consecuencia de la comisión del delito, el cual sólo puede ser establecido formalmente mediante ciertas garantías procesales, que constituyen el procedimiento penal y la organización de los Tribunales de Justicia, que establecen respectivamente las reglas para la formación del convencimiento del juez y la competencia de las autoridades jurisdiccionales.

La unidad entre el delito y la pena también está establecida por el artículo 1 del Código Penal de Costa Rica, según la Ley 4573 que lo promulgó, reafirmándose en él la legalidad de ambos conceptos y dice: *"Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la Ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente"*.

Como consecuencia de lo expuesto podemos concluir que, para el Constituyente y el Legislador costarricense, entre el delito y la pena debe existir una relación causal, en orden a que toda pena debe ser sólo una consecuencia del delito, e igualmente, que por lo general, a los delitos debe seguir la pena, como la sombra al cuerpo; conformándose así la proposición de que el delito es la causa y la pena el efecto, formal y sustancialmente; por más que esta vinculación pueda no aparecer en la realidad de algunos casos concretos, pero que ello sea así es lo que está dispuesto por las normas vigentes en nuestro país.

## 2) SITUACIONES DE DELITOS DECLARADOS O PRESUNTOS EN QUE NO SE APLICA LA PENA.

Hemos dejado expresada la ocurrencia general de la punibilidad o castigo de los delitos, encontrándose en ella la razón de ser del régimen penal, contemplado en resguardo del equilibrio y estabilidad de la sociedad. Pero, ya que la aplicabilidad de la pena, una vez producido un delito, no obedece a una ley natural, sino que al sistema jurídico y social de una colectividad basada en el bien común, y conforme con el "roll" de todos los componentes del cuerpo social; la aplicación de las penas es lógico que encuentre salvedades o excepciones cuando el propio bien común o el interés social así lo recomienden, lo que de hecho ocurre en algunos casos que las legislaciones fijan expresamente.

Es por esto que se dan situaciones en que se produce la condenatoria, pero no se aplica la pena, o en las que el proceso termina interlocutoriamente por desestimación, sobreseimiento o resolución equivalente, pese a poderse establecer la imputación del hecho y la culpabilidad o dolo del agente en el delito, pero ante la existencia en la ley de un motivo de impunidad; situaciones todas enmarcables bajo el título de Excusas Absolutorias, no del todo sistematizadas por la ley, ni siempre iguales en sus alcances.

Una cosa es clara, que el principio de legalidad también debe estar presente en las excusas absolutorias, puesto que la falta de aplicación de la punición no debe descansar en el albedrío de la autoridad sentenciadora sino que en el texto expreso o implícito de la ley; principio de legalidad que justifica el nombre genérico de estas eximentes de pena, las cuales en doctrina se denominan "Excusas **Legales** Absolutorias", frase en la que debe subrayarse la palabra legales, con el fin de destacar el concepto ya expresado.

## 3) LA IDEA DE EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA.

El Diccionario de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas (1), define esta excusa como: *"Eximente o causa de impunidad establecida por la ley por motivos de utilidad pública o interés social. Aún reconociendo la antijuridicidad del hecho o de la omisión y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica la pena"*.

En relación con esta materia, Cuello Calón (2) señala que las excusas absolutorias se diferencian de las causas de inimputabilidad y de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico y culpable, hay delito y delincuente y sin embargo, no se cas-

(1) Tomo II, página 154, Editorial Omeba, Bs. Aires, 1968.

(2) *Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1968.

tigan; por lo que concluye que la acción delictiva queda impune por lo que llama un perdón legal, de lo que señala diferentes ejemplos en el Derecho español. (Ver página 595 del tomo indicado).

A pesar de lo expuesto, no puede colegirse que las excusas en estudio impliquen que el Derecho Penal claudica o se degrada por ellas, ya que no desaparece la ilicitud penal por la que se castigan la generalidad de los casos, desapareciendo, por excepción sólo la punición en un caso concreto, lo que viene a confirmar la regla general de que todos los delitos deben ser castigados, pues las leyes penales son la sanción de todas las otras normas, según Juan Jacobo Rouseau (citado por S. Soler, (3).

## 4) LA INMUNIDAD.

Por sus vinculaciones de familia, los delitos de los hijos contra los padres y recíprocamente, de los cónyuges entre sí, entre los hermanos, cuando afectan bienes jurídicos patrimoniales, en algunos países la legislación los exime de pena; por ello, tanto los tratadistas españoles como los italianos, que tienen este tipo de exenciones, encuentran en ellas el ejemplo clásico para ellos de las excusas legales absolutorias. Sin embargo, en el derecho penal costarricense, fundado en el Código Penal Tipo Latinoamericano, los delitos patrimoniales en el ámbito familiar son perfectamente punibles si se ejercita la acción penal, existiendo reglas especiales para que puedan ser castigados en la modalidad de la acción, que siendo pública es de instancia privada (artículo 81 bis, inciso c) del Código Penal, artículo 6 del Código de Procedimientos Penales). Nuestro Código Penal, señala en el artículo en referencia: *"Son delitos de acción pública, perseguibles sólo a instancia privada: c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las secciones IV y V del Título VII, libro II, y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente o descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sean cometidos por el bienhechor, en perjuicio de su protegido".*

En todos estos casos indicados, para poder proceder será necesaria la denuncia del ofendido, o en orden excluyente, de sus representantes legales, tutor o guardador (artículos 6 y 154 del Código de Procedimientos Penales); por lo que si el ofendido resulta ser un incapaz, también sus representantes están facultados para poner en ejercicio la acción penal. Pero, ¿qué sucede si cometido uno de tales delitos la acción penal no fuera ejercida por el ofendido o por su representante? . . .Con respecto a cualquier tercero o ente que pretendiera poner en movimiento la fuerza sancionatoria penal se daría en el Derecho penal costarricense una falta de acción, que obligaría a una desestimación de la denuncia, del requerimiento fiscal de instrucción fiscal o a un sobreseimiento, según los casos (artículos 158, 320, 347 del Código de Procedimientos Penales), situación que implícitamente involucra una excusa legal absolutoria, pues implica una falta de punición del hecho cometido. Por lo mismo, en tales casos, a juicio de Cuello Calón, que analiza la situación en España, sólo queda al interesado la acción civil por daños y perjuicios, que en Costa Rica sería la única vía disponible en tales casos (artículos citados arriba y 357 del mismo Código). Paralela a la situación de los delitos cometidos por parientes, entre los que se conforma una inmunidad por los delitos patrimoniales, encontramos la inmunidad diplomática, que protege a los Jefes de Estado Extranjeros y diplomáticos acreditados en el país, según lo dispuesto expresamente por el inciso 1) del artículo 16 del Código Penal; y además, según el inciso 2 de este mismo artículo, encontramos la inmunidad de que gozan algunos funcionarios públicos conforme con la Constitución Política.

La inmunidad diplomática fue acogida por el Código Penal vigente adecuando su texto a los Tratados vigentes en el campo internacional, como son la Convención de Viena, Tratados de la ONU, de la OTAN, de la OEA, etc. Así las cosas, una vez que en el proceso se encuentre demostrada por la certificación o nota del Ministerio de Relaciones Exteriores la calidad de diplomático de una persona sindicada como autora de un delito, sólo cabría que el juzgador dicte la correspondiente desestimación de la denuncia, o bien, el sobreseimiento, si la causa se encuentra en una etapa avanzada de la instrucción. A pesar de ello, en otras latitudes y ante crímenes achacables a funcionarios diplo-

---

(3) Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino,* Tomo I, págs. 10 y 11, Bs. Aires.

máticos se han producido las renuncias de la inmunidad diplomática, por los países a cuyo favor operaba esta causa de impunidad (Caso Becquer, en Chile), aunque en Costa Rica no se ha dado esta situación ni activa ni pasivamente.

¿Quiere decir lo anterior que no delinquen los Jefes de Estado Extranjeros y Diplomáticos acreditados en nuestro país? En absoluto, ya que ellos pueden inclusive ser juzgados en sus respectivos países por estos hechos, eventualmente. A este respecto señala Carrara (4) que *"un impedimento para castigar no vale nunca para destruir la noción del delito ni para hacer cesar su existencia, cuando concurran los requisitos de él".*

En lo que respecta a los funcionarios indicados por el inciso segundo del artículo 16 del Código Penal, que son los nacionales que conforme a la Constitución Política gozan de inmunidad, cabe establecer únicamente que esta inmunidad no es absoluta, pues consiste únicamente en una serie de reparos para el ejercicio de la acción penal, cumplidos los cuales la acción es siempre procedente, ya que en nuestra nación nadie tiene el fuero de los soberanos, que en otras latitudes están totalmente por fuera de la posibilidad de delinquir; y así la propia Constitución Política en el inciso 9) del artículo 121 indica que es la propia Asamblea Legislativa la llamada a declarar si hay lugar para formación de causa contra el Presidente de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos (se refiere a los nacionales), por los delitos que se les achacaren. Por su parte, los artículos 171 y siguientes del Código de Procedimientos Penales rigen el procedimiento aplicable a estos casos, que en lo no expresamente modificado, ha de ser el proceso común.

## 5) EL PERDON DEL OFENDIDO Y EL PERDON JUDICIAL.

Estas dos formas de suprimir la punición se encuentran previstas en los artículos 81 párrafo segundo y 93 del Código Penal de 1971, respectivamente. Sin embargo, durante el proceso no pueden ser invocadas vinculantemente por el inculpado ante el juez de la causa si no se le han otorgado previamente; de manera que no configuran propiamente excusas legales absolutorias, sino que son formas que suprimen algunos aspectos de la punición, a criterio del ofendido en los delitos de acción privada y del juez, tratándose de los casos del perdón judicial, cuando éste procede según el artículo 93 del Código Penal. Aunque estas dos instituciones aparecen en el Código Penal como causas de extinción de la acción penal y de la pena, (Título V del libro I), no constituyen ninguna obligación para el Juez o para el ofendido, según los casos, quienes podrán darlos, si quieren; ya que en ambas situaciones la Ley utiliza el verbo poder, no una forma imperativa. De allí que para el inculpado, el derecho a la extinción de la pena está sujeto a una condición suspensiva, dependiente del querer ajeno, sea el del ofendido, o el de la autoridad juzgadora.

El perdón judicial en análisis suprime algunos de los aspectos de la punición, pero no todos los efectos de la condena desaparecen, conforme lo establece el artículo 96 del Código Penal, que indica que tales formas de extinción no afectan el comiso ni la responsabilidad civil. Por su parte, el artículo 93 del Código Penal es claro en que sólo extingue la pena y no se elimina el juicio de reproche que importa la condenatoria. Por consecuencia, siendo la función del Registro Judicial de Delincuentes la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República, (artículo 3 de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes) y tratándose en estos casos de perdón judicial de una sentencia condenatoria, en que sólo se deja sin efecto la pena, la sentencia dictada en estos casos deberá comunicarse al Registro para su inscripción, (artículo 5 de la Ley del Registro de Archivos Judiciales, número 6723 del 10 de marzo de 1982). Sin embargo debe reconocerse, que ya que la ley no indica de modo expreso que deben inscribirse las condenatorias dictadas con perdón judicial, pudiera la inscripción de ellas ser materia de discusión; puesto que la inscripción no deja de ser una pena accesoria, que en ciertas circunstancias podría ser de un perjuicio notable para el reo y que, obviamente, no es una simple consecuencia civil de las que no desaparecen según el artículo 96 del Código Penal.

Tratándose del perdón del ofendido en delitos de acción privada, no existe duda de que la sentencia no es inscribible en el Registro Judicial de Delincuentes, al igual de lo que ocurre en casos en que opera una excusa legal absolutoria, propiamen-

---

(4) Obra citada, Tomo I, página 52.

te tal, pues en estas situaciones no se produce la condenatoria, que es la inscribible según la ley, sino que, simple y llanamente se dicta una absolutoria del reo, o resolución equivalente, que no es inscribible. Más adelante estudiaremos una aparente excepción a esta regla general, en relación con el contrabando de licores, (artículo 474 del Código Fiscal).

# CAPITULO SEGUNDO

# LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN EL CODIGO PENAL

## 1) CONCEPTOS GENERALES.

Nuestra legislación penal no tiene establecidos en forma sistemática los diferentes casos de excusas legales absolutorias, de allí que una enunciación que se pretenda de ellas pudiera resultar incompleta; por eso destacamos en el presente estudio un grupo de figuras, que no pretende ser exhaustivo; pero, lo importante es que, probada la existencia de estas causales se da paso en el proceso penal a una desestimación, a un sobreseimiento o a una sentencia absolutoria, si la causa está para dictar sentencia, o bien, a una impunidad, si la condenatoria ha sido pronunciada, como sucede con la situación descrita por el artículo 92 del Código Penal, que expresamente señala que la excusa puede operar aún cuando la condenatoria hubiera sido dictada, supuesto previsto por ese artículo que no es común para todas las excusas absolutorias.

## 2) DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA.

El artículo 24 del Código Penal vigente dispone que *"Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente".* De lo expuesto, se colige la figura antitética de que no hay tentativa cuando la consumación del delito no se produce por el desistimiento puro y simple del agente, no atribuible el desistimiento a una acción externa o de un tercero; y como colofón, podría concluirse que, siendo la tentativa una figura punible, al no haber tentativa no puede haber punición.

Con relación a la tentativa Carrara (5), destacando al factor internacional, señala que el concepto de la consumación no es absoluto, sino relativo, porque un evento que respecto a un delito *"constituye consumación, no es más que una tentativa respecto de otro título de delito";* de allí que la lesión consuma el delito de lesiones, pero puede ser conato del delito de homicidio, el derribamiento de una puerta consuma el delito de daños, pero puede ser tentativa de robo. Por consecuencia, si el delito querido en primer término por el agente no se consuma en virtud de su propio y voluntario desistimiento, no se daría el supuesto para reprimir la tentativa del delito, aunque es obvio que sí deberán reprimirse los actos realizados que en sí mismos sean constitutivos de delito o contravención, tal como lo disponía expresamente el artículo 39 del Código Penal, de 1941, derogado por el Código vigente. En relación con esta materia debemos observar que, si bien no hay una disposición expresa que así lo ordene en el Código actual, así procede en virtud de la tipicidad, uno de los elementos del principio de la legalidad, contenidos en los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política de Costa Rica.

La aplicación del desistimiento de la tentativa, libre y espontáneo, como una causal de impunidad o excusa absolutoria, tiene como finalidad estimular un principio de bien común, cual es desalentar la comisión de los delitos, estimulando todos los actos que los impidan; lo que no ocurriría si el desistimiento voluntario de la tentativa se castigara, pues no habría ningún aliciente para los delincuentes en orden a renunciar a las consecuencias directas de algún hecho punible que hubieran comenzado.

---

(5) Francesco Carrara, obra citada, Tomo XI, pág. 86, Tomo I, pág. 234.

Cuello Calón (6), refiriéndose al desistimiento de la tentativa como excusa legal absolutoria, señala que *"cuando el desistimiento es propio y voluntario, según claramente se desprende del texto legal, no hay tentativa; pero han de recurrir ambos requisitos, que el que desiste sea precisamente el que intentaba la comisión del delito, y además que el desistimiento sea libre, espontáneo y no determinado por causas que cohíban la voluntad del agente, (v.gr. la llegada de la policía). Basta la voluntariedad del desistimiento, independientemente de los motivos que lo hubieran originado (miedo a la pena, a perder el empleo o por íntimo arrepentimiento)".* Agrega el citado tratadista que: *"En caso de desistimiento propio y voluntario, el que desiste quedará exento de la pena correspondiente a la tentativa del delito cuya perpetración intentaba, pero responderá de los hechos realizados antes del momento del desistimiento si fueren punibles.*

Existen algunas situaciones en las que el delito consumado se perpetra con la simple tentativa, cual sucede en el artículo 5 de la Ley de Defraudación Fiscal; siendo criterio nuestro de que no podría operar entonces la excusa absolutoria por el desistimiento, el cual, por disposición de la ley sería del delito y de su conato. (No aparece así en el delito de contrabando).

### 3) EL MATRIMONIO DEL PROCESADO O CONDENADO CON LA OFENDIDA.

La excusa enunciada tiene cabida en los delitos "contra la honestidad", es decir, aquellos en los que el bien jurídicamente protegido sea la honestidad de la mujer y en los que ella sea la que figure como ofendida, según disposición expresa del texto legal. Sin embargo de lo dicho, nos encontramos que el Código Penal vigente no contiene ningún título ni sección que tutele en concreto la honestidad, lo que sí se encontraba en el Código Penal anterior, el que incluía entre los delitos contra la honestidad los siguientes: violación, estupro, rapto e incesto, también, la corrupción y los ultrajes al pudor y a la moralidad pública, es decir, de los artículos 216 al 234 del Código derogado, en su Título Segundo, Libro Segundo, Capítulos Primero y Segundo (Promulgado según Ley 368 del 21 de agosto de 1941).

Ante tal predicado y tratándose de que nuestro Código Penal vigente no contiene ningún título ni capítulo relativo a los delitos contra la honestidad, como sí ocurre en otras materias, en las que se tutela la vida, el honor, la familia, etc.; cabe concluir que, entonces, el término honestidad está sujeto a interpretación, pues la excusa absolutoria contenida en el artículo 92 no puede quedar reducida a un pronunciamiento platónico.

A nuestro juicio, los que el artículo en referencia llama delitos "contra la honestidad" son los que el Código llama delitos sexuales, en el Título III del Libro II y que comprenden los artículos 156 al 174, en todos los casos tipificados por estos artículos en los que la persona ofendida resulte ser una mujer y ante la certeza de un matrimonio legalmente celebrado con ella de parte del inculpado, que obviamente deberá ser un hombre, pues tal es lo que también se desprende del referido artículo 92 del Código punitivo. Ante otros supuestos de hecho, por más que existiera matrimonio y se tratare de estos mismos artículos, no podría operar la excusa absolutoria. En lo que respecta al matrimonio realizado, es menester que haya sido legalmente posible, no sólo aparente, como sucede en los llamados "matrimonios por contrato"; por otra parte, si la ofendida fuese una menor, la ley exige también que no debe darse oposición de parte de sus representantes legales ni del Patronato Nacional de la Infancia (PANI).

El fundamento de la anterior interpretación que hemos hecho del texto, debe encontrarse en que el término honestidad que utiliza la ley es equivalente de decencia, decoro, recato, pudor, compostura, moderación en la persona, que son términos que guardan estrecha relación con la sexualidad de la mujer, protegida en los artículos en referencia, y dado que en esta materia el Derecho Penal permite la aplicación por analogía, por ser una interpretación a favor del reo, siendo que la ley veda la aplicación analógica sólo cuando es en perjuicio de éste, (artículo 2 del Código Penal).

Si la excusa en referencia es invocada válidamente durante el proceso, produce la desestimación, el sobreseimiento o la sentencia absolutoria; si se invoca una vez dictada la sentencia sólo produce la supresión de la pena, por disposición expresa de la ley, que deberá ser acogida por la Autoridad sentenciadora. El Tribunal Superior de

---

(6) Cuello Calón, obra citada, tomo I, pág. 611.

Puntarenas, por resolución número 176 del 30 de octubre de 1979, publicada en la Revista Judicial número 20, página 172, número 3131, dispuso: *"Si la ley penal establece que el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida extingue la acción penal o la pena en los delitos contra la honestidad, siempre y cuando sea legalmente posible; . . . y si en la especie, el matrimonio del encartado y la ofendida fue comprobado, procede por unanimidad dictar sentencia de sobreseimiento a favor del procesado por el delito de estupro acusado".* Resolución que confirma los lineamientos antes expuestos.

Finalmente, debemos observar que la prueba del matrimonio celebrado deberá hacerse por medio de la correspondiente certificación o constancia del Registro Civil, ya que no existe en materia del Estado Civil la libertad de prueba, como bien lo consagra el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, en armonía con lo preceptuado por el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

## 4) LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN EL DELITO DE RETENCION INDEBIDA.

El artículo 223 del Código Penal sanciona tanto la retención indebida como la apropiación indebida, habiéndose hecho mucho de sentir en la redacción original de esta figura punible la falta de alguna disposición que viniera a dar certeza en el proceso de la negativa del encartado para devolver lo indebidamente apropiado o retenido, para evitar causas en los casos en los que el reo estaba en actitud de entregar o devolver. Así, por Ley 6726 del 10 de marzo de 1982, además de modificarse las penas en forma escalonada, de acuerdo con la importancia del daño causado, se introdujo un inciso final que dispone: *"En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la Autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si lo hiciere no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño".*

Es una peculiaridad la redacción de esta excusa en el texto citado, pues la ley indica que al operar la restitución o devolución, dentro del término de ley, no habrá delito, suprimiéndose así el ilícito penal, aunque no el civil, pues el artículo en referencia deja a salvo los derechos de esta naturaleza, lo que guarda conformidad con la disposición del artículo 11 del Código de Procedimientos Penales, que mantiene el principio de que la absolutoria en materia penal no precluye los derechos de orden civil; los cuales, en otros casos, podrían inclusive declararse en sentencia. En la situación en examen, sin embargo, no resulta aplicable la norma ya que al dictarse la sentencia, ya se encuentra sobradamente vencido el término de cinco días, que por lo general debe otorgarse dentro de la etapa instructiva.

En los casos en que dentro del término de cinco días el inculpado devolviere el objeto, pero en mal estado o incompleto, o en cantidad inferior a la indicada por el ofendido, estimamos que la excusa no podría operar pura y simplemente, sino que la situación deberá dejarse para resolver cuando el Juez deba pronunciarse sobre lo instruido.

## 5) LA EXCUSA EN EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS.

El artículo 243 del Código Penal sanciona con prisión de seis meses a tres años o con sesenta a cien días multa al autor del delito de Libramiento de Cheques sin Fondos, comprendiéndose en el inciso final de este artículo la excusa absolutoria, cuando este artículo dice: *"En todo caso, el librador deberá ser informado personalmente de la falta de pago, mediante acta notarial o por medio de la autoridad que conozca del proceso. Quedará exento de pena, si abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación".*

En el caso anterior se fija un término de cinco días, en los que no se contarán los feriados y si el término venciere en feriado se tendrá por prorrogado el plazo hasta el día hábil siguiente (artículo 141 del Código de Procedimientos Penales), debiéndose contar el término a partir del siguiente día a aquél en que se efectúe la notificación (artículo 140 ibídem).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales tiene establecido que *"La impunidad o excusa legal absolutoria que contempla nuestro Código Penal cuando el cheque girado desprovisto de fondos es abonado dentro del término allí previsto, no borra ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, ni la imputabilidad, pues éstas siguen conservando viabilidad jurídica desde que el delito tuvo su nacimiento y despliegue, estando previsto por Ley preexistente y hay responsabilidad del mismo, solo que, al emerger la causal de impunidad comentada, la Ley condena la pena".* (Sala II Penal, Corte Suprema de Justicia, resolución de las ocho horas del 20 de

febrero de 1979, Revista Judicial número 21, página 209, número 4137).

## 6) DESISTIMIENTO EN LOS ATENTADOS POLITICOS.

El artículo 297 del Código Penal castiga a los promotores o directores en los delitos de rebelión o de sedición en que hubiera operado el desistimiento; constituyendo una excusa legal absolutoria a favor de los partícipes en tales delitos que no tuvieren una figuración como directores o promotores, si se desisten de esos delitos antes de la "intimidación" que les haga la Autoridad o a consecuencia de ella. Los partícipes en tales delitos, que no fueren líderes, podrán desistirse y quedar impunes, ya sea sometiéndose a la autoridad o disolviéndose; favoreciéndose así a los participantes en el movimiento que revelaren una menor peligrosidad objetiva, esto es, conforme a su participación real en menor grado.

La palabra intimidación ocupada por el legislador en la redacción de esta excusa absolutoria no coincide con la utilizada en otras legislaciones para esta misma figura, pues en otras latitudes se utiliza el término "intimación" o bien, "intimaciones", con el que se implica una advertencia de la autoridad hacia los rebeldes o amotinados y no un acto de amedrentamiento, como lo supone el término consignado por nuestro Código, aparentemente por algún error, puesto que la intimación es fácilmente materia de prueba, lo que no sucede con la intimidación, correspondiente a un fenómeno interno y subjetivo, de dificilísima probanza.

Dice el artículo 297 del Código Penal: *"Cuando los rebeldes o amotinados se sometan a la autoridad legítima o se disuelvan antes de que ésta les haga intimidaciones o a consecuencia de ellas, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán punibles los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito".*

En otros términos, que con esta frase, además de constituirse una excusa absolutoria, de modo expreso el legislador está sancionando la tentativa desistida de estos delitos, pero con la mitad de la pena, lo que constituye una excepción a la regla ya estudiada en relación con el desistimiento de la tentativa. En cuanto a los que no fueren líderes, se mantiene la regla general de que son impunes sus tentativas, a no ser que hubieran causado con ella algo más que una simple perturbación momentánea del orden, pues en tal caso podrán ser sancionados por las contravenciones o delitos consumados. El análisis de todos estos problemas es una cuestión de hecho, que compete bastantear y determinar al Juez de la causa.

