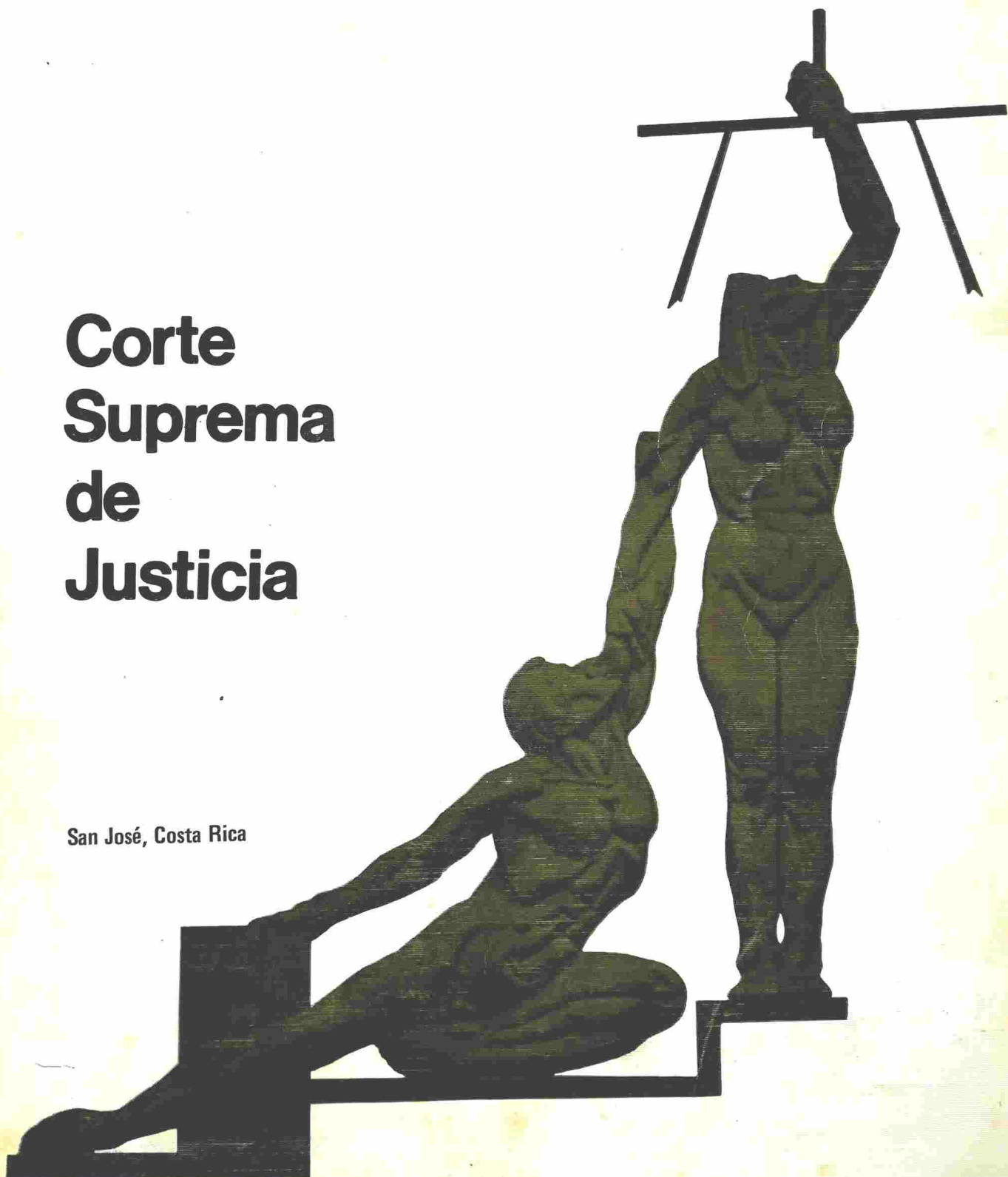


REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



Marzo, 1981

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año V - No. 19 - Marzo, 1981

Publicación trimestral

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



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

EL ACTO DE DISPOSICION Y LA TRANSMISION DE LOS DERECHOS*

Prof. Salvatore Pugliatti.

Trad. Dr. Víctor Pérez Vargas.

1. El orden jurídico toma de los hechos del hombre, considerado como unidad del agregado social, o de las relaciones entre los hombres, **la materia** de que se nutre, y a esta materia reduce en **la forma jurídica**.

Todo **hecho jurídico** se encuentra plasmado sobre un hecho humano; es más, el hecho jurídico nace de un proceso de síntesis, en el cual **la materia** (contenido) constituida por un hecho o por una relación humana, es atraída por **la forma jurídica**, dentro de la cual se consume sin residuo alguno, fundiéndose con ella en una adhesión plena y perfecta, para dar vida a una entidad (jurídica) que tiene individualidad y vida autónomas y está gobernada por leyes propias.