Sebastián Soler (7) señala que cuando la autoridad no ha procedido a practicar las intimaciones, *"la Ley no ha querido que se proceda a imponer castigos"*, y para afirmar su dicho, cita a Pacheco. En tales casos, faltaría uno de los elementos del tipo del delito, ya que las en Costa Rica llamadas "intimidaciones" resultan una condición para que la Autoridad pueda aplicar la fuerza legítimamente, pudiendo pensarse que la falta de tales advertencias pueden implicar la comisión de alguna figura punible por la Autoridad, pues según Soler, la falta de intimación implica la omisión de un acto obligatorio para la Autoridad.

## 7) LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS DE ACCION PRIVADA.

En esta clase de hechos, que sólo se persiguen por querella de la persona que se pretenda ofendida o de sus representantes (artículo 428 del Código de Procedimientos Penales) se puede presentar una excusa reglamentada por el Código Penal: la prueba de la verdad; así como otra reglamentada por el Código de Procedimientos Penales: la retractación.

A) El artículo 149 del Código Penal dice que *"El autor de injuria o difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia".* Sin embargo, aunque el legislador indica que la **punibilidad** es la que se excluye en la figura referida, en realidad con esta norma la ley está haciendo una fijación del tipo de dolo que se requiere para su perfeccionamiento, un dolo específico, que deberá probarse, consistente en el puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia, aunque las expresiones injuriosas o difamatorias sean verdaderas. Si no existe este de-

(7) Obra citada, tomo V, página 80.

seo de ofender o tal espíritu de maledicencia, el hecho no sería punible, pero porque no se da el tipo. Ahora bien, ante la evidencia de que no se actuó con tal dolo específico, se impone la absolutoria y resulta inútil la prueba de la verdad.

Sin embargo, como el énfasis de la Ley se hace en esta prueba, se nos presenta en esta norma una aparente excusa absolutoria, según pensamos.

Es más, el inciso segundo del artículo 149 del Código Penal señala los dos únicos casos en los que podrá probarse la verdad de la imputación: si se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual o si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

De acuerdo con lo expuesto, a nuestro modesto juicio, en los casos en los que el legislador no admite la prueba de la verdad, para la comisión del delito de injuria o de difamación bastará el dolo genérico, que se presume ya que todos los delitos llevan implícita de parte del reo la voluntad para su realización, (artículo 31 del Código Penal); en cambio, en los casos en que se admite la prueba de la verdad, será necesario el dolo específico ya estudiado.

Aparte de lo anterior, estimamos que la prueba de la verdad sí reviste todos los elementos de una excusa legal absolutoria, en cuanto es permitida en los procesos por calumnia o difamación calumniosa, conforme a la parte final del artículo 149 del Código Penal, pues bastará demostrarse por el querellado la verdad del delito atribuido al querellante, para que quede inmune a la punición que se pretenda en su contra.

B) En lo que respecta a la **retractación,** a que hace referencia el inciso segundo del artículo 438 del Código de Procedimientos Penales, es claro que sólo procede si se trata de causas por Injuria, Calumnia, Difamación o Competencia Desleal, según el texto citado. En estos casos, si el querellado se retractare en la audiencia de conciliación, (artículo 436 del Código de Procedimientos Penales) o al contestar la querella *"La causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estime adecuada".*

Pese a la excusa y al sobreseimiento, el inculpado queda sujeto al pago de las costas, que es una sanción que encontramos también en el Proceso Civil, (artículos 1027 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, así como a la publicación eventual de la retractación, para satisfacer la honra del querellante; pero sin que la ley indique a costa de quién se hace la publicación, aunque se ha entendido que ésta es una costa necesaria para la ejecución del fallo y corre también a cargo del querellado.

# CAPITULO III

# LA EXCUSA EN LOS DELITOS FISCALES

## 1) GENERALIDADES.

En el Código Fiscal y en la Ley de Defraudación Fiscal nos encontramos dos especies de excusas absolutorias íntimamente relacionadas, que dicen relación con los delitos de Contrabando, Contrabando de Licores, del Código Fiscal, y el delito de Defraudación Fiscal, reprimido por la Ley Especial dicha.

## 2) DELITOS DEL CODIGO FISCAL.

La pena preponderante en el Código Fiscal, es la de multa, pero en el caso del contrabando de licores la pena principal es el arresto, el que es conmutable por multa (artículos 218, 225, 468, 471 y 474 del Código Fiscal), apareciendo en estos delitos esta pena como alternativa.

De todas formas, sea que la multa se aplique a la especie como pena principal o como pena conmutada, el Código Fiscal concede al encartado por estos delitos la facultad de pagar anticipadamente el monto de la multa que le correspondería en el caso de sentencia condenatoria, (artículos 474 inciso 1, 218 inciso 8 del Código Fiscal) y en estos casos, uniformemente se ha interpretado que el proceso debe darse por terminado conforme al párrafo inicial del referido artículo 474, sin entrar a distinguir si se trata del delito de Contrabando de

Licores o el de Contrabando de Mercaderías. Pese a tal interpretación de los Tribunales, tratándose del delito de Contrabando de Mercaderías el artículo 218 del Código Fiscal no señala que el proceso debe darse por terminado, pues sólo dispone que: *"tan pronto como el reo pague la multa, será puesto en libertad"*, sin indicar nada en relación con la suerte del proceso, como sí se dispone expresamente en relación con el delito de Contrabando de Licores y afines a que se refiere el artículo 474 del mismo Código, que como hemos visto, se ha aplicado por analogía a favor del reo en otros casos de delitos.

Cabe preguntarse la clase de resolución con la que se pondrá término al proceso en estos casos, según la ley y la jurisprudencia; no pudiendo ser otra la respuesta que un sobreseimiento si la causa está ya en instrucción, o bien, una desestimación si el proceso está en su etapa inicial, (artículos 158, 320 incisos 3 y 4, 357 del Código de Procedimientos Penales), pues en tales casos, al suprimirse la punibilidad del hecho, desaparece también la acción por falta de interés actual, pues en los Tribunales no se hacen declaraciones teóricas (artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5 del Código de Procedimientos Penales y artículo 1, inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles), por lo que la excusa en examen enerva tanto la acción como la facultad de ejecutar una eventual condenatoria.

No debe perderse de vista que el delito de Contrabando de Mercaderías del artículo 218 del Código Fiscal no distingue para castigar si se produjo o no el perjuicio al Fisco, bastando para su perfeccionamiento que se dé alguno de los hechos sancionados por el artículo 213 del mismo Código; ni tampoco podremos ignorar que si el pago lo realiza el reo cuando ya fue dictada la condenatoria, sólo podría librarse de la pena de arresto a que resultara condenado, mas no así de la pena de comiso, que como pena secundaria está establecida para este delito en el artículo 218 del Código Fiscal, concordantemente con los artículos 214 a 217 del mismo cuerpo de leyes; habiendo tenido que pronunciarse forzosamente el Juez para aplicar también la pena de comiso, según lo expuesto y además, conforme con los artículos 103 y 110 del Código Penal y 535 y 536 del Código de Procedimientos Penales.

Ahora bien, si la causa termina por sobreseimiento y no por sentencia condenatoria, ¿podrían aplicarse al encartado las penas de comiso y la medida accesoria de inscripción en el Registro de Delincuentes?... La situación resulta incierta si se parte de la base que no existe texto expreso de la ley, pero ante la duda, estimamos que ésta pudo interpretarse a favor del reo, según la regla del inciso 3 del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales. Además, podemos observar que en lo que respecta al comiso y a la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes las normas que disponen ambas sanciones parten del supuesto de que el inculpado sea declarado culpable en el proceso, por la terminología usada y con la salvedad de que en lo que concierne a la inscripción de la resolución que da por terminado el proceso, según disposición expresa del artículo 474 del Código Fiscal, no puede tener aplicación práctica, ya que en el Registro sólo pueden inscribirse las sentencias condenatorias, (artículos 3 y 5 de la Ley 6723, del 10 de marzo de 1982, o Ley Orgánica del Registro de Archivos Judiciales). La Ley del Registro también eliminó la inscripción que hace muchos años se hacía del llamado Registro de Sospechosos, por la Ley de Merodeo.

Así las cosas, no cabe duda que cuando en estas causas se dicta sobreseimiento no debe practicarse ninguna anotación en el referido Registro; pero el problema se mantiene en relación con el comiso.

El vacío de la Ley en relación con el comiso definitivo de las especies secuestradas, en los casos que terminen por sobreseimiento o desestimación dictadas por el pago anticipado del máximo de la multa procedente por el hecho, vino a ser llenado por Circular número 27, dictada por la Corte Suprema de Justicia, el primero de setiembre de 1976, por la que se advierte a los Jueces y Autoridades Penales de la República que los artículos 214, 215, 217, 218 del Código Fiscal y los artículos 6 y 16 de la Ley de Defraudación Fiscal ordenan decretar el comiso de las mercaderías o bienes aprehendidos, sin salvedad alguna para el caso de que la multa fuere pagada antes de sentencia; lo que vino así a constituir una de las llamadas normas prácticas, con fuerza de Ley, que autoriza el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales vigente, pese a que no se invocó en tal Circular.

Con la disposición en referencia, queda planteado, sin embargo, el siguiente problema de orden constitucional: ¿Cómo es posible que se aplique una pena accesoria, como es el comiso, en un proceso en que no hubo demostración de la culpabili-

dad ni aplicación de la pena principal? (Artículo 39 de la Constitución Política) (8).

### 3) SITUACION DE COMISO EN LOS CASOS DE EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACION FISCAL.

El artículo 16 de la Ley de Defraudación Fiscal señala que *"En todos los casos se decretará el comiso de la mercadería"* apareciendo también la duda de si se está o no refiriendo sólo al "culpable" de la defraudación, tal como indica el artículo 6 de esa Ley, o al "penado" de ese delito, según otras expresiones del texto. La duda puede abonarse si se examina el artículo 25 de la Ley, que establece que el instructor podrá decretar el comiso "provisional" de la mercadería por auto razonado.

De todas suertes, la duda en esta materia debe entenderse subsanada por la Circular número 27, del 1 de setiembre de 1976, ya estudiada, de indubitable aplicación, dado lo dispuesto por el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales.

Finalmente, debemos observar que en la Ley de Defraudación Fiscal la excusa absolutoria aparece en el artículo 11 de la misma, que indica: *"En cualquier momento en que el* **penado** *pagare la multa será puesto en libertad".* Lo que se ha entendido que protege también al procesado que durante la tramitación del juicio hiciere el pago, dejando así enervada la acción por falta de interés actual.

### 4) COMPARACION DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS FISCALES Y LA ADMISION DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE CITACION DIRECTA.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 415 del Código de Procedimientos Penales, tratándose de delitos de Citación Directa y sancionados sólo con pena de días multa, si el procesado acepta el cargo *"el Juez Penal dictará sentencia inmediatamente después de recibido el asunto, imponiéndole la pena respectiva y las demás consecuencias derivadas del hecho, salvo que estime indispensable la celebración del juicio oral y público".* Esta norma a nuestro juicio no es aplicable a los delitos de Hacienda o Fiscales, que tienen penas de multa, no sólo de días multa; y en todo caso, no varía la práctica de los Tribunales de sobreseer cuando se pague anticipadamente la multa, ya que el pago no implica unívocamente la aceptación del cargo y puede realizarse al amparo de la excusa absolutoria con el único fin de evitar las molestias del proceso, o para evitar problemas a alguna tercera persona que eventualmente pudiera resultar responsabilizada, etc.

Esta regla del Código de Procedimientos Penales en asuntos de citación Directa, sancionadas sólo con días multa produce sólo una economía procesal, al evitar los trámites del juicio oral y público, a que se refieren el mencionado artículo y los siguientes; pero no debe confundirse con la situación planteada con la excusa absolutoria en materia de delitos fiscales, en los que una vez pagado el máximo de la multa correspondiente a la defraudación o al contrabando, ni siquiera resulta necesario que el inculpado rinda su declaración indagatoria, que es la pieza del proceso en la que por lo general se produce la aceptación del cargo por el reo.

## BIBLIOGRAFIA:


CALON, Cuello. *Derecho Penal,* Editorial Bosch, Barcelona, 1968.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Penal,* Bibliográfica OMEBA, Bs. Aires, 1968.

CARRARA, F. *Derecho Criminal,* Imprenta Ferrari, Bs. Aires, 1944.

SOLER, S. *Derecho Penal Argentino,* Tipográfica Editorial Argentina, Bs. Aires, 1970.

Revista Judicial de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Tomos I a XXI.

*Diccionario de la Lengua Española,* Real Academia Española, Madrid, 1970.


(8) Sebastián Soler, obra citada, tomo II, págs. 398 y 399.

# ADOPCION Y PERIODO DE PRUEBA PREADOPTIVO*

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

## NOTA EXPLICATIVA

*Este trabajo fue presentado a la reunión sobre adopción celebrada en Quito, Ecuador, del 7 al 11 de marzo de 1983.*

*Dicha reunión sobre Adopción de Menores fue convocada por el Instituto Interamericano del Niño con la participación técnica de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.).*

*El evento tuvo por objetivo estudiar los aspectos sociales y jurídico-legales de la adopción propiciando la actualización de la legislación en la materia, particularmente del derecho internacional existente. Uno de los motivos de esta Reunión fue el aumento creciente de la práctica de la adopción internacional que se oberva en los últimos años y que preocupa a muchos países.*

*Como antecedente debe mencionarse que la X Asamblea General de la O.E.A. efectuada en 1980 resolvió que en el temario de la próxima Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP III) se incluya el tema de la Adopción de Menores, único tema de Derecho de Familia que abordará la conferencia. También la XI Asamblea General de la O.E.A. celebrada en Santa Lucía en diciembre de 1981 se ocupó del tema, aprobando una resolución apoyando la iniciativa del IIN en esta materia. Estas resoluciones ponen de manifiesto la trascendencia continental del tema.*

---

*** Colaboraron en la preparación de esta relación los señores Lázaro Broitmann y Jorge Castro, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En él se profundizan algunas ideas ya planteadas en la Revista de Ciencias Jurídicas, bajo el título "Sugerencias y consideraciones en materia de adopción".**

# INTRODUCCION

Decía Philip Heck, principal líder de la Jurisprudencia de intereses (1) que "la conexión del Derecho con los intereses vitales debe ser siempre subrayada del modo más enfático". El Derecho es una ciencia práctica; su estudio tiene raíces en la vida e incide sobre ella. El Derecho no es un mero espejo de la realidad social; también puede ser su faro y con ello puede ayudar a la transformación de esta realidad al ofrecer alternativas para dar respuesta a las situaciones patológicas.

Quienes nos ocupamos de lo jurídico no podemos limitarnos a la simple exégesis de los datos positivos; tampoco debemos reducir nuestra tarea a la descripción sistematizada de los sectores del Ordenamiento. Nuestra responsabilidad fundamental como personas es frente al ser humano de carne y hueso.

Cuando el objeto de nuestra preocupación y ocupación es la adopción de menores la responsabilidad es todavía más grave, pues estamos frente a un sujeto de tutela preferente dentro del Ordenamiento (2). La razón justificante de esta prioridad de tratamiento jurídico que requiere el menor se encuentra precisamente en el hecho de que, por su grado de desarrollo psicofísico (3), todavía no se encuentra en estado de madurez de sus potencialidades y es por ello, en consecuencia, más débil, indefenso y necesitado de protección.

Sin embargo, todavía dentro de esta categoría (los menores de edad) podemos distinguir otro subconjunto de sujetos en los que se acentúa esta necesidad de tutela prioritaria: los menores en estado de abandono (4). Es aquí donde cobra verdadera importancia la institución que nos ocupa.

# EL ABANDONO DE MENORES

La niñez en estado de abandono es el dramático hecho que contemplamos a diario en las calles de nuestras ciudades.

Debemos recordar, sin embargo, que el objeto de nuestra preocupación no es más que una de las tantas manifestaciones de una problemática de alcances mucho más amplios: Desigual distribución de la riqueza mundial, colonialismo político y económico, presión de capitales extranjeros, gobiernos que no son representativos de las mayorías, continuas violaciones a los más elementales derechos humanos, sectores enteros del planeta en condiciones miserables, hambre, falta de vivienda, desnutrición, analfabetismo, todos síntomas de una violencia sistemática, denunciada por Mahatma Gandhi como la forma más atroz de violencia por su carácter permanente. El abandono de menores obedece en un elevado porcentaje de casos a razones de orden económico (5); es precisamente la carencia de recursos y las perspectivas de impotencia económica para afrontar la venida al mundo de un nuevo ser humano lo que condiciona fuertemente el abandono de menores. En palabras del Dr. Plotte Daires "son procesos con hondas raíces en la estructura socio-económica".

La solución integral y realmente auténtica al problema debe buscarse en la Justicia Social, en la construcción de un nuevo orden que deje atrás el

---

(1) V. PEREZ, Víctor. La Jurisprudencia de Intereses, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1981.

(2) Los artículos 51 y 55 de la Constitución Política de Costa Rica afirman la protección especial del menor. También el artículo 2 del nuevo Código de Familia se refiere al "interés de los menores" como principio fundamental para la aplicación e interpretación de esta normativa.

(3) V. en especial JERSILD, Arthur, Psicología del Niño. EUDEBA, Buenos Aires, 1961 y MIRA y LOPEZ, Emilio. Psicología Evolutiva del niño y del adolescente. El Ateneo, Buenos Aires, 1967.

(4) V. VARGAS, Luis Fernando, Abandono y depósito de menores de edad, Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974, p. 36.

(5) V. ROJAS-SIBAJA-VIALES, La adopción en Costa Rica. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1978.

desorden establecido, que permita a todos los miembros de la comunidad participar de las ventajas del bien común, entendido como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que pueden favorecer el desarrollo pleno de la persona humana y le dan así la posibilidad de conducir su vida libremente y en forma digna.

A pesar de las premisas antes expuestas, dentro de las que ubicamos el tema objeto de nuestra atención, la verdad es que la realidad de nuestras calles nos ofrece descarnadamente el triste espectáculo del niño deambulante, mendigo, explotado, desnutrido, descalzo, prostituido, hambriento, con frío, expuesto a los mayores peligros, sin imágenes adultas que puedan favorecer un adecuado desarrollo psicofísico (6), desamparado, detenido y a menudo maltratado cuando, debido a todos estos factores, llega a hurtar algo para comer.

Una solución integral requeriría una transformación estructural de la sociedad y no parece vislumbrarse como conquista a corto plazo.

Sin embargo, estamos a tiempo de evitar que los niños de los próximos años pasen también por esta trágica lamentable situación. No estamos ante una tarea titánica, sobrehumana, sino ante algo previsible, mesurable, controlable y por ello superable y evitable, a condición de que se tenga la voluntad política necesaria, tanto a nivel interno como internacional, siguiendo los lineamientos de organismos especializados como UNICEF y el INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (de la Organización de los Estados Americanos) que, con su ejemplo, han dado ya los primeros pasos, dedicando en gran parte sus esfuerzos, en forma prioritaria a las alternativas de solución que se presentan como posibles frente al problema del menor abandonado.

Las posibilidades positivas que se abren son múltiples. Van desde la internación en establecimientos de modificación de conducta, hasta la integración en grupos familiares en calidad de hijos (mediante la adopción) con todas las situaciones jurídicas que de ello se derivan. Algunas de estas alternativas son mejores que otras y esta jerarquización es de gran importancia para la determinación de las políticas de promoción de cada una de las formas.

Consideramos que de las diversas posibilidades es la adopción la que mejor puede contribuir a dar respuesta al problema, pues sale integralmente "al paso de la situación carencial y desvalida en que los menores abandonados se encuentran" (7).

Debe tenerse presente, en todo caso, que la respuesta meramente normativa o legalista es insuficiente y puede ser una simple fachada formal bajo la cual permanezcan enmascaradas análogas formas de injusticia. En expresión del Dr. Ubaldino Calvento, Jefe de la Sección de Estudios Jurídicos y Sociales del Instituto Interamericano del Niño "la cuestión rebasa el campo estrictamente legal, exigiendo un enfoque multidisciplinario bien coordinado (8).

## PERSPECTIVA TRADICIONAL

En la antigüedad, la adopción siempre se encontró caracterizada por servir de consuelo para aquellas personas a quienes la naturaleza negó poder disfrutar de la paternidad natural "permitiéndoles así perpetuar su estirpe, asegurar la continuidad del culto doméstico y trasmitir sus bienes" (9).

Ya los romanos y los mismos redactores del Código Napoleón tomaron en cuenta la existencia de dos finalidades en la adopción: consuelo de estériles y socorro de la infancia necesitada. A pesar de ello, como nos lo relata el Dr. Calvento "los primeros Códigos no pensaron que la adopción fuera una institución creada en interés del

---

(6) JERSILD, op. cit., p. 291. PINO, Augusto, Il diritto di famiglia, Cedam, Padova, 1977, p. 213, CONCILIO VATICANO II, Constituciones, Decretos, Declaraciones, B.A.C. Madrid, MCMLXV, p. 187. Sala Primera Civil, Res. 10 y 50 hrs. de 4 de mayo de 1948; Sala Primera Civil, No. 386 de 9 y 40 hrs. de 24 de noviembre de 1972, VILLELA, Joao Baptista, Liberdade e familia, Belo Horizonte, Brasil, 1980, p. 30.

(7) MENDIZABAL OSES, L. Derecho de Menores, Ediciones Pirámide, Madrid, 1977, p 230.

(8) CALVENTO, Ubaldino, Adopción interna e internacional, p.1.

(9) MENDIZABAL, op. cit., p. 231.

niño. Concebida como un contrato entre los adoptantes y el adoptado su objetivo radicaba en continuar una familia sin hijos" (10), "en llevar hijos donde no se tienen o no se pueden tener" (11); era pues, "una institución necesaria a los intereses tradicionales de la familia" (12).

Es tradicional también observar que el legislador civil, que en este campo ha desconocido e ignorado las necesidades subjetivas de los menores, cuando ha hablado de reformas progresivas a la institución ha puesto más énfasis en la simplificación de trámites a seguir que en el interés de los menores (13).

## NUEVA PERSPECTIVA.

La nueva perspectiva sobre la adopción parte de la afirmación del interés prioritario del menor; sostiene que las instituciones jurídicas deben ser verdaderos mecanismos de promoción humana y reitera el valor esencial de la dignidad de la persona del menor. "La adopción representa una respuesta a las necesidades no satisfechas por el orden natural de los acontecimientos dotando de padres, de ambiente familiar, a la infancia huérfana o abandonada" (14).

La visión tradicional ha ido modificándose paulatinamente. "La moderna orientación del Derecho de Menores y del Derecho de Familia, considera la adopción como una institución de protección al menor, animada con la finalidad de dotar de una familia al niño que no la tiene" (15), "fundamentalmente motivada por el interés social de resolver el problema de los menores en estado de abandono" (16), "para llevar padres a quienes no los tienen" (17), privando en todo caso el interés prioritario del adoptado sobre el de los adoptantes. Esta prioridad es tal no solamente porque así lo declaran las diversas constituciones y leyes, sino, principalmente porque por su indefensión, falta de protección y carencia de recursos el menor requiere tutela preferente por parte del Derecho. Se trata, en palabras de la Dra. Hanna Benstock de una "institución de protección del menor".

Debe aclararse que no se trata de revivir concepciones superadas donde el interés colectivo prevalece sobre el individual (18) (lo que en otros momentos sirvió de base para las reglas familiares en los Estados Nacional Socialista y Fascista) (19), sino de que es la persona concreta del menor la que requiere atención especial del Ordenamiento.

El cambio de perspectiva es tan notorio que actualmente se habla de dejar la institución de la adopción únicamente para los casos de menores de edad y se afirma como filosofía finalista de ella la solución al problema de la niñez abandonada (20).

Esta idea ya ha encontrado enunciación positiva en Derecho Interno e Internacional. Para no citar más que un ejemplo en cada uno de estos dos sectores recordemos que en el artículo 24 de los Fundamentos de la legislación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se expresa: "La adopción se permite únicamente con respecto a los menores de edad y en beneficio de ellos". También es interesante observar que la Convención Europea en materia de adopción de niños —según el texto de su artículo 3— "concierne únicamente a la institución jurídica de la adopción de un menor que, al momento en que el adoptante solicita la adopción, no haya cumplido los dieciocho años, no sea o no

---

(10) CALVENTO, Ubaldino, **Protección socio-legal del niño abandonado. Adopción y colocación familiar.** Revista Judicial, No. 19, marzo 1981, Costa Rica, p. 18.

(11) TORRES-RIVERO, Arturo Luis. **Adopción.** Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 5.

(12) THOMPSON PINERES, Eric. **La adopción.** Tesis. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968, p. 61.

(13) Así MENDIZABAL, op. cit., p. 230.

(14) CALVENTO, **Adopción interna e internacional,** op. cit., p. 1.

(15) CALVENTO, **Adopción interna e internacional,** op. cit., p. 7.

(16) THOMPSON, op. cit., p. 61.

(17) TORRES, op. cit., p. 6.

(18) Tesis sostenida por CICU, Antonio. **Lo spirito del diritto familiare.** Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Universitâ di Macerata el 23 de noviembre de 1913, Scritti minori, I, Milano, 1965, p. 124 y CICU, Antonio, **Il diritto di famiglia nello Stato Fascista,** Scritti Minori, cit., p. 179.

(19) ESCHMANN, Ernst Wilhelm. **El Estado Fascista en Italia,** Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937. SABINE, George, **Historia de la teoría política,** Fondo de Cultura Económica, México, 1937, p. 648.

(20) V. CALVENTO, **Adopción interna e internacional,** op. cit., p. 8.

haya estado casado y no sea reputado mayor". Los fines específicos de la adopción de menores quedan claramente determinados en el documento aportado a esta reunión por el Dr. Pedro Silva Ruiz, en el que queda también evidenciado el sentido de la nueva perspectiva.

Las anteriores premisas tienen importancia para las conclusiones prácticas que podamos obtener. La consideración prioritaria del interés del menor tiene particular incidencia sobre la metodología que se haya de utilizar en general en la regulación de la institución y, en particular, en el proceso de selección adoptante-adoptado al que nos referimos luego.

## EL MERCADO NEGRO INTERNACIONAL DE NIÑOS.

A la transformación de perspectiva antes expuesta se ha unido una creciente proliferación del fenómeno de las adopciones internacionales, con el "peligro denunciado a nivel mundial, de un eventual mercado negro de la adopción" (21), que no debe confundirse con el llamado "mercado gris" a que alude la Dra. Resnick en su exposición. Se trata, como lo ha denunciado en su trabajo el Dr. Alyrio Cavallieri de "un vergonzoso comercio de criaturas prácticamente vendidas de los países en desarrollo a los países industrializados".

Recientemente la prensa (22) mundial ha hablado de millares de criaturas del Tercer Mundo compradas o arrebatadas a sus padres por traficantes sin escrúpulos que luego los venden a parejas sin hijos en los países desarrollados; este tráfico, según las denuncias, es especialmente activo en los países latinoamericanos. En Colombia se detectó la existencia de una organización que había vendido a más de quinientos niños al precio de diez mil dólares "por cabeza". También las autoridades peruanas desarticularon a otra banda que había logrado vender en Europa Occidental unas seiscientas treinta criaturas al precio de seis mil dólares cada una. Otros países donde se ha detectado este tráfico son México, Brasil, Filipinas y en general el Sudeste Asiático; especialmente en Tailandia se han dado casos de bebés comprados en Bangkok en cincuenta dólares que se venden en Nueva York en quince mil. Recientemente en Perú se detectaron cientos de adopciones irregulares, que fueron más bien ventas, bajo el camuflaje de una institución benéfica; las ventas se hicieron por 5 mil dólares cada niño. En este momento el juez, que las autorizó se encuentra en prisión (al parecer en un solo día llegó a autorizar 15 adopciones para una misma persona). Al mismo tiempo "la oferta" crece, sólo en Sao Paulo, Brasil, se considera que hay unos cincuenta mil "niños de nadie" y otro tanto ocurre en Colombia con los "gamines" que forman verdaderas bandas delictivas.

Muchos justifican de buena fe este tráfico, con la esperanza de que al menos estos menores abandonados encuentren un hogar fuera de su tierra, donde puedan crecer sanamente.

Lo que no parece justificable es que el móvil fundamental sea el lucro. El niño no puede considerarse nunca un mero objeto de una compraventa en la que participan agentes o corredores; simplemente porque es una persona, portadora de una especial dignidad. En este sentido merece recordarse que la Convención Europea en materia de adopción de Niños, de Estrasburgo, 1967, en su artículo 15 establece que "Serán tomadas disposiciones para prohibir toda ganancia injustificada procedente del envío de un niño en vista de su adopción".

Debe aclararse que las llamadas "adopciones extranjeras" en cuanto tales no son esencialmente negativas y es cierto que ayudan a resolver el problema de la infancia abandonada. Sin embargo, creemos que esta solución no es de ninguna manera la mejor por las razones que expondremos a continuación.

Existen argumentos válidos para justificar una política tendiente a desestimular las adopciones por extranjeros residentes en el exterior; pero a ella se debe ligar una política de promoción interna de mecanismos adecuados para afrontar el problema de la niñez abandonada.

Propiciar la expatriación de nuestros recursos humanos más débiles puede contribuir en parte a dar respuesta a los aspectos socio-económicos del problema, pero no lo resuelve realmente y confiar en esta "solución" puede significar más bien una evasión de responsabilidades. Así como no se re-

---

(21) ROJAS SIBAJA VIAJES, op. cit., p. 127.

(22) EFE, Der Spiegel, La Nación (Costa Rica), etc.

suelve el problema de la vivienda exportando a los destechados, tampoco así se resuelve el problema del abandono de menores.

Es importante afrontar la situación sin crear dependencias. Si se toma como solución la existencia de agencias extranjeras "colocadoras" de niños, por más capacitadas que éstas se encuentren, no estamos dando solución a nuestro problema, sino escapando de él, utilizando un mecanismo evasivo. Baste pensar que el día en que por alguna razón terminasen los vínculos con estas agencias, de nuevo nos encontraríamos ante el problema sin resolver.

Las razones apuntadas aconsejan una política de reubicación del menor en su medio, pero no excluyen la posibilidad de adopciones sanas por parte de extranjeros residentes en el exterior. Lo que interesa, en el fondo, no es tanto la nacionalidad del adoptante, sino la garantía de compatibilidad.

Sin embargo, por los motivos expuestos y otros que comentaremos más adelante resulta aconsejable una política generalizada dirigida a dar prioridad a las posibilidades de colocación de menores en una familia de su propio país. Esta ha sido la dirección generalizada en las más recientes tendencias. En el Seminario Europeo sobre la Adopción entre países del Leysin, Suiza, 1960 se dijo: ". . .se deberá dar suficiente consideración a los planes alternativos posibles para el niño dentro de su propio país antes de que se decida la adopción entre países, ya que existen varios peligros inherentes a trasplantar a un niño de una cultura a otra".

En su excelente contribución a esta reunión, la Dra. Rosa Perla Resnick afirma: "Es de esperar que este tipo de adopción, al igual que el rol del trabajo social en ella, UNA VEZ QUE TODO ESFUERZO POR LOGRAR QUE EL NIÑO SEA ADOPTADO EN SU PROPIO PAIS HAYA SIDO AGOTADO, sea debidamente reconocido en América Latina". Al referirse al papel de algunas agencias afirma que por normas de responsabilidad "puesto que pueden darse muchos riesgos al trasplantar a un niño de una cultura a otra, hay que tratar de que el niño sea primeramente adoptado en su propio país; y si agotados TODOS LOS RECURSOS esto no fuera posible, se recurriría a la adopción entre países". Esta idea es avalada por el Dr. Plotti Davies.

## LA ADOPCION EN COSTA RICA.

El autor Gerardo Trejos nos refiere cómo después de 1921, año de nuestra independencia de España, el Derecho español (principalmente la Novísima Recopilación Española de 1805) siguió vigente en Costa Rica durante un lapso importante. . . En 1841 aparece el Código General . . .que regulaba tanto el Derecho Civil como el Penal y contenía además una parte dedicada al Derecho Procesal. Este Código dedicaba a la adopción ocho artículos inspirados en la legislación francesa de 1804; admitía únicamente la adopción de mayores de catorce años y la facultad de adoptar no podía, en principio, ejercerse más que en favor de un individuo a quien en su minoridad se hubiere dado socorros y prodigado cuidados no interrumpidos o en favor del que hubiere salvado la vida del adoptante (23).

El Lic. Pedro Beirute, Actuario del Juzgado Primero de Familia (en Costa Rica) da cuenta de que antes de la nueva legislación sobre adopción se daba especial importancia al depósito judicial de menores que en un principio se establecía en forma provisional por un período determinado que, como resultado de un estudio social serio podía convertirse en definitivo otorgando la patria potestad del menor al depositario judicial. En la actualidad, sin embargo, nuestra legislación no establece ningún período de prueba de la compatibilidad entre adoptante y adoptado, cosa que la doctrina estima importante e incluso hay legisladores que establecen hasta tres años (24).

Esta situación en la práctica ha traído problemas. El Lic. Rolando Soto Jiménez, quien fue miembro de la Junta Directiva del Patronato Nacional de la Infancia, nos ha referido casos de niños llevados al extranjero que han recibido maltratos terribles, pero también casos de niños en condiciones óptimas (25).

---

(23) TREJOS, Gerardo, El nuevo régimen legal de la adopción. Ediciones Juricentro, San José, 1978, p. 6 y 7.

(24) BEIRUTE, Pedro. Entrevista. Actuario del Juzgado Primero de Familia, San José de Costa Rica.

(25) SOTO JIMENEZ, Rolando. Entrevista. Directivo del Patronato Nacional de la Infancia. Costa Rica.

## LA IMPORTANCIA DE CONTROLES PREADOPTIVOS.

Consideramos que la adopción debe ser, en lo posible, una mera formalización de la adopción real, de hecho. Es cierto que la selección "de escritorio" puede contribuir a proporcionar información útil para los efectos de preselección; sin embargo, solamente la efectiva interacción entre adoptante y adoptado puede emitir el juicio final (26). Una adopción adecuada requiere una amplia actividad administrativa preparatoria, todo un estudio de candidatos y potenciales adoptados, así como de su factible compatibilidad, todo ello, con el apoyo de un equipo multiprofesional, como lo afirman el Dr. Francisco Pilotte Davies y el Dr. Marcos Cusminsky.

El menor es, ante todo una persona, no un instrumento de la continuidad social o comercial de la familia. Una regulación verdaderamente humana debe tomar en cuenta que también el menor abandonado tiene derecho a participar de las ventajas del bien común. "La autoridad pública debe salvaguardar la esfera de los derechos fundamentales del menor" (27). "Se debe proteger con legislación adecuada y diversas instituciones y ayudar en forma eficiente a los que por desgracia carecen del bien de una familia propia" (28).

La alternativa que aquí se ofrece no es nada nueva. Son muchas las legislaciones que establecen períodos de prueba: En Uruguay, la Ley No. 10674 de 1945 y la Ley No. 14759 de 1978 exigen que los adoptantes hayan tenido al menor bajo su guarda por un término no menor de un año. En Venezuela la ley de 20 de junio de 1972, en su artículo 26, exige un período de prueba de tres meses. En Argentina, el artículo 6 de la Ley de Adopción prescribe: "El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año". En Brasil la adopción será concedida después de un período mínimo de un año de guarda del menor por los solicitantes (Ley de 1979). No es una alternativa que responda a consideraciones etnocentristas o xenofóbicas, sino a la necesidad de que siempre la adopción responda a un vínculo real, digno de ser elevado a rango formal.

Consideramos que un requisito importante que debe establecerse, con relación a toda forma de adopción, es el de que, por lo menos durante un lapso prudencial (29) el menor conviva con sus futuros padres adoptivos. Esto podría denominarse convivencia provisional, período de prueba, o como se quiera; lo que interesa destacar es que es necesario un período después del cual (y sólo después del cual) es posible determinar la conveniencia (o falta de ella) de la adopción para el menor, pudiéndose con ello diagnosticar científicamente el ajuste.

Esta idea ya fue formalmente planteada en los Principios Fundamentales de la Adopción entre países de Leysin (1960): "Que antes de completar la adopción legal, deberá existir un período de prueba no menor de seis meses, bajo la supervisión de un trabajador social adjunto a una agencia calificada, capaz de comprender los patrones culturales de los futuros adoptantes y del niño; en el caso de niños con más años, este período deberá ser más prolongado".

No debe confundirse el mero trámite administrativo de querer colocar al menor en un hogar determinado, o bien los trámites que al efecto debe necesariamente hacer la familia adoptante, con el verdadero sentido de un período de prueba entre adoptantes y adoptados, no se trata de que "hace tanto tiempo están los adoptantes haciendo la gestión para adoptar un niño", sino del "tiempo que lleva ese niño con sus futuros adoptantes". La única forma, para lograr ese fin, es permaneciendo el menor en su nuevo hogar, pero sin llegar todavía a la seriedad que sí implica la adopción, por ejemplo en cuanto al cambio de apellidos (30).

Para eso existe, entre otras alternativas, la figura del "depósito judicial".

Este período de prueba prudencialmente de-

---

**(26) Es aquí donde entra en juego la integración metodológica: roles (Georges Herbert Mead y Ernest Burgess en los Estados Unidos); elementos que influyen en la estructura y dinámica del vínculo (Talcott Parsons, Kingsley Davis, Robert Merton, Georges Homans y Marion Levy), variaciones de los roles en la dialéctica de la interacción (Duvall, Evelyn e Hill, Reuben).**

**(27) PALACIOS, Bartolomé, Las Encíclicas sociales y el mundo de postguerra, T. II, Difusión, Buenos Aires, p. 44**

**(28) CONCILIO VATICANO II, op. cit.**

**(29) "Muy conveniente es la existencia de un período de prueba anterior a la legalización de la adopción, de unos seis meses aproximadamente, que coincida con la debida orientación a la familia, previniéndose con ello cualquier falla o problema que pueda presentarse" (ARIAS ANGULO, Iris, Características de la adopción en Costa Rica, Tesis de Grado, Escuela de Trabajo Social, U.C.R. 1971, p. 15.**

**(30) Así Beirute, Pedro. Entrevista.**

terminado y el diagnóstico psicológico de la compatibilidad tienen múltiples ventajas: se agiliza la colocación del menor en un ambiente familiar; se da preponderancia al interés (jurídicamente prioritario) del menor sobre el interés benéfico, altruista y a veces auto-satisfactorio del adoptante; se da preferencia a la realidad sobre el formalismo en beneficio del menor; se obstaculiza la comercialización indiscriminada perjudicial a los intereses de los menores; se evalúa con informes y dictámenes técnicos la compatibilidad; se pone como presupuesto de la adopción formal a la adopción real; se desestimula la exportación de nuestra población infantil abandonada como recurso fácil de evasión de responsabilidades; no se impide la adopción sana por parte de extranjeros pero se la somete a idénticos controles respetando el principio de igualdad; se obliga al adoptante extranjero a permanecer por un tiempo en el país, con lo que, en caso de aprobarse la adopción, podrá ejercer mejor su función educativa gracias al conocimiento de los valores culturales de que es portador el niño y, finalmente, se evita la dependencia de las agencias extranjeras en la solución del problema de los menores abandonados.

## BIBLIOGRAFIA


ARIAS, Iris. *Características de la adopción en Costa Rica,* Tesis de grado, Escuela de Trabajo Social, U.C.R., 1971.

ARIAS, José. *Derecho de Familia,* Editorial Kraft, Buenos Aires, 1952.

BEIRUTE, Pedro. *Entrevista.*

BRIGUGLIO, Antonino. *Considerazioni sulle modifiche del regime dell'adozione e dell'affiliazione.* Studi sulla riforma del diritto di famiglia, Giuffrè-ed, Milano, 1973.

CALANCHE, Dulce F. de, *Colocación Familiar, Jurídica,* Revista del Colegio de Abogados del Estado de Mérida, Venezuela, No. 5, 4-5, Dic. 1974, junio 1975, p. 77.

CALVENTO, Ubaldino. *Adopción interna e internacional.*

CALVENTO, Ubaldino. *Protección socio-legal del niño abandonado, Adopción y colocación familiar.* Revista Judicial, Costa Rica, No. 19, marzo de 1981, p. 18.

CICU, Antonio. *Scoritti minori,* Milano, 1965.

CONCILIO VATICANO II. *Constituciones, Decretos y Declaraciones,* B.A.C., Madrid, MCMLXV.

CHAVES. *En torno a la problemática de la adopción.* Patronato Nacional de la Infancia, San José, enero, 1982.

DAVID, René. *Le Droit de la famille dans le Code Civil ethiopien,* Giuffrè-ed, Milano, 1967.

DE PADOVA, Giulio. *La famiglia nel diritto avizzero e nel diritto italiano,* Giuffrè-ed, Milano, 1955.

GOMEZ, Minor. *La adopción,* Trabajo de investigación, U.C.R. 1982.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada,* UTEHA, México.

JERSILD, Arthur. *Psicología del Niño,* EUDEBA, Buenos Aires, 1961.

LUQUE, Alvaro. *Análisis legal de la situación actual de la adopción en Costa Rica,* Patronato Nacional de la Infancia, San José.

MENDIZABAL, L. *Derecho de Menores,* Ediciones Pirámide, Madrid, 1977.

MIRA y LOPEZ, Emilio, *Psicología evolutiva del niño y del adolescente,* El Ateneo, Buenos Aires, 1967.

PALACIOS, Bartolomé. *Las Encíclicas Sociales y el mundo de postguerra,* Difusión, Buenos Aires.

PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. *Programa de adopción.* San José, 1981.

PEREZ, Víctor. *La Jurisprudencia de Intereses.* Editorial Universidad Estatal a distancia, San José, 1982.

PEREZ, Víctor. *Consideraciones y sugerencias en materia de adopción.* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 42, San José, 1980.

PEREZ, Víctor. *El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica,* Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1976.

PEREZ, Víctor. *La dimensión personalista-comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema latinoamericano,* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 35, San José, 1978.

PINO, Augusto. *Il diritto di famiglia,* Cedam Padova, 1977.

ROJAS-SIBAJA-VIALES. *La adopción en Costa*

*Rica,* facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1978.

SABINE, George. *Historia de la teoría política,* Fondo de Cultura Económica, México, 1937.

SAJON-CALVENTO. *Legislación atinente a menores en las Américas,* Instituto Interamericano del Niño, O.E.A., Montevideo, 1977.

SOTO, Rolando. *Entrevista.*

SUAREZ, Roberto. *Derecho de Familia,* Editorial Temis, Bogotá, 1971.

THOMPSON, Eric. *La adopción,* Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968.

TORRES RIVERO, Arturo Luis. *Adopción.* Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

TREJOS, Gerardo. *El nuevo régimen legal de la adopción.* Ediciones Juricentro, San José, 1978.

VARGAS, Luis Fernando. *Abandono y depósito de menores de edad.* Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.

VILLELA, Joao Baptista. *Liberdade e familia,* Belo Horizonte, Brasil, 1980.

* * *

**Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.**
Coordinador: Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

# ASPECTOS MEDICO-LEGALES DE LA VIOLACION*
(Continuación)

*Dr. Fernando Garzona Meseguer.*
***Especialista en Medicina Legal.***

Miembro del Comité del Niño Agredido HNN. Asistente de la Clínica Médico-Forense. Departamento de Medicina Legal, Organismo de Investigación Judicial.

## INDICE

DESVIACIONES SEXUALES . . . . . 90
Violación . . . . . 91
Paidofilia . . . . . 91
Exhibicionismo . . . . . 92
Bestialidad . . . . . 92
Homicidio sexual . . . . . 93
Sadomasoquismo . . . . . 93
Trasvestismo . . . . . 93

ENFOQUE PSICOLOGICO DE LA VIOLACION . . . . . 93
A. La violación como fenómeno universal . . . . . 93
B. Crítica al enfoque jurídico del problema . . . . . 94
C. Psicología del violador . . . . . 94
D. La victimología en el acto . . . . . 95
E. Modus operandi del violador . . . . . 96
F. La víctima . . . . . 96

EL PUNTO DE VISTA POLICIAL . . . . . 97
A. Denuncia del delito . . . . . 97
B. El punto de vista de la policía sobre el imputado . . . . . 98
C. La importancia de la Clínica Forense . . . . . 98
D. Relación de la policía con el Laboratorio de Ciencias Forenses . . . . . 98
E. La relación con los Tribunales de Justicia . . . . . 98

EL EXAMEN CLINICO DE LA VICTIMA DE LA VIOLACION . . . . . 100
1. Quién debe intervenir en el examen . . . . . 100
2. El protocolo de examen . . . . . 101
3. Observaciones generales . . . . . 103

BIBLIOGRAFIA . . . . . 105

** Tesis de Grado para aspirar al Título de Especialista en Medicina Legal.*
*NOTA: Los números entre paréntesis, que aparecen dentro del texto, se refieren a la bibliografía.*

## DESVIACIONES SEXUALES

La Asociación Psiquiátrica Americana en su manual de diagnóstico y estadística de las enfermedades mentales, define las desviaciones sexuales así: *"Esta categoría fue hecha para individuos cuyos intereses sexuales están dirigidos básicamente hacia otros objetos que no son personas del sexo opuesto, hacia actos sexuales que no están asociados con coito o hacia coitos que se llevan a cabo de una manera inusual en cuanto a sus circunstancias como lo es la necrofilia, la paidofilia, el sadismo sexual y el fetichismo. Aún cuando muchas personas pueden encontrar este tipo de prácticas desagradables, ellos son incapaces de sustituir el comportamiento sexual normal. Este diagnóstico no es apropiado para individuos que realizan actos sexuales desviados debido a que sus objetos sexuales normales no están disponibles a ellos".*

La lista de la Asociación Psiquiátrica Americana incluye el fetichismo, la paidofilia, el trasvestismo, el exhibicionismo, el boyerismo, el sadismo y el masoquismo. Otros que pueden ser añadidos son el de violación, homicidio sexual, necrofilia, bestialidad y sodomía. También se ha dicho que la desviación sexual o la perversión sexual es un comportamiento dirigido a la obtención del placer sexual con la exclusión de la unión genital con un individuo de otro sexo, o en la que esta es posible si va acompañada de determinadas condiciones que en sí mismas no pertenecen a la naturaleza del acto sexual, por lo tanto interfiere parcial o totalmente en la función biológica de la reproducción o sea una conducta sexual patológica.

Según la teoría sexual (8), este tipo de comportamiento representa la persistencia en la vida adulta de elementos de la sexualidad infantil, persistencia que se produce a expensas de la sexualidad adulta, cuya falta de desarrollo e inadecuación es uno de los rasgos característicos de las perversiones, por lo tanto parece que ha existido un fallo en las transferencias normales de la sexualidad.

La gratificación perversa significa que excede demandas instintivas. La perversión es la parte consciente de un complicado sistema inconsciente que es a su vez placentero. Sachs sugiere que existe un conflicto intrapsíquico, en el que está involucrado un componente instintivo energético que puede resultar imposible para el yo, de forma que la represión solo se consigue parcialmente y autoriza que aflore una parte consciente. La perversión constituye una defensa no solo contra la ansiedad de castración sino contra los sentimientos de culpa. Se ve menos en las mujeres ya que tienen mayor oportunidad de gratificar sus impulsos pregenitales en las relaciones con su hija.

Freud (8), cuando expone el concepto de ansiedad de castración y la defensa contra ese temor (7), para explicar el comportamiento del pervertido. Por ejemplo en el fetichismo, la identificación con la madre y el miedo a perderla hacen un puente de unión.

En la psicodinamía de este problema se anota una forma de defensa contra intensas e insoportables ansiedades, que se ocultan bajo ella. El paidofilio se siente incapaz de acercarse sexualmente a la adulta, a consecuencia de sus temores de ser controlado por ella; y para evitar este riesgo escoge como objeto de sus impulsos sexuales a los niños, los cuales a causa de sus debilidades y su desvinculación con la imagen paterna no le producen el mismo miedo. Estos individuos son narcisistas lo que es reforzado por el temor de ser controlado con el objeto de protegerse a sí mismos, circunstancia que se refleja en el amor a los niños. El narcisista se ama a sí mismo como a los niños desprotegidos y ama a los niños en la forma que el quiere ser amado como un niño. Tiene algo de masoquismo el declararse incapaz de mantener relaciones sexuales con una mujer adulta (10), la teoría psicoanalítica indica que a la desviación sexual es ya una regresión o una fijación a un nivel temprano del desarrollo psicosexual, lo cual resulta un pàtrón repetitivo del comportamiento sexual que no es maduro o genital en su aplicación y expresión. La teoría psicoanalítica también manifiesta que la ansiedad de castración es común a todas las desviaciones sexuales (7). El desviado sexual usa el sexo como un vehículo para la expresión de estos sentimientos de hostilidad y ansiedad (10).

La clasificación anteriormente propuesta es muy útil para entender el comportamiento o las desviaciones sexuales y distinguirlas entre anónimas y agresivas.