Análogamente un **poder jurídico** cualquiera presupone una **sujeción material**; de esta sujeción, revestida de **forma jurídica**, nace el derecho subjetivo, que importa preliminarmente la **legítima atribución** a un sujeto, con la consecuente garantía de protección hacia todos los demás consociados, y, al mismo tiempo la **facultad de disposición** del derecho a favor de otros, esto es de poder hacer que otros se sustituyan al titular originario en el goce y en el ejercicio del derecho.

Conviene revelar que el poder jurídico de disposición conexo al derecho subjetivo tiene carácter del todo formal. Al sujeto no es atribuida la cosa, que ya se encuentra bajo su material sujeción, sino un derecho sobre la cosa: el poder de disposición, pues, no cae inmediatamente sobre el objeto, sino sobre el derecho y sólo de reflejo sobre el objeto, por el hecho de que, normalmente, éste sigue la suerte del derecho al cual está ligado.

Objetos inmediatos de poder jurídico no pueden ser sino entidades sobre las cuales el derecho objetivo mantenga su dominio pleno y absoluto, y estas entidades no pueden ser cosas materiales o relaciones humanas en cuanto tales, que están sobre otro plano, y están por ello fuera de la portada del derecho (objetivo).

El orden jurídico debe ser siempre árbitro dentro de su propia esfera de acción; de este modo todo derecho subjetivo, todo poder jurídico particular, todo beneficio que nace del derecho, debe considerarse atribuido a un sujeto bajo determinadas condiciones; de modo que, concurriendo circunstancias particulares, o motivos de interés general, puede la concesión ser revocada, y el derecho, el poder, el beneficio ser atribuido a otro sujeto.

* Traducción de "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", de Salvatore Pugliatti. Obra publicada en: "Annali dell'Istituto di scienze giuridiche della R. Università di Messina, I, 1927, págs. 165 y ss.", y en: *Diritto Civile. Metodo Teoria Pratica*. Giuffrè-Ed. Milano, 1951, ps. 3 y ss.

2. El conjunto de derechos (subjettivos) relativos a un determinado sujeto constituye la **esfera jurídica** sobre la cual él ejerce su dominio. La relación genérica de dominio del sujeto sobre esta esfera jurídica, considerada en su totalidad, se resuelve, en definitiva, en una serie de particulares relaciones individuales respecto a cada una de las cosas, materiales o inmateriales, que pueden individualmente considerarse como objeto jurídico-patrimonial en el más amplio sentido, de modo que el fenómeno en acto se presenta, no ya como actuación de una genérica **facultad de disposición** relativa a todo el patrimonio jurídico, considerado como unidad sino, más bien, como actuación en un momento determinado, de una **facultad o poder específico**, relativo a un determinado objeto patrimonial. En otros términos, la típica manifestación normal del dominio que tiene un sujeto sobre la propia esfera jurídica, está constituida por el **acto de disposición** relativo a un particular derecho subjettivo, esto es, por la actuación del poder o de la facultad inherente al sujeto en relación con aquel derecho.

La determinación de la naturaleza jurídica y de los caracteres del acto de disposición, como presupuesto del transferimiento de los derechos es, precisamente, el objeto de este trabajo.

3. Todo acto de disposición resulta constituido por dos elementos: una **facultad o poder de disposición** y una concreta **manifestación de voluntad** la cual pone en movimiento este poder dispositivo.

1. La **facultad de disposición** sería, en su expresión sintética, el poder legítimo que tiene el titular de un derecho de transferir a otros el mismo derecho. Pero, en rigor, de esta facultad no se tiene un verdadero y propio concepto: ella, en efecto, no existe como entidad jurídica y como unidad lógica, sino que es el resultado de la yuxtaposición de dos elementos heterogéneos, de los cuales uno se refiere al sujeto (elemento subjettivo) y es emanación de la personalidad y de la libertad jurídica de éste, mientras que el otro se refiere al derecho subjettivo (elemento objetivo) por el contenido del cual es enteramente absorbido.

Así las cosas, es evidente la necesidad de analizar separadamente los dos elementos de que resulta constituida la noción compleja de la llamada facultad de disposición, advirtiendo sin embargo que si esta noción convencional puede ser útil, y la expresión conque es indicada puede por comodidad mantenerse, debemos evitar considerarla como una entidad jurídica "*per se stante*" dándole valor

de verdadero y propio concepto y confundiendo así lo convencional, o sea lo arbitrario, con la necesidad.

A) El **elemento subjettivo** (facultad activa de disposición, poder dispositivo), no es otra cosa que la **capacidad de actuar** del sujeto en sus concretas manifestaciones.

Para poder disponer de un derecho no basta ser titular del mismo, sino que es necesario poseer la capacidad de actuar respecto al mismo, esto es, la capacidad de ejercitar aquel derecho.