Los desviados sexuales agresivos incluyen aquellos que cometen violaciones, homicidios sexuales, sadomasoquismo, paidofilia, necrofilia y sodomía. La agresión está directamente dirigida hacia otro ser humano, el cual puede estar vivo o muerto y usan como vehículo a la sexualidad para la expresión de una agresión y de hostilidad (10). El violador, puede utilizando suficiente fuerza agresiva, llegar a ser un homicida sexual; aquellos que cometen homicidio sexual pueden también practicar necrofilia.

La sodomía es en general un término legal, que usualmente se refiere a un acto sexual contranatural que incluye cualquier cosa que no sea una relación sexual por vía vaginal. Sin embargo es común que se utilice para definir el contacto de ano y pene o contacto orogenital. Si se encuentra que la relación por vía anal en relaciones heterosexuales es satisfactoria sin que se efectúe por vía vaginal, se considera esta una desviación agresiva.

Las desviaciones sexuales anónimas, involucran un contacto cada vez menor con el objeto sexual. En el caso de los "tocadores". El desviado toca a sus víctimas en lugares públicos. El objeto de este toqueteo son las mamas o las regiones glúteas de las mujeres que se encuentran en un tren repleto o un elevador. El desviado no desea mayor contacto con esa mujer y aparentemente obtiene gratificación de ese efímero contacto físico.

Generalmente el tocador no va más allá de esta forma y no se le considera peligroso o que pueda intervenir en desviaciones sexuales de tipo agresivo.

El exhibicionista o "sátiro", expone sus genitales al público; este modo de comportamiento es bastante consistente en todos esos individuos y en muchos casos involucra también a su automóvil, desde donde sorprende a la víctima abriendo la puerta bruscamente o llamando la atención hacia el interior del automóvil. Algunos de ellos se exhiben en los buses o en los trenes subterráneos y otros prefieren ir caminando por la calle. En este tipo de desviación se observa un indicio de paidofilia: El exhibicionista está tratando de resolver problemas particulares dentro de sí mismo que no son considerados peligrosos y no lo llevan a desviaciones sexuales más serias.

El mirón o voyerista no está interesado en hacer contacto con su objeto sexual, su interés primario es lograr una expresión orgásmica a través de ver otros envueltos en relaciones sexuales o ver una mujer desnuda en su casa; rara vez llega a ser un desviado sexual más importante. El individuo que hace llamadas telefónicas obscenas, obtiene su gratificación sexual llamando a mujeres jóvenes y haciendo comentarios obscenos que sugieren que la mujer al otro lado del teléfono va a reunirse con él para tener una relación sexual. El escritor obsceno de cartas está más lejos del objeto sexual. Todavía más lejos que su objeto sexual está el fetichista quien está interesado en este solamente a través de una parte de su ropa, ya sea un zapato, una media, una pieza de ropa interior o un "brassier". A menudo el fetichista es uno que solamente puede llegar al orgasmo a través de la masturbación con el fetiche cerca.

Estas desviaciones son en una forma general básicamente masculinas. Frecuentemente el exhibicionista se masturba mientras se está exponiendo a la vista del público, lo mismo que el mirón se masturba mientras está mirando una escena a través de una ventana.

## VIOLACION

La violación puede ser definida como una relación sexual que se ha ejecutado usando la fuerza, la intimidación, o a través de engaños entre dos personas del mismo sexo o del sexo opuesto; la violación puede ser vista desde esta manera como una función de impulsos agresivos y sexuales. Otros ven la violación como un vehículo de expresión de hostilidad, especialmente hacia las mujeres. La violación no es considerada en algunos casos como una desviación sexual a menos que está agravada o que se le agregue violencia. Algunos hombres son violadores repetitivos que tienen una compulsión para hacer daño al objeto sexual. Esto puede ser una expresión de necesidad de expiar culpa y hostilidad (11).

La violación de tipo homosexual es más frecuente entre hombres que entre mujeres y usualmente se nota tendencias hostiles y agresivas más que una inclinación propiamente sexual. El violador a menudo no se ve así mismo como un homosexual pero sí ve a su víctima como un homosexual pasivo.

La violación heterosexual se define en la Ley Inglesa como una penetración del pene más allá del entroito, y que ocurra eyaculación o no, es de tipo irrelevante. Por definición, un hombre que no puede tener erección es incapaz de cometer una violación. El contacto ocogenital no se ve como una violación ni como abuso deshonesto.

## PAIDOFILIA

Paidofilia es el deseo sexual por los niños. Puede ser tipo homosexual o heterosexual y la mayor parte del comportamiento paidofílico se efectúa entre familias o entre los amigos o vecinos. A menudo el paidofilo puede sentirse impotente o incapaz de realizar una relación sexual adecuadamente con una mujer. A esto se unen deseos inconscientes de hostilidad, resentimiento y deseos de ven-

ganza hacia las mujeres que pueden ser expresadas como comportamiento paidofílico.

## EXHIBICIONISMO

El exhibicionismo es una relación por la cual se obtiene satisfacción al exhibir los órganos genitales a una víctima sin su consentimiento. Su patología descansa en el hecho de que obtiene satisfacción de una manera diferente y no a través de una manera sexual normal. Es un problema relativamente común y está relacionado con casi todas las detenciones por violación.

Más hombres que mujeres son exhibicionistas, aunque es casi imposible determinar la realidad de cuántas mujeres se exhiben.

El público tiene una actitud más tolerante en los cuerpos expuestos de mujeres que al de los hombres, una mujer que se está exhibiendo probablemente no sea denunciada por el observador excepto tal vez a amigos que sean llamados para compartir la escena.

El principio de este comportamiento clásicamente es sentimiento de insignificancia o insuficiencia del exhibicionista: él espera obtener la atención que anhela por medio del exhibicionismo. Algunos psicoanalistas opinan que este individuo se desvió debido al temor de castración, la exposición de los genitales es un intento de negarlo. Otros creen que el exhibicionismo es una forma extrema de autoerotismo basada en impulsos narcisistas (amor a uno mismo).

Típicamente el exhibicionista es una persona callada, tímida, sumisa que se encuentra acosada por sentimientos de inadecuación e inseguridad. Tal sujeto es descrito usualmente como "simpático pero inmaduro". Fue educado característicamente en una atmósfera cultural de actitud extremadamente estricta y puritana hacia el sexo, y sus años formativos fueron controlados por una madre posesiva y dominante. No obstante el hecho de que la mayoría de estos hombres son casados, la relación sexual con su esposa no es adecuada. Todos estos factores influyen para crear en el exhibicionista dudas y temores intensos acerca de la masculinidad.

Obviamente el exhibicionista espera que sus acciones causen una impresión profunda en el observador y la mujer que reacciona histéricamente por su comportamiento simplemente alimenta su enfermedad. Tal vez ante un exhibicionista, la actitud más sensata que puede adoptar una mujer, es la de calmadamente ignorar al actor, haciéndole la sugerencia, al mismo tiempo de que él está en la necesidad de recibir ayuda psicológica y que se beneficiará con esa ayuda.

También existe el pseudoexhibicionismo, que es frecuentemente confundido con el verdadero exhibicionismo: En este síndrome una persona está bajo tensión porque las relaciones heterosexuales no están a su alcance, se exhibe solo como una inadecuada sustitución del intercambio sexual que prefiere. Muy frecuentemente el exhibicionismo está relacionado con una forma compulsiva de comportamiento en la cual la exhibición ocurre en el mismo lugar y casi en la misma hora del día. En los casos que existe esta relación el pronóstico es bastante bueno. Los factores presentes en sus tendencias exhibicionistas les son más fácilmente aclarados a la mayoría de los pacientes a diferencia de los casos en que no existe una relación. Al entender la etiología de sus dificultades parece creer verdaderamente que un esfuerzo serio en su parte, los llevará a un ajuste sexual más saludable.

Rara vez el exhibicionista logra que una mujer pueda tener una relación sexual con él al exponerle su pene. Y en efecto si una mujer logra o muestra interés en el exhibicionista la gran mayoría de ellos saldrá corriendo en un sentido contrario, prefiriendo no tener que probar lo que ellos están temiendo: que son sexualmente inadecuados. Generalmente escogen a una víctima que es poco probable que ofrezca este tipo de confrontación.

## BESTIALIDAD

El ser humano que se dedica a la bestialidad o zoofilia encuentra la gratificación sexual teniendo una relación sexual con un animal vivo. En el muestreo hecho por Quince, la relación sexual fue la menos frecuente entre todas las formas de comportamiento sexual humano. Se halló que esto es más común entre los años de la preadolescencia y en áreas rurales. Un tercio de los hombres que habían vivido en lugares rurales eran del nivel superior en cuanto a educación y habían tenido relaciones sexuales animales hasta el punto del orgasmo.

El animal simboliza el falo, la identificación con un animal pequeño gratifica el deseo por un amor tierno al animal indefenso (un niño), requiere un animal grande, lo que permite una identificación con el papel paterno en una relación padre e hijo.

### HOMICIDIO SEXUAL

El homicidio sexual o violación con homicidio ocurre raras veces, a menudo las víctimas son prostitutas o mujeres que el violador ha encontrado que son inmorales. En estos casos la violación viene primero, el homicidio será efectuado en el momento de la violación o inmediatamente después. La necrofilia o relación sexual con un cadáver ha sido encontrado raramente después de un homicidio.

Los casos de violación con homicidio en nuestro medio son escasos, pero las personas que han tenido que manejarlos, llaman la atención sobre una relación probable que existe entre la víctima y el victimario. Se da el caso de la mujer anciana solitaria, con una posición económica estable o solvente, la cual se enamora o tiene un amigo mucho menor en edad que ella (una mujer de 60 años con un individuo de 30 p. e.). La relación íntima que mantienen es llevada en secreto por ellos, el vecindario no se entera porque las visitas del "cortejante" se hacen durante horas de la noche, a través de un cafetal y penetrando por la puerta del fondo de la vivienda. El "cortejante" tiene una cierta afinidad por las mujeres ancianas (gerontofilia) pero el fin último es el de averiguar en donde guardan su dinero o las cosas de valor. Una vez que ha logrado la confianza de la víctima y tiene acceso a su dinero, en un arranque de furia la asesina. No se ha logrado determinar si el semen encontrado en estos casos provendría de un acto sexual efectuado antes o después del asesinato. Pero la brutalidad del hecho, el engañamiento con la víctima y la frialdad con que parece haber sido ejecutado este acto, nos podría indicar que dentro de la mentalidad de este individuo, tiene poca importancia el hecho de que el acto sexual agresivo sea llevado a cabo antes o después del asesinato. Se ha podido comprobar que el nivel de agresividad criminal va "in crescendo", y un acto que en determinado momento podría parecer grave, deja de serlo en cierto momento para convertirse en algo y dan lugar a un comportamiento sexual agresivo más degradante, como es el paso de la gerontofilia a la necrofilia.

La mayor parte de estos casos han quedado en el más absoluto misterio y solamente llegan a aclararse por motivos fortuitos.

### SADOMASOQUISMO

El individuo sádico debe presagiar un deseo de hacer daño o gana satisfacción sexual haciéndole daño a otra persona. El masoquista gana gratificación sexual experimentando dolor antes, durante o después de un acto sexual. A menudo los sadistas son prostitutas que son pagadas para efectuar actos sádicos. Los masoquistas son más a menudo hombres que disfrutan siendo flagelados, amarrados, o insultados como parte primordial de la relación sexual. Muchos hombres prefieren efectuar estas experiencias de masoquistas mientras están vestidos con ropas de mujeres.

### TRASVESTISMO

El trasvestista usualmente un hombre, obtiene placer sexual mientras usa las ropas del sexo opuesto y a menudo se masturba mientras está vestido de esta manera. Esta desviación está relacionada con una ansiedad de castración. El hombre se reafirma a sí mismo que la mujer tiene un pene porque él es la personificación de esa conclusión. El trasvestista es a menudo homosexual y puede tener también aspectos fetichistas o masoquistas.

El trasvestista adolescente puede poner en peligro su propia vida y a menudo la muerte puede resultar de estrangulación cuando el joven se viste con las ropas de su madre e intenta llegar al orgasmo estrangulándose con una de sus medias de nailon. En muchos casos el desviado no puede calcular bien la presión ejercida sobre el cuello y muere casi inmediatamente después del orgasmo.

## ENFOQUE PSICOLOGICO DE LA VIOLACION(5)

### A. LA VIOLACION COMO FENOMENO UNIVERSAL.

La violación es un fenómeno de tipo universal que se da en todas las latitudes, en todos los climas, probablemente en todas las estaciones; hay un brote mayor que aparece en determinada época del año y que habría que investigarlo.

Este fenómeno se da en todos los regímenes políticos, económicos, y también dentro de lo religioso lo mismo se da en un mundo católico que en un mundo musulmán, ya que es un problema puramente humano.

Un aspecto interesante es que se produce con más frecuencia en los medios urbanos que en los medios rurales. Eso probablemente tenga una explicación: que los medios urbanos por un fenómeno demográfico y de expansión absorbe población rural que tiende a irse a la periferia donde se expone a condiciones de vida marginales y a situaciones de hacinamiento. La otra explicación sería que el individuo tiene mayor oportunidad de planear su acto en un centro urbano más que un lugar aislado.

## B. CRITICA AL ENFOQUE JURIDICO DEL PROBLEMA.

Este problema de la violación es altamente inquietante por cuanto en nuestro país se asume una actitud muy contemplativa. Pareciera existir una inclinación en favor del violador: El Código Penal en su exposición de motivos, habla de la violación en general y dice que la violación es siempre un acto sexual, cosa que está en contradicción con el punto de vista moderno de los psicólogos clínicos y psiquiatras. En esta exposición de motivos aparece una declaración del profesor Sebastián Soler, que es el más grande de los tratadistas en Derecho Penal en la Argentina. Dice Sebastián Soler, en relación a los atentados al pudor, a las violaciones, a los delitos de tipo sexual: "a partir de los 15 años no se sabe quién seduce a quién". De esta manera se está prejuiciando la mentalidad de la sentencia, la meta del acto judicativo. Esa declaración deberían eliminarla, porque está justificando la actitud de alcahuetería en relación con el violador, y la actitud con respecto a la violada. De modo que una muchacha mayor de quince años es responsable de lo que le sucede en la calle o en el hogar con respecto a un amigo, un pariente, un desconocido, siendo esta la edad en que se está dando la adolescencia femenina y se sabe existe una gran inmadurez de criterio.

## C. LA PSICOLOGIA DEL VIOLADOR.

Casi todo el mundo desea siempre que se precise la psicología del violador. El Dr. Ciófalo (5) como psicólogo piensa que no existe una psicología definida del violador porque en principio "todo hombre es un presunto violador".

En determinada situación cualquier hombre puede violar. Podemos poner como ejemplo las condiciones altamente traumáticas, sumamente críticas que se producen cuando hay una conmoción social como una revolución, o una guerra, en donde individuos aparentemente sanos y equilibrados se vuelven instintivos, depredadores, roban, violan, asesinan, claro con una justificación de patriotismo o de nacionalismo.

No hay una psicología específica del violador (13).

Se pensará que se trata de una urgencia en un sujeto que no puede aplazar la satisfacción de ciertas necesidades de tipo genésico. Pero eso no es en sí la dinámica del asunto, lo que pasa en este individuo es que él necesita lesionar, inferir cierto agravio a una persona del sexo opuesto. Se trata de un hombre que agrede a una mujer y que no lo hace con la finalidad de tipo erótico, sino para satisfacer una necesidad sádica. El violador, asalta a la persona, la mortifica, la humilla, la mancha, muchas veces la hiere y otras veces la asesina. En otros medios son muy comunes esos actos de violencia sádica que llega hasta la perpetración del asesinato. En nuestro país los asesinatos con violación son muy escasos. El Dr. Ciófalo considera que el violador más que un delincuente sexual, es un infractor o delincuente de tipo agresivo, por lo que pertenece al tipo de los asesinos. Puede que sea la especie más peligrosa y nosotros la estamos tratando con suma bondad, sin darnos cuenta de la peligrosidad de este ente clínico jurídico.

Hay siempre una actitud de tolerancia con respecto al agresor y una antipatía y rechazo a la víctima. El violador un macho, un hombre y que satisfizo una necesidad genésica. Ella era una mujer que lo estuvo provocando, ella tiene que cargar con las consecuencias del acto.

Al violador no le pasa nada, él sigue inalterable, él no va a experimentar remordimientos, y tiene la tendencia a repetir el acto.

En un estudio coordinado (18) Soothill et al, describen que deben considerarse al grosso modo tres tipos de violadores: primero aquellos para los que la violación es algo meramente incidental, dentro de una personalidad agresiva. Este comportamiento generalmente es complicado y a menudo acentuado por excesos en la ingesta del licor, y aunque la violación no sea repetida, la violencia sí puede serlo.

En segundo lugar están los violadores de niñas menores de 15 años, que parecen como un grupo más diferenciado y grande de lo que se podría suponer. Cuando el violador se hace más viejo, puede ser que no se repita la violación pero pueden ocurrir otros delitos de tipo sexual de índole paidofílica.

El tercer tipo y el más heterogéneo, lo constituyen aquellos individuos para los cuales la violación resalta dentro de un aislamiento relativo: este tipo incluye al joven inhibido y frustrado, que trata de sobreponerse a sus dificultades, o quien enfoca una relación amistosa dentro de un plano equivocado llegando a abusar sexualmente de esa amistad sin que exista el consentimiento. Este grupo también incluye al peligroso violador pervertido, el individuo sádico que frecuentemente lleva a la asociación de violación con asesinato.

Los relatos tanto de los agresores como de las víctimas, en los casos de violación (11) sugieren que los tópicos de poder, furia y sexualidad son importantes para entender el comportamiento del violador. Estos tres tópicos parecen operar en cada caso de violación, pero la proporción de cada uno varía y uno de ellos es el dominante en cada caso. En los relatos de 133 violadores y 92 víctimas (11) se encontró que los delitos podrían ser catalogados como "violación por poder" (o sea sexualidad utilizada para expresar el poder) o "violación por furia" (o sea el uso de la sexualidad para expresar furia). No se encontró violaciones en este estudio en que la sexualidad por sí sola fuera dominante, la sexualidad estuvo siempre al servicio de necesidades no sexuales. En un estudio efectuado por Groth (12) se examina el comportamiento sexual del violador durante el asalto y su relación con la evidencia médica de penetración. Un gran número de transgresores describieron lo que podríamos llamar "Impotencia condicional", en la cual existe una incompetencia de erección inicial durante la violación. Este tipo de impotencia se resuelve cuando en algunos casos, el ofensor forza a su víctima a estimularlo manualmente u oralmente y en otras circunstancias, cuando la víctima responde al asalto con resistencia y forcejeo.

Algunos ofensores dijeron que habían eyaculado espontáneamente durante el asalto sin haber efectuado penetración. Veintiséis de los violadores dijeron haber efectuado eyaculación retardada. Esta estadística constituye la más dramática diferencia con los datos estadísticos tomados de la población general: la eyaculación retardada constituye una queja poco frecuente que afecta aproximadamente uno de cada setecientos individuos normales (1/700), aún así es la segunda mayor causa de disfunción sexual entre los 170 violadores entrevistados en este estudio.

De sesenta y nueve mujeres de las que se obtuvo datos completos de la presencia o ausencia de semen en vagina en este estudio, la evidencia clínica de semen fue encontrada en solamente 32 casos. Esta estadística es aún más impresionante cuando se toman en cuenta el número de mujeres violadas por más de un hombre, la mitad de las víctimas que fueron asaltadas por varios individuos tuvieron pruebas negativas por semen.

No se anota el tiempo transcurrido entre la violación y el examen médico. Estos hallazgos sugieren que la ausencia de semen no significa que la mujer no ha sido violada. La ausencia de esperma (semen) podría deberse a disfunción sexual del agresor, a una interrupción del asalto en progreso, o a la eliminación de la evidencia por aseo posterior de la víctima, pero en realidad nos traería a la mente de que muy probablemente el violador no utiliza esta manera de expresión sexual para los fines que fue creada, sino como una manera de mostrar su agresividad o sadismo. No hay que escandalizarse porque el hombre viole, habría que inquirir ¿por qué la mayoría no viola? Porque entra el temor a la codificación penal, entra el temor a las medidas represivas policiacas, o de la religión, o el respeto a las normas establecidas por la sociedad.

Entonces el hombre común y corriente se abstiene del acto violatorio por varias razones: la principal desde el punto de vista psicológico sería un control cortical de las tendencias instintivas y que probablemente se adquiera mediante un proceso de aprendizaje. Entonces en última instancia, el problema básico del violador es un error de educación, una falta absoluta de control de la impulsividad. Este problema queda exactamente a nivel cortical y es un aspecto de control de impulsos, de la inhibición de ciertos centros subcorticales que en determinados individuos quedan libres porque no existe el elemento controlador.

## D. LA VICTIMOLOGIA EN EL ACTO.

**El aspecto de la victimología y la violencia.**

Este enfoque psicológico-criminológico muy moderno en donde se hace hincapié en la situación de la víctima de un atentado, y en este caso de la

violación, ha sido en perjuicio de la misma víctima, porque ya indicamos que incluso Sebastián Soler está prejuiciado y además la victimología moderna habla de cierta predisposición de tipo inconsciente en donde la víctima está preparando terreno para ser agredida (14).

La víctima de la violación NO está pidiendo ser violada. Es algo que toda mujer teme. Probablemente ahondando psicodinámicamente, si ella lo teme puede ser que lo desee, como una muestra de que es atractiva, pero no se trata de términos psicodinámicos sino de psicología objetiva, de psicología conductual.

Las mujeres maduras, responsables, adaptadas a la vida sexual, tienen la idea de que el acto sexual de parte del hombre, tal como se acostumbra es agresiva. Ahora si es agresiva la relación sexual normal o típica, ¿qué tal será esta situación sexual que se opera en un acto como el de la violación? Tiene que haber violencia y esa la tónica precisamente del acto en sí, un acto de violencia que se caracteriza por una tendencia sádica que responde a motivaciones atávicas de tipo instintivo.

## E. 1. MODUS OPERANDI DEL VIOLADOR.

Se dice que el ochenta y cinco por ciento de todos los actos violatorios son premeditados.

El individuo acecha a su víctima, sabe cuándo ha de pasar por una calle solitaria o cerca de un lote vacío, entonces da el golpe. Actúa como un verdadero profesional, tiene su táctica, siempre es en la misma forma que se lleva a cabo la perpetración del acto y siempre lo hace en la misma zona. Esto nos da la idea de que es una fiera, un ave de rapiña, de tipo depredador que siempre está vigilando su coto de caza, tiene predilección por determinados sectores, barrios, ciertas calles. Así se explica cómo muchas veces porqué mujeres que son más fuertes físicamente que el hombre que las ataca son sometidas fácilmente: fuera del terror que implica un acto de esa clase, el violador intimida a la víctima con cuchillo o con armas de otro tipo.

2. Con respecto al quince por ciento de sujetos que no premeditan el acto y por lo tanto éste se vuelve espontáneo, nos encontramos ante un individuo que padece un "Síndrome de Descontrol Cerebral" (17). Son sujetos que no pueden tolerar niveles de frustración, no pueden posponer la satisfacción a cualquier necesidad y tienen que realizarlo con toda urgencia. Entonces estos sujetos espontáneos son precisamente los individuos que están dentro de toda la gama neurológica y ellos se caracterizan por el poco control de la impulsibilidad y actúan a manera de descargas de tipo subcortical.

## F. LA VICTIMA.

Así como se dijo que todo individuo en potencia puede ser un violador y que se requiere ciertas condiciones de tipo situacional. Si vamos también a decir y a asegurar que cualquier mujer es factible a ser violada, no es porque ella lo quiera, sino porque es sometida por la fuerza o la intimidación.

La mujer no es una partícipe activa del hecho, sino pasiva. En encuestas efectuadas en Norteamérica, muchas mujeres violadas transmitieron toda la tragedia de su vida.

El acto violatorio es tremendamente trascendente, a la mujer le afecta mucho, a pesar de que cuando se hace el estudio de nuestras violadas aparentemente vienen tranquilas. Casi todas estas mujeres que son violadas en Costa Rica, son débiles mentales, muchas de ellas muy profundas y muchas tienen trastornos neurológicos. De vez en cuando es examinada una muchacha de inteligencia normal, una mujer superior en su formación: se ve una mujer que viene desmoralizada, derrotada, no sabe que hacer, qué le deparará el porvenir, cree que no puede levantarse.

La trascendencia del acto de la violación para la mujer es imborrable y en muchos casos se da el relato de cómo fue rechazada por su novio, por su amante, por su esposo, por su padre, por los compañeros de oficina. Esta mujer se convirtió en una mujer contaminada, impura. Nuestra sociedad a pesar de sibaritismo, su acrisolada espiritualidad, sigue mostrando el mismo hombre salvaje de toda la vida, lleno de prejuicios tremendos que no se pueden romper.

Programas que combinan consejeros para las víctimas de la violación con la investigación sobre los efectos emocionales de este tipo de experiencia, han sido llevados a cabo por un grupo de investigadores, (4) por cerca de dos años.

La primera observación que sobresale de este tipo de trabajo, es el hecho de que la violación no es vista por la víctima como un crimen sexual principalmente, sino como un encuentro con un tipo de violencia que atenta contra su vida.

En la reacción inicial, inmediatamente después del asalto, las mujeres reaccionan de dos maneras:

una que reacciona emotivamente con sensación de "shock" emocional, incredulidad, furia y angustia, las cuales se expresan llorando, haciendo pucheros, con risa inapropiada, inquietud y tensión; las otras reaccionan dando una apariencia de control muy firme en sus emociones, con sus sentimientos enmascarados bajo una calma ficticia: a esto se le ha llamado la "reacción silenciosa".

Si el consejero logra determinar la reacción silenciosa de la violación, puede llamar la atención sobre el caso y poner en marcha el mecanismo de tratamiento preventivo de tipo psiquiátrico dentro de la institución que labora, brindando la ayuda y apoyo necesario a la víctima. Los signos y síntomas de este estado se muestran usualmente en la entrevista inicial: signos de angustia que aumentan con el transcurso de la valoración psiquiátrica, largos períodos de silencio, asociaciones bloqueadas, deseos de evitar la relación con hombres, irritabilidad marcada o cambios marcados en el comportamiento sexual, una súbita aparición de fobias y finalmente la evidencia de pérdidas de la autoestima junto con la pérdida de confianza en sí misma, el decir frases culpándose a sí misma, aparición de manifestaciones paranoides y sueños de violencia.

Las manifestaciones descritas anteriormente componen lo que se ha dado en llamar "Síndrome de Trauma Post-Violación", (3) estudiado en 146 pacientes admitidos en un servicio de emergencias con historia de haber sido violadas. Los autores recomiendan terapias específicas para cada una de las reacciones. La asesoría psiquiátrica es efectiva durante la crisis inicial; la terapia de apoyo es necesaria durante la reacción compuesta. Se hace énfasis en que el médico debe de estar alerta ante la posibilidad de una violación en pacientes que presenten la sintomatología descrita para la "reacción silenciosa" y que nunca antes haya mencionado este ataque.

## EL PUNTO DE VISTA POLICIAL (9)

### A. DENUNCIA DEL DELITO.

La Policía Judicial tiene la impresión de que casi nadie se atreve a denunciar un delito sexual: si es una muchacha por vergüenza y por el qué dirán; si es la madre, por el escándalo que va a representar para la hija o al hijo. La víctima puede hacer el relato, pero tiene que ser la madre o el padre quien haga la denuncia del delito, porque así lo estipula el Código Penal. Sin embargo, existe el problema de que los padres son renuentes a venir a declarar o a venir a denunciar, inclusive hasta amenazan al hijo o la hija para que callen lo que les pasó. Muchas veces ha habido necesidad de hablar fuerte con los padres, porque una chiquita escolar ha sido supuestamente violada y ellos no otorgan el permiso para que el médico la examine. Ese es el principal problema con relación a la denuncia del delito.

El otro escollo que se presenta a la denuncia es que esta haya sido hecha por terceros. En este caso el abogado de la defensa pide la anulación del proceso por cuanto fue mal denunciado. Se entiende así que debe ser el padre, la madre o en ausencia de éstos, la persona que tiene a cargo el menor, la que puede denunciar. Si el ofendido no tuviere quién lo represente ni se hallare bajo la tutela de ninguna persona o existiera entre ellos interés contrapuesto, el Ministerio Público procederá de oficio a instaurar la acción, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la denuncia de parte del Patronato Nacional de la Infancia, quien también deberá denunciar el hecho para ir ante los Tribunales.

Cuando la víctima se presenta hay que entrevistarla para determinar si se trata efectivamente de una violación. Si es de una mujer adulta o mayor de 15 años, en infinidad de casos estas personas más bien han sido denunciadas posteriormente ante los Tribunales por simular una violación, y a través de la investigación que se hace se ha determinado que son muchachas que se han ido con su novio para un motel y que se han quedado dormidas, o que las ha dejado el autobús y llegan tarde a su casa. Entonces la muchacha le dice a la madre que fue asaltada por tres individuos, que la metieron a un cafetal y que la violaron. A la hora de hacer la reconstrucción de hechos, ella no sabe señalar el sitio en donde fue que la agredieron. En esos casos, debe plantearse una denuncia por calumnia contra la denunciante de la violación.

En los casos en que sí se ha dado la violación, si se trata de una niña de escasa edad, ésta no sabe desenvolverse ni dar detalles, y es allí donde entra la capacidad del investigador policial para obtener

los datos que crea conveniente. Si se trata de niños desenvueltos de edad escolar, dan una historia bastante clara aunque con pocos detalles.

Si se trata de una niña, se asigna a una oficial que obtenga toda la información posible.

Al niño que no quiere dar la información porque le da vergüenza, se le asigna un investigador del sexo opuesto, pidiéndole que describa todos los detalles del presunto violador. La víctima casi siempre llega en compañía de sus padres. En muchos de estos casos, viene atemorizada porque ha sido castigada por su propia madre o padre, además de que está traumatizada por lo que le pasó.

Cuando los padres se han dado cuenta de que ha sido violada, en lugar de comprender a la menor lo que le hacen es que la castigan.

El menor al ser castigado, no da información, inconscientemente él pone una pared entre lo que le pasó y entre el investigador por cuanto él cree que si el agresor es detenido, más lo van a castigar a él. Hay que sentarse con el menor, hacer de hermano o de padre, para tratar de obtener la información que en un porcentaje muy alto de los casos, la víctima no va a poder apartarla.

Si se trata de una víctima adulta, mayor de quince años, se presenta la situación de que hay que sacarle las palabras "con cuchara". Para una mujer es hasta vergonzoso narrar al Oficial de Investigación, todos los detalles paso a paso que tuvo que realizar claramente obligada.

Es necesario motivar a la víctima para que explique que fue lo que pasó. Una vez que la víctima coge confianza, se vuelve muy explícita.

## B. EL PUNTO DE VISTA DE LA POLICIA SOBRE EL IMPUTADO.

El imputado, cuando entra en las Oficinas de la Policía Judicial, es inocente.

A la hora del interrogatorio ninguno ha hecho nada, no estaba cerca del lugar donde ocurrieron los hechos. Lo que se hace con el imputado es que se le motiva de la misma manera que se motiva al ofendido. Una de las formas que se emplean para motivarlos, es presentarle las pruebas que hayan en contra de él y manifestándole que tal vez lo que él necesita es un médico, se le menciona la familia, hermanas, la madre; ésta es la única forma de que el imputado declare. Lo que él manifieste en su declaración, no sirve de prueba ante un Tribunal, pero sirve de guía a la Policía Judicial para aportar la prueba que se necesita. Por ejemplo: la hora en que ocurrió el hecho, qué personas lo vieron a él cerca del lugar. Todo lo que él pueda narrar es lo que sirve para aportar la prueba. Esta es la fase más dura de la investigación.

Cuando el imputado es llevado donde el Médico Forense para que se le haga el examen, se le dice que este fue positivo, y así se logra que el imputado declare.

## C. LA IMPORTANCIA DE LA CLINICA FORENSE.

Se diría que cuando la víctima llega donde el médico, tal vez llegue con menos presión que cuando llega donde el investigador policial, lo ve distinto.

El médico juega un papel importante como investigador del delito que se cometió. Puede recabar mucha información con la víctima y después aportarle todo ese material al Oficial de Investigación. La relación entre los investigadores y el Departamento de Medicina Legal se diría que es armoniosa, ha habido mucha cooperación, muchas ganas de trabajar de los médicos, y se trabaja muy unidos, lo cual es importante dentro de la fase de la investigación.

## D. RELACION DE LA POLICIA CON EL LABORATORIO DE CIENCIAS FORENSES.

Los resultados se necesitan a corto plazo para poder determinar si en la prenda que antes andaba puesta el hombre, o en un "blumer" de una niña o mujer había semen, heces, etc. Los procedimientos del laboratorio no permiten que los resultados lleguen con suficiente prontitud, llegan en la mayoría de los casos inclusive cuando el caso ya está en proceso o cuando el caso está ya desestimado. La Policía Judicial considera que todos los trámites deben ser acelerados con el fin de aumentar las pruebas a aportar en los casos que ellos investigan.

## E. LA RELACION CON LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

En los Tribunales de Justicia se diría que es donde más frustración sufre la Policía Judicial: un individuo ataca a una niña y la viola, es la palabra de la niña contra la palabra del individuo. Este hecho pasa por todas las etapas de reconocimiento

físico como lo establece la ley y aún así no se puede aportar otra prueba. El Tribunal le da más valor a lo que diga el imputado que a lo que diga el ofendido y a los siete u ocho días el imputado sale en libertad. En estos casos los Tribunales quieren que se aporten más pruebas, pero es que no hay más pruebas, no hay testigos, excepcionalmente se encuentra a alguien quien viera al imputado cerca del sitio del hecho.

En cuanto a que un juez de instrucción o algún fiscal del Ministerio Público les ordene a destiempo que se inicie una investigación, no por negligencia de ellos sino porque hasta ese momento se dieron cuenta de que había sucedido un hecho, no creen tener problemas, pero si tienen problema con el Patronato Nacional de la Infancia: al Patronato Nacional le presentan una denuncia por violación, entonces ellos citan a la ofendida, citan al imputado, en lugar de pasar el caso al Ministerio Público o ante el O.I.J., ellos hacen todo ese trámite y a los quince o veintidós días o un mes mandan el caso a Investigación Judicial cuando ya es muy tarde recabar pruebas sobre el imputado.

Aquí lo que se da es un aparente entrabamiento del mecanismo de la Justicia por procedimientos llevados a cabo extémpora. Debe recordarse que el Organismo es de muy reciente creación en comparación con el P.A.N.I. y por lo tanto las funciones del primero todavía no son bien comprendidas por los funcionarios del segundo.

Con relación al incremento de los delitos sexuales la opinión de la Policía Judicial es que tal vez ha habido un incremento casi del doble de las denuncias con relación al año pasado, de acuerdo con las estadísticas que se llevan.

En un estudio publicado por Coltell, L.C. (6) recalca que aunque la violación es un crimen en el cual el que lo perpetra ha sido visto por la víctima, y el contacto visual con el atacante es en algunos casos o circunstancias de varias horas, esto no resulta en mayor porcentaje de detenciones. Los porcentajes de condenas para este crimen son menores que para el resto de los crímenes. Enfatiza que los requisitos estrictos para encontrar evidencia que corrobore el testimonio de la víctima, ha sido la causa de que numerosos hechos de esta naturaleza quedaran sin castigo; si a esto se une la reticencia de las mujeres a dar detalles, lo mismo que su confusión durante las horas posteriores al hecho; debiera considerarse necesario entrenar investigadores (hombres y mujeres) como interrogadores especializados. Este autor considera que la recolección de evidencia incriminatoria tal como se practica en el lugar del hecho, así sobre la víctima y el presunto agresor es esencial para encausar el hecho. El fiscal, el defensor y aún el tribunal pueden aceptar que se trate de un abuso deshonesto ante una evidencia incompleta, o lo sobresean.

Las mujeres víctimas de una violación o de un intento de violación han encarado una serie de indignidades dentro de su ambiente social y de trabajo posteriormente a la denuncia del hecho (2) tiene que convencer al investigador policial de que su denuncia es sobre un hecho verdadero y ya en el tribunal la víctima se encuentra que ella es acosada, expuesta a que se ponga en duda su virtud y su vida pasada, lo que al final de cuentas constituye un juicio de la víctima y no del ofensor.

Se ha abusado de la publicidad en la descripción de los hechos por medio de los medios informativos, lo que resulta de muy mal gusto y complica la existencia de la víctima al hacer del conocimiento público un hecho de por sí doloroso. Debería conservarse el anonimato de la víctima y la vida sexual pasada no debería ser jamás expuesta a la opinión pública.

Con respecto a la aportación de pruebas, se trata de coordinar tanto con el Ministerio Público, como con los Jueces de Instrucción, qué es lo que a ellos les interesa saber, ya dentro de un proceso como de un debate, para presentar como prueba. Se tienen reuniones esporádicas con los representantes, se les exponen las diferentes inquietudes en los diferentes casos y ellos han venido asesorando sobre las determinadas pruebas que es lo que les va a servir a ellos en estos procesos. Se ha dado así por parte de estos, un asesoramiento al personal de investigación, en la recolección de indicios y pruebas.

Es también opinión de la Policía Judicial, que los Fiscales y Jueces, en la mayoría de los casos, no valoran bien la prueba que aporta el investigador o ya sea a través de la Clínica Médico Forense, o mediante un dictamen de Laboratorio de Ciencias Forenses, y que estas personas debieran de participar en cursos y charlas de capacitación sobre los diferentes temas policiales y médico-legales.

# EL EXAMEN CLINICO DE LA VICTIMA DE LA VIOLACION

## 1. QUIEN DEBE INTERVENIR EN EL EXAMEN (1).

La violación es un delito que muy rara vez es presenciado por un observador imparcial. Por lo tanto se debe anticipar que las declaraciones disponibles pueden diferir. La complejidad de la situación se ilustra por el hecho de que todos los hallazgos físicos que resultan de la violación pueden ser encontrados en la actividad sexual permitida (16).

El examen médico de la supuesta víctima de violación es una experiencia única dentro de la práctica médica y el fallo en efectuar un examen médico apropiado en este caso puede resultar en que la Justicia sea tergiversada seriamente. Es esencial que todos los médicos estén al tanto de la complejidad del examen requerido en los delitos de esta naturaleza y desarrollen una rutina para el mismo (15).

Es un imperativo que todos aquellos que entran en contacto con la víctima de delitos de tipo sexual (hombres, mujeres y niños), se den cuenta de la importancia de este primer contacto para el bienestar del paciente, lo mismo que para la recolección de las pruebas esenciales.

En primer término, la responsabilidad incumbe al personal con entrenamiento hospitalario, personal de clínicas, dispensarios y servicios de urgencias, los cuales deben dirigir sus esfuerzos a corregir las molestias de la víctima. Estas molestias pueden ser físicas o mentales, y no se debe tratar de juzgar sobre la veracidad de las mismas. Del mismo modo, la responsabilidad de recoger las pruebas no debe depender de un criterio personal, porque los delitos de tipo sexual constituyen un criterio jurídico y no un diagnóstico médico (1). Es indispensable que el personal médico y paramédico que deba manejar esos casos se familiarice con la atención de las víctimas de delitos de tipo sexual a través de una formación esmerada, la cual puede ser proporcionada a través de cursos de capacitación que incluyan tanto la parte médico-legal como la parte jurídica de los problemas a los que se van a afrentar. Esto asegurará un mejor trato de la víctima, un enfoque más objetivo del problema de parte de los encargados de recibir a la víctima, además de asegurar una mayor cooperación en la recolección de indicios y pruebas necesarias a los investigadores policiales.

En nuestro país, la atención inicial a este tipo de casos se da ya sea en los Servicios de Urgencias de los hospitales, de predominio en el Servicio de Urgencias del Hospital Nacional de Niños, y también se dan en la Sección de Clínica Médico Forense del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial. El atentado de tipo sexual es una urgencia médica. La admisión o la inscripción de la víctima deben hacerse inmediatamente y dentro de la mayor privacidad posible, lo mismo que el examen y el tratamiento que la víctima amerite. Las consecuencias a largo plazo en la vida de la víctima (mujer, hombre o niño) pueden depender en gran medida de la ayuda que se le haya dado en este momento.

Por un criterio puramente de gravedad o no del caso, se considera que las víctimas atendidas en el Hospital Nacional de Niños presentan más lesiones graves que las atendidas en la Sección de Clínica Médico Forense, y esto nos ha llevado a pensar que para poder unificar criterios y manejar mejor al paciente desde el punto de vista médico-legal, el Médico-Legista debe estar incorporado a los Servicios de Urgencias de los Hospitales o por lo menos debería prestar un servicio de disponibilidad a los llamados para examinar los pacientes que presentan síntomas de haber sido agredidos sexualmente.

Considerando el estado emocional de la víctima, deberán hacerse esfuerzos tendientes a que ésta no tenga que estar repitiendo constantemente los detalles sobre su experiencia. Si la víctima suministra datos concernientes a los hechos ocurridos estos deberán ser transmitidos al médico tratante para que los consigne en la Historia Clínica y con este fin la persona que tenga a su cargo a la víctima debe escuchar con atención y tratar de tomar notas.

Como apoyo moral muy importante, debe considerarse que una enfermera u otra persona con una formación profesional apropiada debe ser designada para acompañar a la víctima a todo lo largo de los procedimientos de rutina, la cual debe saber explicar y dar las respuestas apropiadas a todas las preguntas que tenga la víctima sobre el examen a que va a ser sometida.

En cuanto al manejo policial del problema, se ha hecho énfasis en nuestro medio de que las víctimas femeninas y los niños y niñas sean acompañados por un oficial de investigación del sexo femenino, por la mayor receptividad de éstas al

problema y la mayor confianza que pueden despertar en la víctima para colaborar en el esclarecimiento del hecho.

Para tratar de mantener la privacidad del caso, se recomienda que el diagnóstico clínico sea anotado por medio de un código o por medio de iniciales, tal como se acostumbra en nuestro medio con la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica o "EPOC", la Desnutrición Proteico Calórica o "DPC". Esto evitará que se hagan comentarios inapropiados por parte del personal encargado de manejar el caso indirectamente. Considerando que la víctima de una violación o un delito similar será renuente a acudir a citas para ser examinada y menos para ser interrogada repetidamente, es recomendable que ésta no sea referida de un centro a otro aduciendo motivos como "aquí no examinamos a violadas", etc. Esto aparte de resultar denigrante para la víctima, hace que información valiosa se pierda en el ínterin. Si no existiera la posibilidad debido a falta extrema de personal capacitado, lo aconsejable es referirla de inmediato a la Clínica Médico Forense a través de la Delegación más próxima de la Policía Judicial. Ellos se encargarán de facilitar el transporte y agilizarán el trámite para beneficio de la Justicia.

Los niños y personas menores de 18 años requieren un trato especial, y por lo tanto su atención debería ser todavía más privada, debe ser llevado aparte para su examen y allí se hablará tanto con la víctima como con su acompañante o tutor, para decidir si el menor quiere estar acompañado en el momento del examen o prefiere estar solo, lo mismo para decidir qué sería de más provecho: si el menor es interrogado solo por el médico o sería necesaria la cooperación del padre o tutor.

Se recomienda también que el médico que realice este examen a menores, tenga algún tipo de entrenamiento en pediatría o por lo menos una gran afinidad con los pacientes pediátricos, con el fin de ganarse la simpatía del menor y no tener que prescindir del examen debido a una negativa rotunda, llanto y resistencia al mismo.

## 2. EL PROTOCOLO DE EXAMEN.

David M. Paul, (15) esboza de una manera bastante clara el procedimiento de examen de tanto las víctimas como los posibles agresores en casos de violación, y por lo tanto este esquema, con algunas modificaciones lo sugiero para ser seguido en la recolección de evidencia médica en los casos de violación.

Este autor hace énfasis en que los principios generales de este examen están basados en el DETALLE, la SOSPECHA, la IMPARCIALIDAD y la OBSERVACION, y que el examen clínico debe ser dirigido a contestar tres interrogantes fundamentales: 1. ¿Los hallazgos clínicos tienen relación con la historia del incidente que se investiga? 2. ¿Hay evidencia clínica de que el acto o los actos de que se queja la víctima se realizaron? 3. ¿Con qué evidencia física se cuenta para que la ayuda del laboratorio pueda confirmar o negar el supuesto delito?

**a. En primer lugar:**

Debe obtenerse la autorización necesaria antes de realizar el examen, lo mismo que en nuestro medio esta autorización debe ser acompañada por una "Solicitud de Dictamen Médico Legal".

**b. En segundo lugar:**

Debe anotarse la fecha, la hora del examen, el lugar donde se realizó, debe anotarse además la edad de la víctima, su estado civil, su ocupación. Deben anotarse los antecedentes personales patológicos y los hábitos de la misma.

**c. En tercer lugar:**

Debe hacerse un relato pormenorizado de los hechos, que incluya la fecha y la hora en que tuvieron lugar los hechos, lo mismo que el lugar donde se realizó (casa de la víctima, casa de un familiar, potrero o lote vacío, otro), el número de agresores, el parentesco que pudiera existir con el o los agresores, si la víctima presentó resistencia al ataque, si puede describir o no al atacante, si le fue removida la ropa durante el acto y quién lo hizo. Además debe anotarse exactamente qué fue lo que sucedió durante los hechos, si se experimentó algún dolor de parte de la víctima, qué posiciones adoptó durante el acto, si hubo forcejeo o se usó la fuerza, el tipo de lesiones que le produjo la víctima al agresor. En caso de que no tuviera lugar resistencia ni forcejeo, explicar por qué no tuvo lugar éste. Averiguar si la supuesta víctima o el supuesto agresor se cambiaron de ropas posterior a los hechos, lo mismo que si estos se bañaron, se lavaron, micciónaron o defecaron después de que sucedieron los hechos.

**d. En cuarto lugar:**

Deben hacerse observaciones generales mien-

tras se realiza el interrogatorio, tales como determinar su estado de ánimo (si se encuentra perturbada, calmada, llorosa, agresiva, etc.), el tipo y el estado de sus ropas, presencia o ausencia de maquillaje, delineadores, etc. Hay que recordar que una muchacha joven con abundante maquillaje, pestañas postizas y toda clase de joyería, además de vestido corto o provocativo, puede ser muy diferente a la muchacha que posteriormente se va a presentar a un Tribunal sin maquillaje, con trenzas y con un atuendo de muchacha de colegio. Estas anotaciones pueden ser de gran ayuda para el Tribunal.

**e. En quinto lugar:**

Debe examinarse la ropa que se vistió durante los hechos. De ser posible las ropas deben ser removidas en presencia del médico pieza por pieza, mientras que la paciente, o el paciente se encuentra de pie sobre una hoja blanca de papel, de manera que cualquier objeto que se desprenda pueda ser recogido para su examen posterior en el Laboratorio de Ciencias Forenses. Cualquier hallazgo debe ser anotado junto con los hallazgos del examen clínico, describiendo escuetamente la apariencia, la forma y el tamaño de las manchas o sucios que se encuentren, lo mismo que el sitio y cualquier tipo de daño que se le encuentre a las ropas. Una vez efectuada esta inspección las ropas deben ser colocadas en una bolsa plástica, marcada y numerada para su envío al Laboratorio de Ciencias Forenses.

Debe recordarse que algunos artículos de vestir, tales como las medias de nailon o pantimedias pueden fácilmente dañarse, se quitan sin cuidado o usando la fuerza, lo mismo que los botones pueden desprenderse fácilmente de las blusas, abrigos o pantalones en caso de que estos sean removidos por la fuerza.

**f. En sexto lugar:**

Se debe efectuar un Examen Clínico General, y este debe incluir una observación cuidadosa de la piel de todo el cuerpo. Cualquier marca o lesión debe ser anotada, ya sea reciente o antigua. Para esto sugerimos utilizar los esquemas de examen que se utilizan en la Clínica Médico Forense para hombre y mujer. La descripción de cualquier lesión debe incluir el sitio donde se localiza, su tamaño, forma, el color y la presencia de exudado, dando el nombre apropiado a la misma (excoriación, equimosis, herida incisa, etc.). Se debe hacer un examen por sistemas, anotando incluso lo que es normal. Una deformidad esquelética puede reducir la efectividad de la resistencia que pueda oponer la víctima, lo mismo que el estar bajo los efectos de una intoxicación por alcohol o drogas, enfermedades del sistema cardio-respiratorio, etc.

El hecho de tener uñas largas en los dedos de las manos puede dar lugar con más facilidad a aparición de lesiones en el atacante.

El examen general, por lo tanto, debe incluir la piel, los dientes, las uñas, el sistema cardiovascular, el aparato respiratorio, el abdomen, el esqueleto, y el sistema nervioso central.

**g. En séptimo lugar:**

Debe efectuarse el Examen Específico, y en este momento el médico examinador debe considerar cuáles son las muestras que se necesitan del área genital y del ano con el fin de ser enviadas al Laboratorio de Ciencias Forenses para confirmar o refutar el supuesto delito.

El principio de Locard dice que "Todo contacto deja un vestigio", y es la identificación de estos vestigios el mayor aporte que se puede hacer a la comprobación del delito de violación.