El orden jurídico, en consideración a algunas circunstancias de las cuales se puede normalmente deducir la falta total o parcial o discernimiento o de sentido de responsabilidad en el sujeto, pone ciertos límites al ejercicio de los derechos; de tal modo, mientras que desde un punto de vista extra-jurídico, la titularidad implicaría por sí sola el poder de disponer de un derecho, para el orden jurídico es además necesaria la capacidad de actuar, la cual es considerada como presupuesto esencial de toda disposición válida.

La capacidad de actuar se presenta, en primer lugar, como una facultad genérica en estado potencial, que adquiere una fisonomía concreta en el acto en que se manifiesta, como necesario presupuesto del ejercicio de un determinado derecho subjettivo. Si se quiere desprejuiciadamente profundizar la investigación, se ve que en el fondo ella no constituye un verdadero y propio poder genérico del sujeto, ni una suma de poderes específicos relativos a los diversos derechos que constituyen el patrimonio jurídico del sujeto, sino que se reduce a una simple fórmula verbal que expresa en términos generales, la necesidad de que en todo caso concreto el sujeto sea capaz de ejercitar el derecho de que se trata. Y, como, prescindiendo de toda determinación cuantitativa, la capacidad representa el estado de normalidad, que desaparece con el surgir de algunos hechos impositivos, los cuales por sus caracteres comunes, pueden asumirse en la categoría general de la incapacidad, la expresión en examen sirve para designar la necesidad de que no existan hechos impositivos de esa especie.

B) El **elemento objetivo** (capacidad pasiva de disposición, aptitud dispositiva) se liga estrechamente al **derecho subjettivo**, siendo, más bien, una cualidad intrínseca del mismo, la fuerza de cohesión de sus partes, el núcleo de su contenido, su impulso vital interior. Sin esta aptitud el derecho subjettivo no se puede concebir, pues pierde toda vitalidad y se convierte en materia inerte, incapaz hasta de recibir el empuje de energías externas. Solamente

mediante abstracción se puede considerar este elemento como algo distinto respecto al derecho subjetivo y separado del mismo.

Resumiendo, pues, la llamada facultad de disposición resulta de la yuxtaposición de dos elementos, uno subjetivo, esto es, la facultad activa de disposición o poder dispositivo, que queda absorbido por la capacidad de actuar con la cual se identifica, el otro elemento es objetivo, esto es, la capacidad pasiva de disposición o aptitud dispositiva, que es absorbida por el contenido del derecho subjetivo. Estos dos elementos constituyen, uno el reflejo personal o **subjetivo** y el otro el reflejo **objetivo** del principio de legitimación que emana de la forma jurídica, en relación con el derecho subjetivo.

II. Los dos elementos que constituyen la facultad de disposición son como dos energías potenciales en estado de reposo hasta que interviene la manifestación de voluntad del sujeto que les da movimiento.

Ahora bien, en esta **manifestación de voluntad**, es necesario distinguir un elemento **material**, que es la voluntad del contenido, y un elemento **formal** que es el acto o momento de decisión.

La voluntad del contenido constituye la materia de la manifestación volitiva y determina su extensión y su portada.

El acto de decisión es el principio genético de la manifestación de voluntad, y es el vehículo del principio de legitimación que emana de la forma jurídica con respecto al acto de disposición. El acto de decisión puede considerarse, en su momento inicial, como el primer impulso interno que mueve la voluntad en un determinado sentido, orientándola hacia un cierto fin. Luego, en su momento final, es el signo visible, el índice del cual puede deducirse que el proceso psíquico de formación y **extrinsecación** de la voluntad está ya completo. Desde aquel momento, la voluntad del sujeto, reducida a una manifestación concreta y definida, y proyectada en el mundo externo, cesa de pertenecer exclusivamente al sujeto que decide, es atraída en la órbita del derecho y fijada en la forma jurídica. Poco importa si, desde un punto de vista meramente psicológico, el sujeto conserva su autonomía volitiva, dado que ya para el orden jurídico la primera manifestación de voluntad ha pasado a ser irrevocable: con **decidir** en aquel dado sentido él ha implícitamente renunciado a querer en otro sentido, y toda ulterior manifestación de voluntad

en contraste con la primera debe considerarse sin eficacia (jurídica).

Estos dos elementos extremos están indisolublemente agregados a todo el proceso de formación, considerado como unidad, y en consecuencia a todos los momentos sucesivos en los cuales este proceso se desarrolla, y nosotros podemos separarlos del conjunto y aislarlos solamente por medio de abstracción. Si consideramos un dado segmento nosotros podemos mentalmente aislar los puntos extremos del mismo: sin embargo, en realidad, estos puntos se encuentran **absorbidos** por todo el segmento y existen en éste y por éste, pudiendo decirse que todo el segmento resulta constituido por un punto que se mueve en una determinada extensión.

En este sentido, el acto de decisión puede considerarse como el principio genético de la **manifestación de voluntad**, la cual no es otra cosa que el **acto de decisión en movimiento**.

En conclusión, la manifestación de voluntad es completa y perfecta, en el momento en que se ha madurado y extrinsecado el acto de decisión; es más, en cuanto este acto haya surgido; ella, además, produce todos los efectos jurídicos de que es capaz en pro y en contra de la persona que tenía el poder de decidir (esto es, el poder de disposición) y que concretamente ha decidido. Se puede, pues, decir, que el acto de decisión, mientras que por una parte sirve como seguro punto de referencia para la determinación del momento en que el proceso de formación del acto volitivo está completo, por otra parte constituye el presupuesto esencial para la actuación del principio de legitimación que emana de la forma jurídica, sea bajo el reflejo objetivo (por cuanto se refiere a la existencia del acto y a la legitimidad de sus efectos), sea bajo el reflejo subjetivo (por cuanto se refiere a la persona sobre la cual deben recaer los efectos del acto mismo).

4. En estos últimos tiempos se va abriendo camino una doctrina que, como la mayor parte de las doctrinas abstractas, nos viene de Alemania. Formulada por Thon ha sido retomada hace algunos años por Ferrara y por Chiovenda el cual ha extendido su ámbito con algunas aplicaciones prácticas.

Según esta doctrina, la facultad de disposición sería una entidad jurídica "*per se stante*", distinta del derecho subjetivo particular al cual se refiere, con una fisonomía propia y una vida autónoma.

La demostración de esta tesis se resume en el siguiente razonamiento: el contenido del derecho subjetivo, como no comprende la facultad de goce,

no comprende tampoco la facultad de disposición, la cual no es algo intrínseco al derecho subjetivo, sino que debe más bien considerarse como una emanación de la capacidad de actuar. Si por ejemplo, se considera el transferimiento de un derecho de propiedad, que es el caso típico en que más claramente se manifiesta la autonomía de esta facultad, se ve claramente como la facultad de disposición no sea inherente al derecho que se transfiere por el hecho de que ella constituye el instrumento por medio del cual se opera la transmisión, y, en consecuencia, debe ser externa al objeto del transferimiento. Si tiro una piedra ninguno podrá decir que es la piedra la que me proporciona la fuerza que necesito, la cual viceversa debe existir en mí: la piedra no es sino el objeto al cual yo aplico esta fuerza, que es independiente de aquella. El poder de transmisión es, pues, extrínseco al derecho subjetivo sobre el cual opera y constituye respecto al mismo una facultad concreta, esto es, una entidad autónoma.

Sin embargo, este razonamiento no nos parece exento de vicios. Ante todo se confunde aquello que debería ser la pura facultad de disposición (entendida esta expresión en el sentido por nosotros indicado) con la concreta manifestación de voluntad con la que el sujeto, emitiendo una decisión en un determinado sentido, funde las dos distintas energías (elementos) de que esta facultad resulta constituida, e imprime a ellas aquel movimiento que debe operar la transmisión del derecho. Se entiende que la fuerza que da impulso y provoca el traspaso del derecho a otra persona debe ser externa al derecho objeto del transferimiento, pero esta fuerza en acto no debe confundirse con los presupuestos que hacen posible su aplicación y legitiman los efectos.

Para lanzar una piedra necesito de una fuerza que sea externa a la piedra misma, pero para que yo pueda obtener el efecto es necesario además que la piedra tenga en sí la aptitud a sufrir la aplicación de la fuerza. Mi energía muscular aplicada directamente a un cuerpo líquido o gaseoso, que no se encuentre en un recipiente, no podría producir un resultado análogo al lanzamiento de la piedra. Así, es cierto que la manifestación de voluntad del sujeto, es extrínseca respecto al derecho subjetivo (ya lo habíamos hecho notar), y no constituye pues una parte de su contenido, pero no se puede negar que pertenezca al contenido del derecho subjetivo la aptitud para sufrir un acto dispositivo (elemento objetivo de la llamada facultad de disposición) la cual hace posible, en cuanto se re-

fiere al objeto, los efectos del acto mismo. En efecto, si tal aptitud faltara, como ocurre por ejemplo con los derechos de uso y habitación, cualquier manifestación de voluntad tendiente al transferimiento, quedaría privada de toda eficacia, por el solo hecho de que el objeto no sería capaz de sufrir actos dispositivos.

Además, la noción de facultad de disposición así concebida viene a ser notablemente restringida pues sufre una orientación hacia el elemento subjetivo (capacidad) y es separado de ella el elemento objetivo, que queda en la sombra.