La importancia de estos vestigios depende de la destreza con que se obtengan y de la falta de contaminación con que se recolecten y se guarden.

Los restos de lubricante encontrados en el canal anal, en la supuesta víctima de un acto sexual por vía anal, tiene importancia solamente si existe la certeza de que no se trata del lubricante que utilizó el médico para hacer su examen. Restos de semen dentro del canal anal constituyen una prueba indudable de penetración por el pene solamente si existe la certeza de que estos restos de semen no fueron introducidos en el canal al haber pasado primero el aplicador por el esfínter anal, y por lo tanto llevado contaminación por semen de la piel de la región perineal hacia el canal anal. La presencia de semen en una muestra tomada en la porción profunda o media de la vagina, es prueba segura de la penetración por el pene solamente si existe la certeza de que no ha existido contaminación por semen proveniente de la vulva, en los dedos del médico examinador o en el aplicador. Si se recuerdan estos puntos durante el examen de rutina, los peligros de contaminación accidental pueden ser evitados, y es por esto que los frotis se recomiendan que sean efectuados antes de haber tomado el examen físico general: se deben tomar primero frotis de la región anal, periné, vulva e introito vaginal. Luego debe ser colocado un proctoscopio

sin lubricación, con maniobras cuidadosas, de manera que puedan ser tomados frotis del canal anal y del recto a través del lumen del instrumento.

Se debe colocar un espéculo pequeño y sin lubricación en la vagina antes de que se realice cualquier tipo de examen digital, esto con el fin de tomar frotis de secreción vaginal de las porciones alta y media de la vagina. Si se utiliza un proctoscopio pequeño y un espéculo pequeño, la toma de muestras para examen se realiza sin mayores molestias para la paciente, aún en casos de que haya ocurrido daño importante de los genitales. El examen detallado de las áreas especiales debe iniciarse con una inspección externa minuciosa, y cualquier alteración de tipo traumático que se encuentre en la vulva, el periné, introito vaginal y región del esfínter anal externo debe ser cuidadosamente anotada, lo mismo que debe anotarse la presencia de sangre, heces o cualquier exudado.

Todas las escoriaciones, agrietamientos o abrasiones de la piel o de la mucosa deben ser anotadas y la posición de cada lesión, debe ser claramente definida. Se recomienda el uso del método de la "carátula del reloj" para localizar lesiones en los orificios naturales, dando por supuesto la posición en que se encontraba el o la paciente en ese momento. Si se encuentra inflamación o aplanamiento de los pliegues anales, así como hematoma submucoso en esa misma zona deben ser anotados, y si estos no se encuentran también deben ser anotados.

Seguidamente se debe proceder al examen digital de la abertura himenal, buscando factores tales como laxitud de la misma, la profundidad de la vagina (para esto es importante que el médico examinador sepa cuánto mide su mano desde la punta del dedo más largo hasta el pliegue interdigital entre el primero y segundo dedos), además debe buscarse la laxitud del esfínter anal lo mismo que su tono. La posición en que se examina al paciente es algo que debe escoger el médico examinador a su conveniencia, lo importante es que el paciente esté cómodo y que el área que ha de ser examinada esté bien iluminada.

Una vez que se termina con el examen digital (tacto vaginal y rectal), se pueden reintroducir tanto el proctoscopio o el espéculo para efectuar una cuidadosa inspección de las paredes vaginales, cervix, fondo vaginal, mucosa del canal anal y la porción inferior del recto.

**h. En octavo lugar:**

Las muestras que deben ser tomadas en estos casos son, para la mujer: vellos arrancados del pubis, cabellos arrancados, o del resultado del peinado del vello pubiano, también debe obtenerse recortes de uñas, frotis de secreción vaginal, tanto del introito como de la porción media y alta de la vagina, frotis del periné, frotis del canal anal (si el paciente se queja de que el acto sexual se llevó a cabo por el ano), frotis de la mucosa bucal (si se cree que se efectuó una relación orogenital), una hora antes del examen o menos, muestra de saliva, muestra de sangre (para grupo, alcohol y drogas) y una muestra de orina.

En el caso del paciente masculino debe obtenerse muestra de cabello arrancado, vello pubiano arrancado, peinado del vello pubiano, recortes de uñas, frotis de los pliegues anales, lo mismo que frotis del canal anal, y frotis de la porción inferior del recto solo en casos de relación sexual por vía anal. Debe obtenerse además un frotis del meato uretral, otro frotis del surco balanoprepucial y otro del glande. Deben obtenerse muestras de saliva, sangre y orina, lo mismo que un frotis de la mucosa oral en caso de que la víctima se queje de una relación del tipo felatio (orogenital) una hora o menos antes del examen.

Una vez que las muestras han sido tomadas, deben ser rotuladas apropiadamente (nombre, número de cédula, hora y día en que se tomó la muestra) y posteriormente enviadas al Laboratorio de Ciencias Forenses ya sea personalmente o a través del personal del Organismo de Investigación Judicial. El médico debe anotar en su reporte la persona a que le fueron entregadas las muestras. En caso de que no se tomen algunas o todas las muestras, el médico debe anotar el porqué de la omisión, (por ejemplo, un lapso muy grande entre los hechos y la presentación a examen, "virgo intacta", no vellos disponibles, etc.).

## 3. OBSERVACIONES GENERALES.

Deben tomarse en cuenta algunas observaciones que hace Paul en su exposición y que pueden ser de gran ayuda para compaginar los hallazgos con la historia obtenida.

Esta incluye que la ausencia completa de lesión no es compatible con una historia de violencia durante los hechos. También que no necesariamente aparecerán lesiones en casos donde la violación tenga un gran componente de miedo, amenazas, o cuando la víctima se encuentre bajo una intoxica-

ción por drogas y alcohol. No se encontrarán signos de lesión local eh vulva o vagina en casos de violación con violencia en una mujer multípara o en una mujer con una vida sexual activa. La penetración puede ocurrir sin producir una alteración franca en el caso de un himen fácilmente dilatable. La penetración y la relación sexual completa pueden haber tenido lugar a través de un himen elástico. La ausencia de himen no es prueba de pérdida de virginidad.

Los hímenes pueden ser dilatados, rotos o dañados por el uso de tampones y por los dedos, lo mismo que por un pene que se introduce. La vagina se puede alargar con actos sexuales repetidos, y se dice que se necesitan alrededor de 12 actos sexuales en un período de 6 meses aproximadamente para producir alargamiento de la vagina. Este mismo número de actos sexuales podrían producir hasta cierto punto un aplanamiento de los pliegues de la vagina.

La inflamación y tumescencia de la mucosa del introito, el clítoris y los labios menores son signos comunes de estimulación genital, pero esta puede ser causada indistintamente por estimulación digital, masturbación o una relación sexual; estos signos normalmente se desvanecen 1 ó 2 horas después de haberse efectuado la estimulación. Una inflamación excesiva y duradera podría ser el resultado de actos repetidos de estimulación en un período corto de tiempo y no son invariablemente el resultado de actividad sexual sin consentimiento.

Lesiones recientes encontradas en el himen solamente significan algún tipo de penetración. Algunos autores dicen que los desgarros himenales a las 5 y 7 horas de la carátula del reloj indican penetración digital y que los desgarros a las 6 horas de la carátula del reloj favorecen la posibilidad de que esta haya sido una penetración con el pene.

Lo importante es que desgarros recientes y sangrantes no indican por sí solos que existió una relación sexual sin consentimiento.

La primera penetración anal producida por el pene de un adulto casi invariablemente produce alguna lesión, esta puede presentarse como una pequeña excoriación en los pliegues del esfínter anal, hematoma submucoso, ruptura de la piel en el esfínter anal y producción de una pequeña fisura, inflamación de toda la circunferencia del esfínter anal, con borrosidad de los pliegues, y fisuras en la piel, en la membrana mucosa y en el esfínter. En términos generales, entre más joven sea la víctima, más severas van a ser las lesiones que se encuentren.

El orificio anal puede permanecer lapso por unas pocas horas a unos pocos días después del primer acto sexual por vía anal, con salida de heces, o el esfínter puede entrar en espasmo como resultado del trauma y el examen digital puede ser muy dificultoso. La inflamación general del esfínter anal puede resolverse en dos a siete días y los pliegues normales de la piel del esfínter pueden ser vistos nuevamente. El hematoma submucoso dura de ocho a diez días en resolverse, y a menudo deja una porción suelta de piel en el sitio donde se encontraba por cerca de dos a tres semanas. La primera relación sexual por vía anal, muy a menudo produce lesiones de las paredes del canal anal y de la porción inferior del recto, y estas lesiones pueden variar desde una muy ligera expresión de la pared que se puede ver con el proctoscopio, hasta un franco desgarro de las paredes rectales. Actos subsecuentes de relación sexual-anal van a producir menor daño local y doce o más actos dentro de un período de seis meses pueden ser suficientes para producir la laxitud del esfínter anal, a menudo asociado con un tex positivo de tracción lateral de los glúteos, en el cual el ano se observa abierto... ligeramente cuando los glúteos son separados ligeramente.

En el tex normal o "negativo", la separación ligera de los glúteos produce una contracción refleja del esfínter anal. Actos de relación sexual por vía anal frecuentes o regulares sobre un período de tiempo van a producir aumento de la laxitud del esfínter con dilatación gradual del orificio. El extremo de este tipo de condición es lo que se conoce como el ano en forma de "túnel" tan mencionado por algunos autores de libros de textos de patología forense.

Esta condición extrema es muy rara aún en vida pero no es un hallazgo infrecuente en los exámenes pos morten. Normalmente en pacientes vivos, la relación sexual anal produce engrosamiento de la piel del esfínter anal, con disminución progresiva de los pliegues de la piel y la mucosa anal y de la porción inferior del recto se engrosa y se hace más lisa.

Cuando se produce una violación la utilización de la fuerza puede producir daño en el pene, lo mismo que cuando se produce una relación sexual por vía anal con un individuo "virgen anal".

El daño puede estar restringido a una excoriación y desgarros menores de la piel o el frénulo,

excoriación del glande del pene. Estos hallazgos pueden ser más serios y extendidos. En la ausencia de daño de pene en casos de que la víctima es una multípara o está acostumbrada o tiene vida sexual activa no es indicación de que la violación por fuerza no haya ocurrido.

En caso de que se trate de abusos deshonestos, los hallazgos clínicos pueden ser que no estén presentes o puede haber signos de demostración digital con lesiones sufridas por las uñas en la piel de los muslos, la vulva, etc.

## BIBLIOGRAFIA


1. Académie Internationale de Médicine Légale et de Médicine Sociale. *"Protocole d'Hopital pour le Traitement des Victimes d'agressions sexuelles"*, Bull. Med. Leg. Tox. 22:4 451-501.

2. BLAIR, M.L. *"The problem of rape"*, Eng. Police Surg, 1977, 2/Sup. (16-19).

3. BURGESS, A.W., and HOLMSTROM, L.L. *"Rape trauma syndrome"*, Amer. J. Psychiat. 1974. 131/S (981-986).

4. BURGESS, A.W., and HOLMSTROM, L.L. *"Rx for rape: the listening ear Emergency Me."*, 1975. 7/2 (240-263).

5. CIOFALO, F.M.S. Psical. *"Comunicación Personal"*, 1980. Sección Psiquiatría Forense, O.I.J.

6. COLTELL, L.C. *"Rape. The ultimate invasion of privacy"*, Law Enforcement Bull. 1974. 43/5. (2-6).

7. DENALIN, C., Donnay, R.J., RENERTE, J.C. and TIMSIT, M. *"Perverse structure and Sexual Deviations"*, Acta Psychiat Belg. 1973. 73/6. (725-746).

8. FREUD, S. *"Three essays on the theory of sexuality. In standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud"*. Vol. 7, Hogarth Press, London, 1953.

9. GRANADOS, R. *"Comunicación Personal"*, 1980. Jefe Sección de Delitos Varios, Departamento de Investigación Criminal, O.I.J.

10. GROTH, A.N., and BURGESS, A.W. *"Rape: a sexual Deviation"*, Am. J. Orthopsychiatry, 1977. 47/3 (400-406).

11. GROTH, A.N., BURGESS, A.W. and HOLMSTROM, L.L. *"Rape: Power, anger and sexuality"*, Am. J. Psychiatry, 1977. 134/11 (1239-1243).

12. GROTH, A.N. and BURGESS, A.W. *"Sexual disfunction during rape"*, N. Fang. J. Med., 1977. 297/14 (764-766).

13. GUNN, J., *"Sexual Offenders"*, Brit. J. Hosp. Med. 1976. 15/1 (57-56).

14. KINSEY, A.C., POMEROY, W.B., MARTIN C.E. and GEBHARD, P. *"Sexual behavior in the human female"*, W.B. Saunders. Philadelphia, 1953.

15. PAUL, D.M. *"The medical examination in sexual offences"*, Med. Sci. Law. 15:3 154-162.

16. ROOT, I., OGDEN W. and SCOTT, W. *"The medical investigation of alleged rape"*, West. J. Med., 1974. 120/4 (329-333).

17. SOLOMON, Ph., PATEL, V.D., *"Manual de Psiquiatría"*, El manual moderno. 1972. (353-360).

18. SOOTHILL, K.L., JACK, A. and GIBBENS, T.C.N. *"Rape: a 22 yr. Cohort Study"*, Med. Sci. Law. 1976. 16/1 (62-69).

una que reacciona emotivamente con sensación de "shock" emocional, incredulidad, furia y angustia, las cuales se expresan llorando, haciendo pucheros, con risa inapropiada, inquietud y tensión; las otras reaccionan dando una apariencia de control muy firme en sus emociones, con sus sentimientos enmascarados bajo una calma ficticia: a esto se le ha llamado la "reacción silenciosa".

Si el consejero logra determinar la reacción silenciosa de la violación, puede llamar la atención sobre el caso y poner en marcha el mecanismo de tratamiento preventivo de tipo psiquiátrico dentro de la institución que labora, brindando la ayuda y apoyo necesario a la víctima. Los signos y síntomas de este estado se muestran usualmente en la entrevista inicial: signos de angustia que aumentan con el transcurso de la valoración psiquiátrica, largos períodos de silencio, asociaciones bloqueadas, deseos de evitar la relación con hombres, irritabilidad marcada o cambios marcados en el comportamiento sexual, una súbita aparición de fobias y finalmente la evidencia de pérdidas de la autoestima junto con la pérdida de confianza en sí misma, el decir frases culpándose a sí misma, aparición de manifestaciones paranoides y sueños de violencia.

Las manifestaciones descritas anteriormente componen lo que se ha dado en llamar "Síndrome de Trauma Post-Violación", (3) estudiado en 146 pacientes admitidos en un servicio de emergencias con historia de haber sido violadas. Los autores recomiendan terapias específicas para cada una de las reacciones. La asesoría psiquiátrica es efectiva durante la crisis inicial; la terapia de apoyo es necesaria durante la reacción compuesta. Se hace énfasis en que el médico debe de estar alerta ante la posibilidad de una violación en pacientes que presenten la sintomatología descrita para la "reacción silenciosa" y que nunca antes haya mencionado este ataque.

## EL PUNTO DE VISTA POLICIAL (9)

### A. DENUNCIA DEL DELITO.

La Policía Judicial tiene la impresión de que casi nadie se atreve a denunciar un delito sexual: si es una muchacha por vergüenza y por el qué dirán; si es la madre, por el escándalo que va a representar para la hija o al hijo. La víctima puede hacer el relato, pero tiene que ser la madre o el padre quien haga la denuncia del delito, porque así lo estipula el Código Penal. Sin embargo, existe el problema de que los padres son renuentes a venir a declarar o a venir a denunciar, inclusive hasta amenazan al hijo o la hija para que callen lo que les pasó. Muchas veces ha habido necesidad de hablar fuerte con los padres, porque una chiquita escolar ha sido supuestamente violada y ellos no otorgan el permiso para que el médico la examine. Ese es el principal problema con relación a la denuncia del delito.

El otro escollo que se presenta a la denuncia es que esta haya sido hecha por terceros. En este caso el abogado de la defensa pide la anulación del proceso por cuanto fue mal denunciado. Se entiende así que debe ser el padre, la madre o en ausencia de éstos, la persona que tiene a cargo el menor, la que puede denunciar. Si el ofendido no tuviere quién lo represente ni se hallare bajo la tutela de ninguna persona o existiera entre ellos interés contrapuesto, el Ministerio Público procederá de oficio a instaurar la acción, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la denuncia de parte del Patronato Nacional de la Infancia, quien también deberá denunciar el hecho para ir ante los Tribunales.

Cuando la víctima se presenta hay que entrevistarla para determinar si se trata efectivamente de una violación. Si es de una mujer adulta o mayor de 15 años, en infinidad de casos estas personas más bien han sido denunciadas posteriormente ante los Tribunales por simular una violación, y a través de la investigación que se hace se ha determinado que son muchachas que se han ido con su novio para un motel y que se han quedado dormidas, o que las ha dejado el autobús y llegan tarde a su casa. Entonces la muchacha le dice a la madre que fue asaltada por tres individuos, que la metieron a un cafetal y que la violaron. A la hora de hacer la reconstrucción de hechos, ella no sabe señalar el sitio en donde fue que la agredieron. En esos casos, debe plantearse una denuncia por calumnia contra la denunciante de la violación.

En los casos en que sí se ha dado la violación, si se trata de una niña de escasa edad, ésta no sabe desenvolverse ni dar detalles, y es allí donde entra la capacidad del investigador policial para obtener

los datos que crea conveniente. Si se trata de niños desenvueltos de edad escolar, dan una historia bastante clara aunque con pocos detalles.

Si se trata de una niña, se asigna a una oficial que obtenga toda la información posible.

Al niño que no quiere dar la información porque le da vergüenza, se le asigna un investigador del sexo opuesto, pidiéndole que describa todos los detalles del presunto violador. La víctima casi siempre llega en compañía de sus padres. En muchos de estos casos, viene atemorizada porque ha sido castigada por su propia madre o padre, además de que está traumatizada por lo que le pasó.

Cuando los padres se han dado cuenta de que ha sido violada, en lugar de comprender a la menor lo que le hacen es que la castigan.

El menor al ser castigado, no da información, inconscientemente él pone una pared entre lo que le pasó y entre el investigador por cuanto él cree que si el agresor es detenido, más lo van a castigar a él. Hay que sentarse con el menor, hacer de hermano o de padre, para tratar de obtener la información que en un porcentaje muy alto de los casos, la víctima no va a poder apartarla.

Si se trata de una víctima adulta, mayor de quince años, se presenta la situación de que hay que sacarle las palabras "con cuchara". Para una mujer es hasta vergonzoso narrar al Oficial de Investigación, todos los detalles paso a paso que tuvo que realizar claramente obligada.

Es necesario motivar a la víctima para que explique que fue lo que pasó. Una vez que la víctima coge confianza, se vuelve muy explícita.

## B. EL PUNTO DE VISTA DE LA POLICIA SOBRE EL IMPUTADO.

El imputado, cuando entra en las Oficinas de la Policía Judicial, es inocente.

A la hora del interrogatorio ninguno ha hecho nada, no estaba cerca del lugar donde ocurrieron los hechos. Lo que se hace con el imputado es que se le motiva de la misma manera que se motiva al ofendido. Una de las formas que se emplean para motivarlos, es presentarle las pruebas que hayan en contra de él y manifestándole que tal vez lo que él necesita es un médico, se le menciona la familia, hermanas, la madre; ésta es la única forma de que el imputado declare. Lo que él manifieste en su declaración, no sirve de prueba ante un Tribunal, pero sirve de guía a la Policía Judicial para aportar la prueba que se necesita. Por ejemplo: la hora en que ocurrió el hecho, qué personas lo vieron a él cerca del lugar. Todo lo que él pueda narrar es lo que sirve para aportar la prueba. Esta es la fase más dura de la investigación.

Cuando el imputado es llevado donde el Médico Forense para que se le haga el examen, se le dice que este fue positivo, y así se logra que el imputado declare.

## C. LA IMPORTANCIA DE LA CLINICA FORENSE.

Se diría que cuando la víctima llega donde el médico, tal vez llegue con menos presión que cuando llega donde el investigador policial, lo ve distinto.

El médico juega un papel importante como investigador del delito que se cometió. Puede recabar mucha información con la víctima y después aportarle todo ese material al Oficial de Investigación. La relación entre los investigadores y el Departamento de Medicina Legal se diría que es armoniosa, ha habido mucha cooperación, muchas ganas de trabajar de los médicos, y se trabaja muy unidos, lo cual es importante dentro de la fase de la investigación.

## D. RELACION DE LA POLICIA CON EL LABORATORIO DE CIENCIAS FORENSES.

Los resultados se necesitan a corto plazo para poder determinar si en la prenda que antes andaba puesta el hombre, o en un "blumer" de una niña o mujer había semen, heces, etc. Los procedimientos del laboratorio no permiten que los resultados lleguen con suficiente prontitud, llegan en la mayoría de los casos inclusive cuando el caso ya está en proceso o cuando el caso está ya desestimado. La Policía Judicial considera que todos los trámites deben ser acelerados con el fin de aumentar las pruebas a aportar en los casos que ellos investigan.

## E. LA RELACION CON LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

En los Tribunales de Justicia se diría que es donde más frustración sufre la Policía Judicial: un individuo ataca a una niña y la viola, es la palabra de la niña contra la palabra del individuo. Este hecho pasa por todas las etapas de reconocimiento

físico como lo establece la ley y aún así no se puede aportar otra prueba. El Tribunal le da más valor a lo que diga el imputado que a lo que diga el ofendido y a los siete u ocho días el imputado sale en libertad. En estos casos los Tribunales quieren que se aporten más pruebas, pero es que no hay más pruebas, no hay testigos, excepcionalmente se encuentra a alguien quien viera al imputado cerca del sitio del hecho.

En cuanto a que un juez de instrucción o algún fiscal del Ministerio Público les ordene a destiempo que se inicie una investigación, no por negligencia de ellos sino porque hasta ese momento se dieron cuenta de que había sucedido un hecho, no creen tener problemas, pero si tienen problema con el Patronato Nacional de la Infancia: al Patronato Nacional le presentan una denuncia por violación, entonces ellos citan a la ofendida, citan al imputado, en lugar de pasar el caso al Ministerio Público o ante el O.I.J., ellos hacen todo ese trámite y a los quince o veintidós días o un mes mandan el caso a Investigación Judicial cuando ya es muy tarde recabar pruebas sobre el imputado.

Aquí lo que se da es un aparente entrabamiento del mecanismo de la Justicia por procedimientos llevados a cabo extémpora. Debe recordarse que el Organismo es de muy reciente creación en comparación con el P.A.N.I. y por lo tanto las funciones del primero todavía no son bien comprendidas por los funcionarios del segundo.

Con relación al incremento de los delitos sexuales la opinión de la Policía Judicial es que tal vez ha habido un incremento casi del doble de las denuncias con relación al año pasado, de acuerdo con las estadísticas que se llevan.

En un estudio publicado por Coltell, L.C. (6) recalca que aunque la violación es un crimen en el cual el que lo perpetra ha sido visto por la víctima, y el contacto visual con el atacante es en algunos casos o circunstancias de varias horas, esto no resulta en mayor porcentaje de detenciones. Los porcentajes de condenas para este crimen son menores que para el resto de los crímenes. Enfatiza que los requisitos estrictos para encontrar evidencia que corrobore el testimonio de la víctima, ha sido la causa de que numerosos hechos de esta naturaleza quedaran sin castigo; si a esto se une la reticencia de las mujeres a dar detalles, lo mismo que su confusión durante las horas posteriores al hecho; debiera considerarse necesario entrenar investigadores (hombres y mujeres) como interrogadores especializados. Este autor considera que la recolección de evidencia incriminatoria tal como se practica en el lugar del hecho, así sobre la víctima y el presunto agresor es esencial para encausar el hecho. El fiscal, el defensor y aún el tribunal pueden aceptar que se trate de un abuso deshonesto ante una evidencia incompleta, o lo sobresean.

Las mujeres víctimas de una violación o de un intento de violación han encarado una serie de indignidades dentro de su ambiente social y de trabajo posteriormente a la denuncia del hecho (2) tiene que convencer al investigador policial de que su denuncia es sobre un hecho verdadero y ya en el tribunal la víctima se encuentra que ella es acosada, expuesta a que se ponga en duda su virtud y su vida pasada, lo que al final de cuentas constituye un juicio de la víctima y no del ofensor.

Se ha abusado de la publicidad en la descripción de los hechos por medio de los medios informativos, lo que resulta de muy mal gusto y complica la existencia de la víctima al hacer del conocimiento público un hecho de por sí doloroso. Debería conservarse el anonimato de la víctima y la vida sexual pasada no debería ser jamás expuesta a la opinión pública.