Según Ferrara, en efecto, la facultad de disposición *"se remonta a la capacidad jurídica"* y según Chiovenda ella *"tiene su fuente en el derecho general de personalidad y más precisamente en la capacidad de actuar. Esta capacidad, puesta en relación con los particulares derechos subjetivos que pueden ser objeto de disposición, da lugar a otras tantas concretas facultades de disponer, que viven paralelamente junto a los derechos, autónomas"*.

Sin embargo esta vivaz expresión del fenómeno significa sólo que para ejercitar un derecho debe el sujeto titular tener la capacidad específica de actuar, relativa al derecho mismo; ello equivale a decir que no deben existir hechos impeditivos del ejercicio de aquel dado derecho, reducibles bajo la categoría general de la incapacidad de actuar. Ahora bien, se puede adoptar el término *"facultad de disposición"* para designar la capacidad de actuar en acto, en sus manifestaciones concretas; pero se debe tener presente que estas manifestaciones no pueden considerarse como verdaderas y propias entidades jurídicas *"per se stanti"*. No es que la capacidad de actuar, especificándose, produzca singulares facultades particulares, que como tales adquieren autonomía frente a aquella; por el contrario, esta capacidad general se actúa inmediatamente, asumiendo aspectos concretos, que sólo impropiaamente constituyen algo autónomo respecto a su fuente, en cuanto se distinguen sólo por un criterio de sucesión o derivación, quedando siempre contenidas en ella y por ella absorbidas en su conjunto, sea actual o posible.

III. 5. Expuestas nuestras ideas, resumida la doctrina antes referida de Thon y elaborada por Ferrara y Chiovenda, criticada esta doctrina, enfrentándola con la nuestra, no nos queda otra cosa que pasar a las aplicaciones prácticas.

Para este fin examinaremos algunos casos —los más significativos— entre aquellos a los que Chiovenda ha querido aplicar la doctrina por él

propugnada, para ver si ella constituye o no una base válida para las construcciones tentadas, o si para la explicación de los fenómenos examinados no se deba recurrir a otros principios, y para probar, donde sea el caso, la tesis por nosotros sostenida, en la sistematización y explicación de tales fenómenos.

6. Entre los derechos subjetivos existen algunos *"a los cuales no corresponde una facultad concreta de disposición"*. Esta categoría, que comprende todo derecho subjetivo que *"no es objeto idóneo de disposición, ya sea porque es estrechamente inherente por su naturaleza a la persona del titular, o porque una norma legal lo declara intransmisible, como el derecho de uso y habitación, adquiere particular relieve porque con respecto a los derechos en ella comprendidos la capacidad de actuar no puede generar ninguna facultad concreta de disposición"*.

En realidad, existe esta particular categoría de derechos subjetivos; sin embargo, nos parece que estos derechos son intransmisibles, no porque respecto a ellos la capacidad de actuar no pueda producir una concreta facultad de disposición (con lo que implícitamente se pondría el problema del cómo ocurriría esto), sino porque ellos, **carecen de la aptitud para sufrir actos dispositivos**. En otros términos respecto a ellos viene a menos el elemento objetivo de la llamada facultad de disposición, y el elemento subjetivo, o sea la capacidad de actuar del sujeto, no puede por sí sola hacer posible la transmisión de derechos que, por falta de aptitud propia (ya sea porque son estrechamente inherentes a la persona del titular, o sea porque la ley los declara intransmisibles) no pueden formar objeto del transferimiento.

7. *"La autonomía de la facultad de disposición nos parece evidente cuando consideramos que ella misma, esta facultad, puede ser objeto de actos dispositivos"* —dice Chiovenda—.

Ahora bien, precisamente existen algunos casos en los cuales se tienen *"limitaciones de la facultad de disponer que dejan intacto el derecho de propiedad"* —dice Chiovenda—.

Tal efecto produce: a) La obligación, en cuanto sea válida, de no alienar una cosa de la que se sea propietario, b) La obligación de preferir el otro contratante en la adquisición de la cosa propia, constituyéndole un derecho de prelación, c) La obligación de destinar al uso querido por el cedente la cosa recibida *"sub fiducia"*, d) La obligación

de vender una cosa, asumida por medio de contrato preliminar.

A nosotros nos parece que en todos estos casos y en otros semejantes, no se tiene ningún vínculo de una pretendida facultad de disposición, sino solo una limitación que nace de asumir una obligación personal de naturaleza autónoma. . .

IV. 8. Podemos ahora concluir, o más bien recoger en síntesis los resultados a que hemos llegado en el curso de la exposición.

El derecho (objetivo), revistiendo de **forma jurídica** una relación de sujeción **material**, atribuye a la persona sujeto de esta relación un **derecho subjetivo**. De este derecho puede el titular despojarse en ventaja de otros, en virtud de un regular acto de disposición, el cual, sin embargo, para producir una válida transmisión, presupone la **capacidad de actuar por parte del sujeto que dispone y la aptitud del derecho en objeto a sufrir un acto dispositivo**. Comúnmente estos dos elementos se indican con una única expresión elíptica: **facultad de disposición**, la cual, sin embargo, tiene solo un valor convencional y no es la expresión del concepto de una entidad autónoma respecto al derecho subjetivo, producida por la capacidad de actuar. Existiendo, pues, los elementos indicados, el acto de disposición es legítimo, productivo de una válida transmisión; por ello, estos elementos deben considerarse como los presupuestos necesarios para la actuación de un principio de legitimación que emana de la forma jurídica y en virtud del cual el acto de transferimiento adquiere carácter de juridicidad.

Sin embargo, estos presupuestos no constituyen, de por sí, el acto de disposición, pues ellos son elementos estáticos, aunque tengan en sí la capacidad de recibir el impulso de una fuerza que les imprime movimiento: tal fuerza es la manifestación de voluntad del sujeto titular del derecho. Esta manifestación volitiva está constituida por la síntesis de dos elementos: la voluntad del contenido, la cual determina la portada de la manifestación de voluntad, y, el acto de decisión, que es el principio genético de ella, y pues decida sobre su existencia. La voluntad del contenido puede determinar todas las peculiaridades de la manifestación volitiva: ella no será jurídicamente existente hasta que se haya manifestado la decisión del sujeto sobre la existencia de la misma. Así las cosas, dado que el principio activo del acto de disposición está constituido por la manifestación volitiva, y que el elemento genético de ella es el momento de deci-

sión, si los dos elementos de la llamada facultad de disposición constituyen los presupuestos, este momento de decisión es el presupuesto esencial para la actuación del principio de legitimación que emana de la forma jurídica. Ahora, la utilidad práctica de estas distinciones, que puede escapar en la generalidad de los casos, se manifiesta en algunas situaciones particulares.

Así, existe una categoría de **derechos intransmisibles**, o porque estrechamente inherentes a la persona del titular (derechos personales en sentido estricto y derechos personalísimos), o porque declarados tales por la ley; en este caso el transferencia no tiene lugar porque falta uno de los presupuestos, esto es, el elemento objetivo de la llamada facultad de disposición (aptitud del derecho a sufrir un acto dispositivo).

Una aparente anormalidad se tiene cuando el acto de transmisión es cumplido por medio de representante; pues bien, en este caso: a) si se trata de representación convencional, se tiene que la

voluntad del contenido es formulada por el representante, mientras el representado emite la decisión que es el presupuesto de la legitimidad jurídica del acto; b) si se trata de representación legal es el orden jurídico directamente el que confiere eficacia a los actos cumplidos por el representante con la observación de las formalidades de ley, prescindiendo de cualquier acto de decisión.

Finalmente: es claro que si normalmente el **traspaso de un derecho** de un sujeto a otro ocurre en virtud de un acto de transmisión, puede, en casos excepcionales, **independientemente de cualquier transferimiento voluntario** tener lugar, el orden jurídico que atribuye a la persona el derecho subjetivo puede anular la atribución e investir a otros de este derecho. Esto tiene lugar en la expropiación, sea de bienes del deudor, sea por utilidad pública, casos en los que precisamente el derecho atribuido a un sujeto le es quitado al primer titular para ser atribuido a otro sujeto.

PROTECCION SOCIO-LEGAL DEL NIÑO ABANDONADO. ADOPCION Y COLOCACION FAMILIAR

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

I. INTRODUCCION.

1.1) Quizás ningún otro tema como este ponga de manifiesto 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 y 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.

1.2) En razón de ello, es necesario analizar brevemente las implicancias de orden psicológico y psiquiátrico que los mecanismos legales de integración del niño a un ambiente familiar normal, suponen; y cuyas conclusiones deberán ser siempre tenidas en cuenta en la planificación de las soluciones jurídicas, so pena de volverlas inaplicables o entorpecer los objetivos buscados.

1.3) Uno de los acontecimientos más importantes ocurridos en los últimos años en el campo de la psiquiatría 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 familiar, los inconvenientes de

la asistencia en instituciones, etc. son todos problemas que enmarcan esta cuestión.

II. LA RELACION MATERNO-FILIAL.

2.1) Si bien el factor hereditario no puede excluirse como circunstancia predisponente para el desarrollo de una personalidad anormal, las experiencias efectuadas por los esposos Glueck y Bowlby pusieron de manifiesto que la anormalidad de la relación materno-filial, en los primeros años de la vida del niño, ya sea en los casos de privación maternal absoluta, como cuando la actitud de la madre hacia el niño es desfavorable, se encuentra entre las primeras de las diferentes causas que dan origen a perturbaciones mentales en el niño e incluso determinan el desarrollo de una personalidad delincuente.