Con respecto a la aportación de pruebas, se trata de coordinar tanto con el Ministerio Público, como con los Jueces de Instrucción, qué es lo que a ellos les interesa saber, ya dentro de un proceso como de un debate, para presentar como prueba. Se tienen reuniones esporádicas con los representantes, se les exponen las diferentes inquietudes en los diferentes casos y ellos han venido asesorando sobre las determinadas pruebas que es lo que les va a servir a ellos en estos procesos. Se ha dado así por parte de estos, un asesoramiento al personal de investigación, en la recolección de indicios y pruebas.

Es también opinión de la Policía Judicial, que los Fiscales y Jueces, en la mayoría de los casos, no valoran bien la prueba que aporta el investigador o ya sea a través de la Clínica Médico Forense, o mediante un dictamen de Laboratorio de Ciencias Forenses, y que estas personas debieran de participar en cursos y charlas de capacitación sobre los diferentes temas policiales y médico-legales.

# EL EXAMEN CLINICO DE LA VICTIMA DE LA VIOLACION

## 1. QUIEN DEBE INTERVENIR EN EL EXAMEN (1).

La violación es un delito que muy rara vez es presenciado por un observador imparcial. Por lo tanto se debe anticipar que las declaraciones disponibles pueden diferir. La complejidad de la situación se ilustra por el hecho de que todos los hallazgos físicos que resultan de la violación pueden ser encontrados en la actividad sexual permitida (16).

El examen médico de la supuesta víctima de violación es una experiencia única dentro de la práctica médica y el fallo en efectuar un examen médico apropiado en este caso puede resultar en que la Justicia sea tergiversada seriamente. Es esencial que todos los médicos estén al tanto de la complejidad del examen requerido en los delitos de esta naturaleza y desarrollen una rutina para el mismo (15).

Es un imperativo que todos aquellos que entran en contacto con la víctima de delitos de tipo sexual (hombres, mujeres y niños), se den cuenta de la importancia de este primer contacto para el bienestar del paciente, lo mismo que para la recolección de las pruebas esenciales.

En primer término, la responsabilidad incumbe al personal con entrenamiento hospitalario, personal de clínicas, dispensarios y servicios de urgencias, los cuales deben dirigir sus esfuerzos a corregir las molestias de la víctima. Estas molestias pueden ser físicas o mentales, y no se debe tratar de juzgar sobre la veracidad de las mismas. Del mismo modo, la responsabilidad de recoger las pruebas no debe depender de un criterio personal, porque los delitos de tipo sexual constituyen un criterio jurídico y no un diagnóstico médico (1). Es indispensable que el personal médico y paramédico que deba manejar esos casos se familiarice con la atención de las víctimas de delitos de tipo sexual a través de una formación esmerada, la cual puede ser proporcionada a través de cursos de capacitación que incluyan tanto la parte médico-legal como la parte jurídica de los problemas a los que se van a afrentar. Esto asegurará un mejor trato de la víctima, un enfoque más objetivo del problema de parte de los encargados de recibir a la víctima, además de asegurar una mayor cooperación en la recolección de indicios y pruebas necesarias a los investigadores policiales.

En nuestro país, la atención inicial a este tipo de casos se da ya sea en los Servicios de Urgencias de los hospitales, de predominio en el Servicio de Urgencias del Hospital Nacional de Niños, y también se dan en la Sección de Clínica Médico Forense del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial. El atentado de tipo sexual es una urgencia médica. La admisión o la inscripción de la víctima deben hacerse inmediatamente y dentro de la mayor privacidad posible, lo mismo que el examen y el tratamiento que la víctima amerite. Las consecuencias a largo plazo en la vida de la víctima (mujer, hombre o niño) pueden depender en gran medida de la ayuda que se le haya dado en este momento.

Por un criterio puramente de gravedad o no del caso, se considera que las víctimas atendidas en el Hospital Nacional de Niños presentan más lesiones graves que las atendidas en la Sección de Clínica Médico Forense, y esto nos ha llevado a pensar que para poder unificar criterios y manejar mejor al paciente desde el punto de vista médico-legal, el Médico-Legista debe estar incorporado a los Servicios de Urgencias de los Hospitales o por lo menos debería prestar un servicio de disponibilidad a los llamados para examinar los pacientes que presentan síntomas de haber sido agredidos sexualmente.

Considerando el estado emocional de la víctima, deberán hacerse esfuerzos tendientes a que ésta no tenga que estar repitiendo constantemente los detalles sobre su experiencia. Si la víctima suministra datos concernientes a los hechos ocurridos estos deberán ser transmitidos al médico tratante para que los consigne en la Historia Clínica y con este fin la persona que tenga a su cargo a la víctima debe escuchar con atención y tratar de tomar notas.

Como apoyo moral muy importante, debe considerarse que una enfermera u otra persona con una formación profesional apropiada debe ser designada para acompañar a la víctima a todo lo largo de los procedimientos de rutina, la cual debe saber explicar y dar las respuestas apropiadas a todas las preguntas que tenga la víctima sobre el examen a que va a ser sometida.

En cuanto al manejo policial del problema, se ha hecho énfasis en nuestro medio de que las víctimas femeninas y los niños y niñas sean acompañados por un oficial de investigación del sexo femenino, por la mayor receptividad de éstas al

problema y la mayor confianza que pueden despertar en la víctima para colaborar en el esclarecimiento del hecho.

Para tratar de mantener la privacidad del caso, se recomienda que el diagnóstico clínico sea anotado por medio de un código o por medio de iniciales, tal como se acostumbra en nuestro medio con la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica o "EPOC", la Desnutrición Proteico Calórica o "DPC". Esto evitará que se hagan comentarios inapropiados por parte del personal encargado de manejar el caso indirectamente. Considerando que la víctima de una violación o un delito similar será renuente a acudir a citas para ser examinada y menos para ser interrogada repetidamente, es recomendable que ésta no sea referida de un centro a otro aduciendo motivos como "aquí no examinamos a violadas", etc. Esto aparte de resultar denigrante para la víctima, hace que información valiosa se pierda en el ínterin. Si no existiera la posibilidad debido a falta extrema de personal capacitado, lo aconsejable es referirla de inmediato a la Clínica Médico Forense a través de la Delegación más próxima de la Policía Judicial. Ellos se encargarán de facilitar el transporte y agilizarán el trámite para beneficio de la Justicia.

Los niños y personas menores de 18 años requieren un trato especial, y por lo tanto su atención debería ser todavía más privada, debe ser llevado aparte para su examen y allí se hablará tanto con la víctima como con su acompañante o tutor, para decidir si el menor quiere estar acompañado en el momento del examen o prefiere estar solo, lo mismo para decidir qué sería de más provecho: si el menor es interrogado solo por el médico o sería necesaria la cooperación del padre o tutor.

Se recomienda también que el médico que realice este examen a menores, tenga algún tipo de entrenamiento en pediatría o por lo menos una gran afinidad con los pacientes pediátricos, con el fin de ganarse la simpatía del menor y no tener que prescindir del examen debido a una negativa rotunda, llanto y resistencia al mismo.

## 2. EL PROTOCOLO DE EXAMEN.

David M. Paul, (15) esboza de una manera bastante clara el procedimiento de examen de tanto las víctimas como los posibles agresores en casos de violación, y por lo tanto este esquema, con algunas modificaciones lo sugiero para ser seguido en la recolección de evidencia médica en los casos de violación.

Este autor hace énfasis en que los principios generales de este examen están basados en el DETALLE, la SOSPECHA, la IMPARCIALIDAD y la OBSERVACION, y que el examen clínico debe ser dirigido a contestar tres interrogantes fundamentales: 1. ¿Los hallazgos clínicos tienen relación con la historia del incidente que se investiga? 2. ¿Hay evidencia clínica de que el acto o los actos de que se queja la víctima se realizaron? 3. ¿Con qué evidencia física se cuenta para que la ayuda del laboratorio pueda confirmar o negar el supuesto delito?

**a. En primer lugar:**

Debe obtenerse la autorización necesaria antes de realizar el examen, lo mismo que en nuestro medio esta autorización debe ser acompañada por una "Solicitud de Dictamen Médico Legal".

**b. En segundo lugar:**

Debe anotarse la fecha, la hora del examen, el lugar donde se realizó, debe anotarse además la edad de la víctima, su estado civil, su ocupación. Deben anotarse los antecedentes personales patológicos y los hábitos de la misma.

**c. En tercer lugar:**

Debe hacerse un relato pormenorizado de los hechos, que incluya la fecha y la hora en que tuvieron lugar los hechos, lo mismo que el lugar donde se realizó (casa de la víctima, casa de un familiar, potrero o lote vacío, otro), el número de agresores, el parentesco que pudiera existir con el o los agresores, si la víctima presentó resistencia al ataque, si puede describir o no al atacante, si le fue removida la ropa durante el acto y quién lo hizo. Además debe anotarse exactamente qué fue lo que sucedió durante los hechos, si se experimentó algún dolor de parte de la víctima, qué posiciones adoptó durante el acto, si hubo forcejeo o se usó la fuerza, el tipo de lesiones que le produjo la víctima al agresor. En caso de que no tuviera lugar resistencia ni forcejeo, explicar por qué no tuvo lugar éste. Averiguar si la supuesta víctima o el supuesto agresor se cambiaron de ropas posterior a los hechos, lo mismo que si estos se bañaron, se lavaron, micciónaron o defecaron después de que sucedieron los hechos.

**d. En cuarto lugar:**

Deben hacerse observaciones generales mien-

tras se realiza el interrogatorio, tales como determinar su estado de ánimo (si se encuentra perturbada, calmada, llorosa, agresiva, etc.), el tipo y el estado de sus ropas, presencia o ausencia de maquillaje, delineadores, etc. Hay que recordar que una muchacha joven con abundante maquillaje, pestañas postizas y toda clase de joyería, además de vestido corto o provocativo, puede ser muy diferente a la muchacha que posteriormente se va a presentar a un Tribunal sin maquillaje, con trenzas y con un atuendo de muchacha de colegio. Estas anotaciones pueden ser de gran ayuda para el Tribunal.

**e. En quinto lugar:**

Debe examinarse la ropa que se vistió durante los hechos. De ser posible las ropas deben ser removidas en presencia del médico pieza por pieza, mientras que la paciente, o el paciente se encuentra de pie sobre una hoja blanca de papel, de manera que cualquier objeto que se desprenda pueda ser recogido para su examen posterior en el Laboratorio de Ciencias Forenses. Cualquier hallazgo debe ser anotado junto con los hallazgos del examen clínico, describiendo escuetamente la apariencia, la forma y el tamaño de las manchas o sucios que se encuentren, lo mismo que el sitio y cualquier tipo de daño que se le encuentre a las ropas. Una vez efectuada esta inspección las ropas deben ser colocadas en una bolsa plástica, marcada y numerada para su envío al Laboratorio de Ciencias Forenses.

Debe recordarse que algunos artículos de vestir, tales como las medias de nailon o pantimedias pueden fácilmente dañarse, se quitan sin cuidado o usando la fuerza, lo mismo que los botones pueden desprenderse fácilmente de las blusas, abrigos o pantalones en caso de que estos sean removidos por la fuerza.

**f. En sexto lugar:**

Se debe efectuar un Examen Clínico General, y este debe incluir una observación cuidadosa de la piel de todo el cuerpo. Cualquier marca o lesión debe ser anotada, ya sea reciente o antigua. Para esto sugerimos utilizar los esquemas de examen que se utilizan en la Clínica Médico Forense para hombre y mujer. La descripción de cualquier lesión debe incluir el sitio donde se localiza, su tamaño, forma, el color y la presencia de exudado, dando el nombre apropiado a la misma (excoriación, equimosis, herida incisa, etc.). Se debe hacer un examen por sistemas, anotando incluso lo que es normal. Una deformidad esquelética puede reducir la efectividad de la resistencia que pueda oponer la víctima, lo mismo que el estar bajo los efectos de una intoxicación por alcohol o drogas, enfermedades del sistema cardio-respiratorio, etc.

El hecho de tener uñas largas en los dedos de las manos puede dar lugar con más facilidad a aparición de lesiones en el atacante.

El examen general, por lo tanto, debe incluir la piel, los dientes, las uñas, el sistema cardiovascular, el aparato respiratorio, el abdomen, el esqueleto, y el sistema nervioso central.

**g. En séptimo lugar:**

Debe efectuarse el Examen Específico, y en este momento el médico examinador debe considerar cuáles son las muestras que se necesitan del área genital y del ano con el fin de ser enviadas al Laboratorio de Ciencias Forenses para confirmar o refutar el supuesto delito.

El principio de Locard dice que "Todo contacto deja un vestigio", y es la identificación de estos vestigios el mayor aporte que se puede hacer a la comprobación del delito de violación.

La importancia de estos vestigios depende de la destreza con que se obtengan y de la falta de contaminación con que se recolecten y se guarden.

Los restos de lubricante encontrados en el canal anal, en la supuesta víctima de un acto sexual por vía anal, tiene importancia solamente si existe la certeza de que no se trata del lubricante que utilizó el médico para hacer su examen. Restos de semen dentro del canal anal constituyen una prueba indudable de penetración por el pene solamente si existe la certeza de que estos restos de semen no fueron introducidos en el canal al haber pasado primero el aplicador por el esfínter anal, y por lo tanto llevado contaminación por semen de la piel de la región perineal hacia el canal anal. La presencia de semen en una muestra tomada en la porción profunda o media de la vagina, es prueba segura de la penetración por el pene solamente si existe la certeza de que no ha existido contaminación por semen proveniente de la vulva, en los dedos del médico examinador o en el aplicador. Si se recuerdan estos puntos durante el examen de rutina, los peligros de contaminación accidental pueden ser evitados, y es por esto que los frotis se recomiendan que sean efectuados antes de haber tomado el examen físico general: se deben tomar primero frotis de la región anal, periné, vulva e introito vaginal. Luego debe ser colocado un proctoscopio

sin lubricación, con maniobras cuidadosas, de manera que puedan ser tomados frotis del canal anal y del recto a través del lumen del instrumento.

Se debe colocar un espéculo pequeño y sin lubricación en la vagina antes de que se realice cualquier tipo de examen digital, esto con el fin de tomar frotis de secreción vaginal de las porciones alta y media de la vagina. Si se utiliza un proctoscopio pequeño y un espéculo pequeño, la toma de muestras para examen se realiza sin mayores molestias para la paciente, aún en casos de que haya ocurrido daño importante de los genitales. El examen detallado de las áreas especiales debe iniciarse con una inspección externa minuciosa, y cualquier alteración de tipo traumático que se encuentre en la vulva, el periné, introito vaginal y región del esfínter anal externo debe ser cuidadosamente anotada, lo mismo que debe anotarse la presencia de sangre, heces o cualquier exudado.

Todas las escoriaciones, agrietamientos o abrasiones de la piel o de la mucosa deben ser anotadas y la posición de cada lesión, debe ser claramente definida. Se recomienda el uso del método de la "carátula del reloj" para localizar lesiones en los orificios naturales, dando por supuesto la posición en que se encontraba el o la paciente en ese momento. Si se encuentra inflamación o aplanamiento de los pliegues anales, así como hematoma submucoso en esa misma zona deben ser anotados, y si estos no se encuentran también deben ser anotados.

Seguidamente se debe proceder al examen digital de la abertura himenal, buscando factores tales como laxitud de la misma, la profundidad de la vagina (para esto es importante que el médico examinador sepa cuánto mide su mano desde la punta del dedo más largo hasta el pliegue interdigital entre el primero y segundo dedos), además debe buscarse la laxitud del esfínter anal lo mismo que su tono. La posición en que se examina al paciente es algo que debe escoger el médico examinador a su conveniencia, lo importante es que el paciente esté cómodo y que el área que ha de ser examinada esté bien iluminada.

Una vez que se termina con el examen digital (tacto vaginal y rectal), se pueden reintroducir tanto el proctoscopio o el espéculo para efectuar una cuidadosa inspección de las paredes vaginales, cervix, fondo vaginal, mucosa del canal anal y la porción inferior del recto.

**h. En octavo lugar:**

Las muestras que deben ser tomadas en estos casos son, para la mujer: vellos arrancados del pubis, cabellos arrancados, o del resultado del peinado del vello pubiano, también debe obtenerse recortes de uñas, frotis de secreción vaginal, tanto del introito como de la porción media y alta de la vagina, frotis del periné, frotis del canal anal (si el paciente se queja de que el acto sexual se llevó a cabo por el ano), frotis de la mucosa bucal (si se cree que se efectuó una relación orogenital), una hora antes del examen o menos, muestra de saliva, muestra de sangre (para grupo, alcohol y drogas) y una muestra de orina.

En el caso del paciente masculino debe obtenerse muestra de cabello arrancado, vello pubiano arrancado, peinado del vello pubiano, recortes de uñas, frotis de los pliegues anales, lo mismo que frotis del canal anal, y frotis de la porción inferior del recto solo en casos de relación sexual por vía anal. Debe obtenerse además un frotis del meato uretral, otro frotis del surco balanoprepucial y otro del glande. Deben obtenerse muestras de saliva, sangre y orina, lo mismo que un frotis de la mucosa oral en caso de que la víctima se queje de una relación del tipo felatio (orogenital) una hora o menos antes del examen.

Una vez que las muestras han sido tomadas, deben ser rotuladas apropiadamente (nombre, número de cédula, hora y día en que se tomó la muestra) y posteriormente enviadas al Laboratorio de Ciencias Forenses ya sea personalmente o a través del personal del Organismo de Investigación Judicial. El médico debe anotar en su reporte la persona a que le fueron entregadas las muestras. En caso de que no se tomen algunas o todas las muestras, el médico debe anotar el porqué de la omisión, (por ejemplo, un lapso muy grande entre los hechos y la presentación a examen, "virgo intacta", no vellos disponibles, etc.).

## 3. OBSERVACIONES GENERALES.

Deben tomarse en cuenta algunas observaciones que hace Paul en su exposición y que pueden ser de gran ayuda para compaginar los hallazgos con la historia obtenida.

Esta incluye que la ausencia completa de lesión no es compatible con una historia de violencia durante los hechos. También que no necesariamente aparecerán lesiones en casos donde la violación tenga un gran componente de miedo, amenazas, o cuando la víctima se encuentre bajo una intoxica-

ción por drogas y alcohol. No se encontrarán signos de lesión local eh vulva o vagina en casos de violación con violencia en una mujer multípara o en una mujer con una vida sexual activa. La penetración puede ocurrir sin producir una alteración franca en el caso de un himen fácilmente dilatable. La penetración y la relación sexual completa pueden haber tenido lugar a través de un himen elástico. La ausencia de himen no es prueba de pérdida de virginidad.

Los hímenes pueden ser dilatados, rotos o dañados por el uso de tampones y por los dedos, lo mismo que por un pene que se introduce. La vagina se puede alargar con actos sexuales repetidos, y se dice que se necesitan alrededor de 12 actos sexuales en un período de 6 meses aproximadamente para producir alargamiento de la vagina. Este mismo número de actos sexuales podrían producir hasta cierto punto un aplanamiento de los pliegues de la vagina.

La inflamación y tumescencia de la mucosa del introito, el clítoris y los labios menores son signos comunes de estimulación genital, pero esta puede ser causada indistintamente por estimulación digital, masturbación o una relación sexual; estos signos normalmente se desvanecen 1 ó 2 horas después de haberse efectuado la estimulación. Una inflamación excesiva y duradera podría ser el resultado de actos repetidos de estimulación en un período corto de tiempo y no son invariablemente el resultado de actividad sexual sin consentimiento.

Lesiones recientes encontradas en el himen solamente significan algún tipo de penetración. Algunos autores dicen que los desgarros himenales a las 5 y 7 horas de la carátula del reloj indican penetración digital y que los desgarros a las 6 horas de la carátula del reloj favorecen la posibilidad de que esta haya sido una penetración con el pene.

Lo importante es que desgarros recientes y sangrantes no indican por sí solos que existió una relación sexual sin consentimiento.

La primera penetración anal producida por el pene de un adulto casi invariablemente produce alguna lesión, esta puede presentarse como una pequeña excoriación en los pliegues del esfínter anal, hematoma submucoso, ruptura de la piel en el esfínter anal y producción de una pequeña fisura, inflamación de toda la circunferencia del esfínter anal, con borrosidad de los pliegues, y fisuras en la piel, en la membrana mucosa y en el esfínter. En términos generales, entre más joven sea la víctima, más severas van a ser las lesiones que se encuentren.

El orificio anal puede permanecer lapso por unas pocas horas a unos pocos días después del primer acto sexual por vía anal, con salida de heces, o el esfínter puede entrar en espasmo como resultado del trauma y el examen digital puede ser muy dificultoso. La inflamación general del esfínter anal puede resolverse en dos a siete días y los pliegues normales de la piel del esfínter pueden ser vistos nuevamente. El hematoma submucoso dura de ocho a diez días en resolverse, y a menudo deja una porción suelta de piel en el sitio donde se encontraba por cerca de dos a tres semanas. La primera relación sexual por vía anal, muy a menudo produce lesiones de las paredes del canal anal y de la porción inferior del recto, y estas lesiones pueden variar desde una muy ligera expresión de la pared que se puede ver con el proctoscopio, hasta un franco desgarro de las paredes rectales. Actos subsecuentes de relación sexual-anal van a producir menor daño local y doce o más actos dentro de un período de seis meses pueden ser suficientes para producir la laxitud del esfínter anal, a menudo asociado con un tex positivo de tracción lateral de los glúteos, en el cual el ano se observa abierto... ligeramente cuando los glúteos son separados ligeramente.

En el tex normal o "negativo", la separación ligera de los glúteos produce una contracción refleja del esfínter anal. Actos de relación sexual por vía anal frecuentes o regulares sobre un período de tiempo van a producir aumento de la laxitud del esfínter con dilatación gradual del orificio. El extremo de este tipo de condición es lo que se conoce como el ano en forma de "túnel" tan mencionado por algunos autores de libros de textos de patología forense.

Esta condición extrema es muy rara aún en vida pero no es un hallazgo infrecuente en los exámenes pos morten. Normalmente en pacientes vivos, la relación sexual anal produce engrosamiento de la piel del esfínter anal, con disminución progresiva de los pliegues de la piel y la mucosa anal y de la porción inferior del recto se engrosa y se hace más lisa.

Cuando se produce una violación la utilización de la fuerza puede producir daño en el pene, lo mismo que cuando se produce una relación sexual por vía anal con un individuo "virgen anal".

El daño puede estar restringido a una excoriación y desgarros menores de la piel o el frénulo,

excoriación del glande del pene. Estos hallazgos pueden ser más serios y extendidos. En la ausencia de daño de pene en casos de que la víctima es una multípara o está acostumbrada o tiene vida sexual activa no es indicación de que la violación por fuerza no haya ocurrido.

En caso de que se trate de abusos deshonestos, los hallazgos clínicos pueden ser que no estén presentes o puede haber signos de demostración digital con lesiones sufridas por las uñas en la piel de los muslos, la vulva, etc.

## BIBLIOGRAFIA


1. Académie Internationale de Médicine Légale et de Médicine Sociale. *"Protocole d'Hopital pour le Traitement des Victimes d'agressions sexuelles"*, Bull. Med. Leg. Tox. 22:4 451-501.

2. BLAIR, M.L. *"The problem of rape"*, Eng. Police Surg, 1977, 2/Sup. (16-19).

3. BURGESS, A.W., and HOLMSTROM, L.L. *"Rape trauma syndrome"*, Amer. J. Psychiat. 1974. 131/S (981-986).

4. BURGESS, A.W., and HOLMSTROM, L.L. *"Rx for rape: the listening ear Emergency Me."*, 1975. 7/2 (240-263).

5. CIOFALO, F.M.S. Psical. *"Comunicación Personal"*, 1980. Sección Psiquiatría Forense, O.I.J.

6. COLTELL, L.C. *"Rape. The ultimate invasion of privacy"*, Law Enforcement Bull. 1974. 43/5. (2-6).

7. DENALIN, C., Donnay, R.J., RENERTE, J.C. and TIMSIT, M. *"Perverse structure and Sexual Deviations"*, Acta Psychiat Belg. 1973. 73/6. (725-746).

8. FREUD, S. *"Three essays on the theory of sexuality. In standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud"*. Vol. 7, Hogarth Press, London, 1953.

9. GRANADOS, R. *"Comunicación Personal"*, 1980. Jefe Sección de Delitos Varios, Departamento de Investigación Criminal, O.I.J.

10. GROTH, A.N., and BURGESS, A.W. *"Rape: a sexual Deviation"*, Am. J. Orthopsychiatry, 1977. 47/3 (400-406).

11. GROTH, A.N., BURGESS, A.W. and HOLMSTROM, L.L. *"Rape: Power, anger and sexuality"*, Am. J. Psychiatry, 1977. 134/11 (1239-1243).

12. GROTH, A.N. and BURGESS, A.W. *"Sexual disfunction during rape"*, N. Fang. J. Med., 1977. 297/14 (764-766).

13. GUNN, J., *"Sexual Offenders"*, Brit. J. Hosp. Med. 1976. 15/1 (57-56).

14. KINSEY, A.C., POMEROY, W.B., MARTIN C.E. and GEBHARD, P. *"Sexual behavior in the human female"*, W.B. Saunders. Philadelphia, 1953.

15. PAUL, D.M. *"The medical examination in sexual offences"*, Med. Sci. Law. 15:3 154-162.

16. ROOT, I., OGDEN W. and SCOTT, W. *"The medical investigation of alleged rape"*, West. J. Med., 1974. 120/4 (329-333).

17. SOLOMON, Ph., PATEL, V.D., *"Manual de Psiquiatría"*, El manual moderno. 1972. (353-360).

18. SOOTHILL, K.L., JACK, A. and GIBBENS, T.C.N. *"Rape: a 22 yr. Cohort Study"*, Med. Sci. Law. 1976. 16/1 (62-69).

**Sección III: Reseña legislativa extranjera.**

# LA CATEDRA DE DERECHO DE FAMILIA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES ANTE LA LEY QUE REFORMA EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA*

*Antonio D' Jesús M.*
*Profesor de Derecho de Familia*
*U.L.A., Mérida*

## INTRODUCCION.

La Cátedra de Derecho de Familia de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, se ha sentido con el deber de fijar posición, de conformidad a los Principios Democráticos y Constitucionales vigentes, ante el Proyecto de Ley que reforma al Código Civil, en materia de Familia, hoy en discusión en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional. Pues, un órgano universitario de enseñanza no puede quedar ni ser ajeno a lo que acontece en el mundo social ni en la realidad jurídica, que ve proyectar a través de los diferentes órganos del Estado, a quienes la Ley les dotó de competencia para ello; por eso, ha estado y está atenta y vigilante tanto de las discusiones y criterios que han surgido en el seno de la Comisión de Política Interior, de la Cámara de Diputados, como de las discusiones y comentarios que aparecen en los diversos órganos de comunicación social venezolanos.

Todo es iniciativa de la Cátedra, pues el Congreso Nacional, ni la Comisión de Asuntos Sociales, ni la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados, se han dignado en hacernos llegar los Proyectos presentados sobre reformas al Código Civil en materia de familia.

Recurrir a las diferentes y autorizadas Cátedras Universitarias, es una obligación moral del Organismo Legislador, pues en ellas, con conocimientos de causa, los proyectos de leyes pueden ser analizados con serenidad, conocimientos y autoridad, y sus aportes para el perfeccionamiento de los mismos, pueden tener el mejor asidero jurídico y la mejor proyección social.

Por ello, motorizados por un deber patriótico y en uso de sus legítimos derechos como Cátedra participante en los asuntos trascendentales de la familia venezolana, se dirige y presenta a esa alta Comisión las siguientes observaciones sobre la estructura, funcionamiento y proyección de la familia venezolana de conformidad a los principios constitucionales y a la tradición, que le han servido y le sirven de fundamento.

*De la Revista del Colegio de Abogados del Estado de Mérida, Venezuela, diciembre de 1981.
Documento presentado a la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados por su autor.

## 1.1. LA FAMILIA VENEZOLANA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El artículo 73 de la Carta Fundamental ordena al Estado la protección de la familia como "célula fundamental de la sociedad". La primera parte de dicho artículo utiliza una expresión gramatical en sentido genérico de la voz **"familia"** el constituyente no hizo en esta expresión ninguna clase de calificación; el término **"familia"** entonces, amerita una interpretación por parte del Jurista, para saber dentro del ámbito constitucional, si ese término genérico fue referido a la familia que se había estructurado en el Código Civil de 1942 o estaba referido a una **nueva familia,** diversa a la que tradicionalmente existió en Venezuela hasta 1961 dentro de los principios constitucionales, o si por el contrario, está referido a todas las formas de familia que socialmente viven y existen en nuestro país. En otras palabras, la familia diseñada en la Carta Fundamental de 1961 siguió la misma orientación que la Escuela Clásica de Derecho había concebido en forma vertical, bajo el dominio de una sola autoridad, y estructurada en el sistema lineal gradual, o por el contrario, ¿la familia diseñada constitucionalmente sería en adelante una familia democrática, igualitaria y unitaria? Sobre estos aspectos nos vemos obligados a presentar muy respetuosamente las siguientes consideraciones:

PRIMERA: **"Familia"** en el ámbito constitucional no es una voz aislada, ésta pertenece al contenido del Capítulo IV de la Constitución, referida a los Derechos Sociales; por otro lado, es parte integrante del artículo 73 en su primer aparte. Este artículo técnicamente estructurado se desarrolla en dos partes, refiriéndose la segunda al matrimonio, por lo que, ya en su ubicación, el término "Familia" jerárquicamente no ocupan el mismo sitio del término **"Matrimonio"** sino que, la voz "familia" está por encima del término o voz "Matrimonio". Lo que da a entender que la familia como célula fundamental de la sociedad, puede o no ser matrimonial.

SEGUNDA: El Estado "Protegerá a la familia, **sólo** como célula fundamental de la sociedad" sin ninguna otra clase de condición ni calificación. Es decir, sea o no matrimonial. Sin embargo, existe en este texto del artículo 73 la convicción y la preferencia por la defensa de la familia matrimonial. La redacción del artículo 73 del texto constitucional debe ser leído en otra forma, tomando en cuenta nuestra realidad social, la manera como la familia emerge en nuestra nación y adoptando los conceptos para la vida, no la vida para los conceptos. Leyendo bajo este norte el Texto Constitucional, es posible establecer situaciones que no se conforman totalmente al rígido modelo de la Ley, pero que demuestran como comunidades sociales altos fines que permiten también el desarrollo de la personalidad humana y por lo tanto que deben ser meritorios de tutela aún cuando no gocen de los privilegios de la familia matrimonial.

TERCERA: En la segunda parte del artículo 73, ejusdem, el constituyente establece que "la Ley protegerá al matrimonio. . ." vale decir, que cuando la familia emerge de esa figura jurídica y está en el Derecho, el Estado está obligado a tutelar la defensa del matrimonio y por ende a la familia legítima. En ninguna parte de la Constitución se expresan términos de defensa del concubinato o de otro régimen de convivencia como lo hace con el matrimonio, por lo que las formas de convivencia familiar no matrimoniales, serán dignas de tutela por parte del Estado en los términos establecidos en el artículo 72 de la misma Constitución, en la medida en que estas comunidades tengan por objeto "el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social". En ellas, el Estado deberá velar por la defensa de la fuerza de trabajo, del patrimonio común y de las garantías de los hijos al disfrute de los derechos incorporados al artículo 75 de la misma Carta Fundamental.

La Ley se expresa en términos futuros, es decir, que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, debería dictarse en Venezuela una nueva Ley matrimonial que desarrollara los nuevos postulados de igualdad, democraticidad y unidad, en los cuales se inspiró el constituyente, que tuviera por espíritu el "Favor Matrimonio", procurando, al mismo tiempo en esa misma Ley o en otras, si fuere el caso, "la organización del patrimonio familiar inembargable y de proveer lo conducente a facilitar **a cada familia** la adquisición de vivienda cómoda e higiénica".

CUARTA: En esta parte del Texto Constitucional se dictaron los principios fundamentales que debería caracterizar a la familia matrimonial dentro de una concepción nueva, pero estos mismos postulados no pueden extenderse en toda su plenitud a la familia no matrimonial, pues si esto fuera así, el

Legislador correría el peligro de producir igualdades que el constituyente omitió, pues la igualdad familiar nunca fue intención de los proyectistas en la Constitución Nacional.

QUINTA: El artículo 75, en su segunda parte del mismo Texto Constitucional se refiere a la "Filiación Adoptiva" la cual será amparada así mismo por la Ley. El amparo de la "Filiación Adoptiva" tampoco fue ordenado por el constituyente en la misma forma que para la familia matrimonial. Reconocemos sí, que es la primera vez que en el Texto Constitucional se incorpora a la Adopción como filiación, vale decir, como familia; con ello se obligó al Legislador a sacarla del campo contractual donde había permanecido durante mucho tiempo y así había sido consagrada en el Código Civil de 1942.

Hoy la "Filiación Adoptiva" es también **familia, y, Familia Legítima,** como lo es la familia matrimonial, pues tanto el matrimonio como la adopción surgen a la vida jurídica por actos jurídicos preexistentes en nuestro Derecho Positivo (Matrimonio y Decreto de Adopción), no obstante tener diversos orígenes, diversas estructuras y diversos fines, el Legislador tuvo que desarrollar en dos estatutos legales, los derechos incorporados a estas dos clases de familias legítimas. En el Estatuto de la Ley sobre Adopción, a los hijos adoptivos se les permitió gozar de los mismos derechos de los hijos legítimos o de los naturales debidamente reconocidos.

Otro estatuto legal debería dictar el Legislador para proteger los derechos que puedan surgir como dignos de tutela en las uniones no matrimoniales, conforme a los postulados de los artículos 72, 74 y 75 de la Constitución Nacional.

SEXTA: La Constitución Nacional reconoce **la Familia,** como un ente prejurídico, pero como hecho social que debe ser respetado y protegido, pues este hecho social, en alguna forma repercute en el Derecho elevándose a la categoría de "Célula Fundamental de la Sociedad", de otra forma, el Estado entraría en una evidente contradicción, pues por un lado tiene la obligación de proteger a la familia en la medida en que ella es la Célula Fundamental de la Sociedad, pero por otra parte, el Estado le niega el instrumento jurídico que estructure, organice y defina la familia no matrimonial.

SEPTIMA: Cabe pues concluir que el término "Familia", al cual se refirió nuestro Texto Constitucional, NO ES SOLAMENTE A LA FAMILIA LEGITIMA EN LOS TERMINOS CONSAGRADOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1942, SINO QUE ADMITE LA EXISTENCIA DE LA FAMILIA LEGITIMA ADOPTIVA Y SEÑALA ALGUNOS POSTULADOS A DESARROLLAR EN DEFENSA DE LA FAMILIA NO MATRIMONIAL.

OCTAVA: El mismo Legislador venezolano, después de haber entrado en vigencia el Texto Constitucional, ha dictado una serie de Leyes en donde el término "Familia" no tiene un sentido unívoco ni se ha referido a la familia en términos de Familia Legítima **(Ley Tutelar del Menor, Ley sobre Adopción, Ley del Seguro Social, Ley de Educación, Ley de Reforma Agraria,** etc.), textos legales en los que permite de un modo o de otro, el goce de derechos familiares a los diversos miembros de las diferentes clases de familia, con la sola presencia del reconocimiento de la filiación en algunos casos, y sin ese reconocimiento, cuando se trata de concubinos, en otros.

La Legislación Laboral especialmente referida a los contratos colectivos es prolífera en esto. Vale decir, que el Estado ha reconocido y admitido como **un hecho con valor en el derecho,** el vínculo biológico que intercorre entre los miembros de la familia, aun cuando ella no sea legítima. Pero este hecho social necesita de una estructuración que permita al Estado y al Derecho probar su respectiva existencia. Sobre este particular, la Cátedra de Derecho de Familia, ha indicado como obvio, la existencia de un Certificado de Convivencia o la Cédula de Estado de Concubinos, u otra constancia o certificación que pueda expedir el Estado y que dé certeza a tal realidad. Con ello, se destruiría definitivamente la odiosa presunción de Comunidad Concubinaria que el Legislador señaló en el artículo 767 del Código Civil, hoy ya inconstitucional, por haber el Legislador de 1942 subordinado el fruto del trabajo fecundo a la condición de no existir adulterio, pues para aquel entonces toda la orientación de la familia se centraba más en la defensa del matrimonio aun cuando fuera fallido, que en la defensa de la familia formada con tezón y con el trabajo. En otras palabras, el Legislador de 1942 puso toda su atención en la defensa de un aspecto formal del matrimonio que en la defensa del aspecto sustancial de la familia.

NOVENA: En ninguna parte del diseño constitucional el Estado exige ni busca que en el país se llegue a largo plazo al "Optimum Absoluto de la

Familia Matrimonial o Legítima", como tampoco busca acabar con la familia no matrimonial con discursos o recomendaciones, todo lo contrario, tanto la familia legítima, matrimonial o adoptiva, así como también la familia no matrimonial necesitan de un espacio en nuestro ordenamiento jurídico en el cual se puedan desarrollar y garantizar a cada ciudadano, el pleno desarrollo de la personalidad humana, y al mismo tiempo, se les asegure la dignidad que ellas deben tener en el contexto de nuestro Derecho positivo. Si tomamos este nuevo punto de apoyo, leyendo los principios constitucionales y con ellos, el resto de nuestro ordenamiento, llegaremos convencidos a garantizar a la familia su unidad cohesiva que nuestro constituyente en alguna medida ordenó.

## 1.2. LOS ASPECTOS IGUALITARIOS, DEMOCRATICOS Y UNITARIOS QUE SE DEBEN DESARROLLAR EN LA LEY QUE REFORMA EL DERECHO DE FAMILIA.

Comprendemos que ambos cónyuges, como creadores de la figura jurídica del matrimonio deben tener en él, desde el inicio del acto hasta su disolución, iguales derechos y deberes no solamente formales sino también sustanciales.

Desarrollar este objetivo en la Ley matrimonial, es complejo y difícil si se tienen en cuenta una serie de circunstancias que afectan el campo biológico, psicológico, social y jurídico de ambos cónyuges. Igualmente es complejo y difícil el desarrollo igualitario de los derechos de los cónyuges por tener un ordenamiento jurídico bastante heterogéneo en el cual nos encontramos con graves contradicciones y con aspectos jurídicos difíciles de superar, pero convencidos de que en un momento histórico no es posible tener una visión completa de la dimensión de estos aspectos, hemos creído prudente ofrecer a esta alta Comisión estas ideas en tres aspectos fundamentales sobre cómo incorporar en el Proyecto los derechos sustanciales igualitarios de los cónyuges. En ello hemos tenido una sola idea, LA ORGANICIDAD DE LA FAMILIA, SU COHESION Y SU UNIDAD.

### PRIMERA: PATRIA POTESTAD:

Sobre este aspecto conviene reconocer que la denominación PATRIA POTESTAD dentro de la órbita de los derechos igualitarios de los cónyuges en el matrimonio, no tiene razón de ser, pues esta institución está referida al poder del padre como autoridad suprema de la familia, no existiendo este presupuesto, su denominación no tiene sostén y en consecuencia deberá ser sustituida por "LA POTESTAD DE LOS PADRES", en ella se ve pues la presencia de los derechos de los padres en el gobierno de sus hijos. Como antecedente próximo mencionaremos la Ley sobre el Matrimonio que en 1975 reformó el Código Civil italiano. De esta manera se garantiza a los padres la cotitularidad en los deberes y derechos frente a sus hijos menores de edad y no emancipados.

La potestad, en la filiación legítima, será ejercida de mutuo acuerdo, tomando en cuenta los derechos e intereses de los hijos. En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá dirigirse verbalmente y sin ninguna clase de formalidad al Juez de Familia si lo hubiere, o al Juez Civil de la localidad en donde vivan los hijos, quien tomará sumariamente la decisión más conveniente, oyendo si fuere el caso al hijo cuando éste fuera mayor de 14 años. El Juez dictará la decisión dentro de cinco audiencias, dejando constancia de la misma. Sin embargo, si se trata de casos urgentes o importantes para el beneficio del hijo, el padre tomará las medidas inmediatas, si el hijo viviese con ambos padres y en caso contrario, la decisión urgente la hará cualquiera de los padres con quien viva el hijo. El otro cónyuge podrá dirigirse sin formalidad al Juez Civil de la localidad para pedir revisión de la decisión dictada en el caso concreto, dentro de dos días hábiles siguientes.

En casos de no presencia, incapacidad o cualquiera otro impedimento que haga imposible a uno de los padres el ejercicio de la potestad, ésta será ejercida de modo exclusivo por el otro. El ejercicio común de la potestad termina en los casos de separación de cuerpos, de divorcio o de nulidad de matrimonio.

En cuanto a la filiación natural, la potestad será ejercida de mutuo acuerdo por los padres, si vivieren juntos. En los casos en que no vivan juntos, la potestad la ejercerá el padre que viva con el hijo y si el hijo no vive con ninguno de sus padres, la potestad la ejercerá el primero que haya hecho el reconocimiento. El Juez de Familia, tomando en cuenta el interés del hijo, podrá disponer en forma distinta a la señalada; excluir del ejercicio de la potestad a los padres e iniciar la apertura de la tutela. En los casos de filiación natural el padre

que no ejerza la potestad tiene derecho a vigilar la educación, la instrucción y las condiciones de vida de sus hijos menores. Los hijos no pueden abandonar las casas de sus padres o del padre que ejerza la potestad sin consentimiento de los mismos o del mismo, en caso de hacerlo el padre puede dirigirse al Juez Civil de la localidad denunciando el hecho sin ninguna clase de formalidad, para que se tomen las medidas más aconsejables. Su decisión es inapelable.

## SEGUNDA: ADMINISTRACION DE LOS BIENES:

Es conveniente dejar en vigencia el Régimen de la Separación de Bienes. El Régimen de la comunidad de bienes será reformado como más adelante se indica y se propone crear la figura del Patrimonio Familiar Inembargable, este último ordenado por el constituyente en la segunda parte del artículo 73 de la Constitución Nacional.

En el régimen de la comunidad, los bienes comunes serán administrados de mutuo acuerdo, si los cónyuges viven juntos, lo cual debe ser establecido como presunción iuris tantum; en caso contrario, el cónyuge debe proveerse de una constancia de NO CONVIVENCIA, expedida bajo juramento y en forma auténtica con dos testigos mayores de 30 años, vecinos y hábiles. Para disponer de los bienes inmuebles, bienes para los cuales la Ley exige la formalidad de registro, la autenticación o el reconocimiento, se requiere el consentimiento de los cónyuges, si viven juntos.

En los casos de no presencia, mala administración de uno de los cónyuges, o incapacidad o minoridad, debidamente probados, no se requiere el consentimiento del otro cónyuge.

La Ley establecerá en forma taxativa, la enumeración de los bienes, que por su importancia o finalidad, pueden ser administrados por el marido o la mujer, en forma individual. Igualmente nada obstará para que en los documentos de adquisición, ambos cónyuges, tengan formas distintas de administrar el bien adquirido.

Estas reglas no se aplicarán a los actos de simple administración, en los cuales rige el principio de la representación tácita o tolerancia como regla general.

## TERCERA: EL PATRIMONIO FAMILIAR:

Se piensa que ésta es la oportunidad para la incorporación de esta figura jurídica en nuestro ordenamiento civil, de conformidad a lo pautado por el constituyente, a fin de garantizar la estabilidad de la familia.

El patrimonio familiar podrá o no, ser constituido de mutuo acuerdo por los cónyuges, por uno de ellos o por un tercero, sobre bienes inmuebles o acciones nominativas de Compañías Anónimas, el usufructo de los mismos está destinado a soportar las cargas de la familia y de los hijos, mientras éstos sean menores de edad y no emancipados. La Ley establecerá los requisitos para su existencia, validez, y extinción, y se garantizará la defensa de los derechos de terceros.

El valor de los bienes constituidos en patrimonio familiar podrá ser hasta de quinientos mil bolívares (500.000 Bs).

## PALABRAS FINALES:

Esperamos que en alguna medida hayamos podido contribuir a brindar ideas para un posible logro de perfeccionamiento de las normas que reformarán el Derecho de Familia.

Finalmente, con éste, solo hemos querido dejar constancia de nuestra preocupación esperando que los proyectos presentados en esta materia, de ser positivos, como creemos, puedan ponerse en práctica con la urgencia que requieren que no se queden en meros deseos para el logro de grandes fines, sino que desde hoy, este Proyecto se convierta en una justa realidad social tan ansiada por la familia venezolana, y deseamos que en alguna medida hayamos cumplido con un deber patriótico.

# BIBLIOGRAFIA

CARDIA. *"Il Diritto di Famiglia in Italia"*, Roma, 1975, p. 18.
CERRONI. *"Il rapporto uomo - donna nella civilta borghese"*, Roma, 1975, p. 16.
Código Civil venezolano vigente.
Código Civil italiano vigente.
Constitución Nacional.
Constituciones de Portugal, Perú, Panamá, Italia, Alemania Occidental, Cuba, Brasil y Francia.
IHERING, F. citado en CERRONE *"Marx e il diritto moderno"*, Roma, 1962, p. 55.
MAUSS. *"Manual de etnología"*, Milán, Italia, 1969, p. 154.
PERLINGIERI. *"La personalidad humana en el ordenamiento jurídico"*. Nápoles, 1972, p.p. 12 y sgts.
Ley sobre Adopción Venezolana. 1976.
Ley Tutelar del Menor.
Ley de Reforma Agraria.
Ley del Seguro Social.
Ley de Educación.
Ley del Trabajo.

Alumnos colaboradores:

PEREZ MARTI, Lucina Mercedes.
BORGES SANCHEZ, Carmen Elena.
GARCIA GONZALEZ, Carmen Zoraya.
CONTRERAS SUAREZ, Arturo.
JAUREGUI MUJICA, Alberto J.

* * *

Sección IV.

# RESEÑA BIBLIOGRAFICA

CASTAN VAZQUEZ, José María.
**La unificación supranacional del Derecho de Familia.**
Sección de Estudios Jurídicos y Sociales.
Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1983.

El conocido jurista profesor José María Castán Vazquez ha preparado para la reunión de expertos sobre adopción de menores, organizada por el Instituto Interamericano del Niño (O.E.A. de 1983, Quito) un valioso estudio sobre "La unificación supranacional del Derecho de Familia".

Dicha reunión ha sido convocada por el citado Instituto con la participación técnica de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos. Entre sus motivos está el aumento creciente de la práctica de la adopción internacional que se observa en los últimos años.

El profesor Castán plantea los problemas que presenta la unificación jurídica en general, a pesar de la tendencia hacia la unidad mundial. En lo jurídico la unificación se ha definido como el resultado de un esfuerzo conjunto de los Estados en busca de una uniformidad de reglamentación de materias determinadas, al impulso de necesidades prácticas y con vistas a facilitar el desarrollo de las relaciones internacionales.

El Derecho de Familia, en particular, presenta problemas específicos, mayores que los que se dan en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Las diversas instituciones del Derecho de Familia (matrimonio, divorcio, adopción, patria potestad, filiación, etc.) responden en cada país a filosofías particulares. Sin embargo, como lo observa el autor, tales dificultades no son imposibilidades.

Antes bien, resultan observables muestras de aproximación e interpenetración entre las legislaciones nacionales en el ámbito del Derecho de Familia.

Los diversos ordenamientos jurídico-familiares muestran tendencias a la homogeneidad. La reforma del Derecho de Familia, en Europa Occidental (en particular Francia, Italia y España) revela direcciones convergentes y numerosas coincidencias concretas. En muchos casos esta armonización ha sido estimulada por organismos internacionales (como el Consejo de Europa) y los resultados han sido algunas convenciones como la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños, firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, la Resolución 29/1972 sobre la Reducción de la Edad para la capacidad de actuar y la Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, firmada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975.

También en Europa Oriental observa el autor una tendencia hacia la unidad y los diversos ordenamientos tienen muchos rasgos comunes, influenciados por la legislación de la Unión Soviética y los Códigos de Familia de las Repúblicas Federales de la Unión. Aquí se ha elaborado algunos principios, entre ellos: el principio de la laicización del matrimonio, el principio de monogamia, el principio de la estabilidad de la familia, el principio de igualdad

de derechos de la mujer y el hombre, el principio de la protección del hijo extramatrimonial, el principio de la protección de los menores y el principio de la protección de las personas incapaces de trabajar.

En Iberoamérica, el profesor Castán Vazquez hace notar la existencia de rasgos comunes (culturales, idioma, tradición romana, concepción cristiana técnica jurídica europea) que revelan la existencia de un fondo común, por lo que Iberoamérica está especialmente capacitada para la unificación legislativa de extensas áreas de su Derecho Privado. Destaca particularmente el papel del Instituto Interamericano del Niño y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas.

En sus conclusiones sostiene que "el Derecho de Familia ofrece obstáculos específicos para la unificación legislativa, sin embargo ya se han dado algunos pasos. Junto a la posibilidad de unificación estimulada por organismos internacionales hace ver una realidad de aproximación e interpretación espontánea entre los ordenamientos de países geofráfica o ideológicamente próximos y aún de todos los países del mundo".

El trabajo reseñado del profesor Castán Vazquez ofrece importante información sobre la materia y representa una actitud optimista y positiva, pero a la vez realista de la institución de la adopción.

*Dr. Víctor Pérez Vargas.*

* * *