2.2) El desenvolvimiento del ego y del super-ego en forma normal, dependen de la existencia de una relación continuada y satisfactoria entre el niño y la persona que le guía en su crianza, sea su madre natural o sustituta. Estas funciones del ego y del superego son realizadas en los primeros años del niño por su madre; en esa fase el niño depende de ella, orientándole en cuanto a los problemas de tiempo y espacio y proporcionándole el ambiente adecuado. Poco a poco esas funciones van siendo asimiladas por el niño.

2.3) Si todo este proceso psíquico es interrumpido o se desenvuelve en forma anormal, los efec-

tos sobre el desarrollo del ego y del superego son demoledores, traduciendo en la afectación de funciones tan fundamentales como el andar y el hablar.

Sólo mediante la integración del niño a un hogar estable, realizada lo más temprano posible, será posible evitar estos inconvenientes.

III. ROL DE LA FAMILIA.

3.1) Por lo general se reconoce que el niño ha de considerarse como parte de un grupo: la familia y en cuyo seno solo podrá satisfacer sus necesidades físicas, psíquicas, y sociales.

3.2) La familia en cumplimiento de sus cometidos debe dar al niño lo que necesita, no solamente bajo el aspecto de alimentos, vivienda, vestido y protección, sino también afecto, comprensión, vida espiritual, procediendo de tal manera que el niño se sienta parte de un grupo, condición esencial de su estabilidad afectiva.

De esta forma el niño podrá adquirir el equilibrio y madurez que le permitirán, una vez adulto, entablar relaciones normales con otros individuos, asumir las responsabilidades que le incumben en cuanto miembro de la colectividad a la cual pertenece y cumplir más tarde con su misión de padre o madre. A su vez la familia actúa como vehículo de transmisión de la cultura y de los valores espirituales de la colectividad de la cual forma parte.

3.3) Únicamente la familia nuclear, compuesta por el padre, la madre y los hijos puede cumplir eficientemente estos cometidos. Siendo el hombre el ser vivo de más prolongada maduración, sus progenitores juegan un papel fundamental en las distintas etapas de su evolución. Si la madre es insustituible hasta que el hijo cumple los cuatro años de edad, en términos análogos lo es el padre desde los tres a los nueve años, período de emergencia formativa y de culminación del proceso de aseguramiento interno.

3.4) Asistimos a una época donde el desarrollo de la sociedad industrial ha repercutido sobre la estructura y funciones de la institución familiar. Los cambios rápidos de orden económico, social y cultural ejercen una influencia muy fuerte sobre el sistema familiar y provocan a menudo la disociación de la familia.

3.5) Si bien actualmente la familia ha perdido gran cantidad de sus funciones de orden material y cultural, las cuales fueron asumidas por la sociedad

y sus distintos órganos, se aprecia cada vez más, sin embargo, el papel que la misma desempeña en el desarrollo de los sentimientos del niño. De ahí que se observa en los últimos años en muchos países, la implantación de sistemas de seguridad social y una red de servicios sociales encaminados directa o indirectamente a conservar y reforzar la organización familiar.

Es que la familia, como grupo social primario y núcleo fundamental de nuestra sociedad, es el único medio donde es posible lograr el crecimiento y desarrollo normal del niño y su incorporación al medio social en la plenitud de sus posibilidades físicas y espirituales.

IV. LOS INSTITUTOS DE INTEGRACION A UN AMBIENTE FAMILIAR.

4.1) Expuesta la necesidad de dotar al ser humano de un hogar estable, es indispensable que el legislador moldeé 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.

4.2) 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 son: la adopción simple, adopción plenaria, legitimación adoptiva, la afiliación y la colocación familiar.

Analizaremos brevemente cada una de ellas.

V. ADOPCION SIMPLE, ADOPCION PLENARIA Y LEGITIMACION ADOPTIVA.

1. Concepto.

1.1) 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.

1.2) 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.

1.3) 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.

1.4) 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.

1.5) 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. El moderno Código Civil de Guatemala la define como "*acto jurídico de asistencia social*". De acuerdo a las legislaciones de Uruguay y Bolivia opera en favor de "*menores abandonados o huérfanos de padre y madre o hijos de padres desconocidos, y de pupilos del Estado*", es decir todas situaciones de menores desamparados.

2. Naturaleza Jurídica.

2.1) Superadas hoy las tesis contractualistas, la mayoría de los autores afirman el carácter institucional de la adopción. Los sujetos intervinientes no se encuentran en un pie de igualdad, ni establecen relaciones de coordinación, por el contrario sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina y las obligaciones y derechos emergentes no resultan fijados por la voluntad de las partes, sino que emergen de la ley.

2.2) Si bien existe consenso en señalar el carácter institucional de la adopción, las discrepancias surgen cuando se trata de determinar la rama del derecho en que milita esta institución: si se trata de una institución del Derecho Privado, del Derecho de Familia o del Derecho de Menores.

2.3) La mayoría de los civilistas afirman que el vínculo adoptivo es una "institución" del Derecho de Familia, que crea un estado de familia y descan-

sa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el Derecho de Familia.

Algunos autores estiman que la adopción llena todos los requisitos para calificarla como "*acto jurídico familiar*" (1), siguiendo la posición del jurista español Castán Tobeñas que distingue "*por razón del fin que tienden los negocios jurídicos se dividen en familiares (como el matrimonio y la adopción) y en patrimoniales*".

2.4) Modernamente se abre camino una nueva posición que sostiene que la adopción —particularmente la adopción plenaria y legitimación adoptiva— atendiendo a su esencia y sus fines es una institución del Derecho de Menores, debiendo distinguírsele de la adopción como institución "familiar" (2).

2.5) El Derecho de Menores como conjunto de normas e instituciones ideadas con fines de protección al menor adquiere contemporáneamente carácter de disciplina jurídica autónoma. La adopción se ha incorporado al derecho positivo europeo y americano, atendiendo a fines eminentemente de protección de los niños abandonados, sin hogar.

2.6) Esta posición de la adopción como institución de asistencia tutelar y propia del Derecho de Menores estaría corroborada por buena parte de las legislaciones americanas, donde la encontramos regulada por los Códigos o Estatutos de Menores, actuando en favor de "*menores abandonados o huérfanos de padre y madre o hijos de padres desconocidos, y de los pupilos del Estado*" (Brasil, Bolivia, Uruguay).

3. Efectos de la adopción.

3.1) En este campo es donde más difieren las legislaciones, y estas diferencias reflejan las diversas concepciones que respecto de la adopción existen, heredadas del derecho antiguo o incluso de la religión.

3.2) Cabe distinguir dos grandes grupos de leyes.

- A. Las que dan al hijo adoptivo el estatuto completo de hijo legítimo con todas las consecuencias que ello implica, especialmente con la total ruptura de lazos con la familia de sangre.
- B. Las que dan al niño ciertos derechos y deberes en su familia adoptiva sin asimilarlo totalmente a un hijo consanguíneo y, sobre todo, dejando subsistir los lazos con su familia.

(1) LOPEZ DEL CARRIL, Julio, *El Derecho de Familia y la Adopción, Primer Curso Regional Interamericano sobre Colocación Familiar, Adopción y Libertad Vigilada*, Montevideo, 1972.

(2) SAJON, Rafael, *La Adopción en la legislación latinoamericana*, Montevideo, 1971.

Estos dos tipos de adopción coexisten a veces en algunos países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Bélgica, Francia, Italia, Uruguay, entre otros).

3.3) En la primera categoría se encuentran los países que han admitido poco a poco la idea de que la adopción es una imitación total y sin restricciones de la filiación biológica. De esta forma el niño adquiere los derechos y obligaciones de un hijo legítimo no sólo frente a sus padres adoptivos, sino frente a toda su familia. Paralelamente, los derechos y obligaciones recíprocamente entre él y su familia natural se extinguen, subsistiendo solamente como es obvio, un impedimento para el matrimonio por los problemas de consanguinidad.

3.4) En el segundo tipo de adopción, el niño solamente se integra parcialmente a la familia adoptiva. Generalmente sólo está ligado a sus padres adoptivos y no con la familia entera. Además, a veces se limitan algunos derechos, principalmente en materia sucesoria. Por otro lado, los lazos con la familia natural no se rompen del todo, en lo que se refiere a la obligación de alimentos o al derecho de sucesión.

3.5) Otro aspecto importante y muy controvertido es el de la revocabilidad de la adopción. Antiguamente la adopción era siempre revocable y ello debido a que la filosofía y finalidad que informaban al instituto era distinta. Actualmente se tiende hacia la idea de que si la adopción imita perfectamente a la filiación legítima, no existen razones para una eventual revocación. Muchas leyes mantienen a menudo la revocabilidad de la adopción, aunque reservándola a situaciones graves. No obstante algunos países no la admiten tratándose de la adopción plena o de la legitimación adoptiva (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Francia, Uruguay).

4. Derecho Comparado.

4.1) 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.

4.2) 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 ma-

yor— su objetivo radicaba en continuar una familia sin hijos.

4.3) 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.

4.4) 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, aun cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación total del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistentes los vínculos con su familia natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción.

4.5) Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Rep. 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" (Brasil, Chile y Uruguay), "adopción plena" (Argentina, Costa Rica y Venezuela), "adopción privilegiada" (Rep. 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 mismo 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 cual-

quiera de las modalidades conocidas debería destinarse solamente a menores de corta edad solución que viene siendo acogida por algunos países (Bolivia, Brasil y Rep. Dominicana).

4.6) Respecto de la Legitimación Adoptiva —que se mantiene todavía en algunos países americanos como Brasil, 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 Plenaria y regulando en forma independiente la Adopción Simple. Algo parecido está aconteciendo actualmente en el panorama de la legislación americana, como queda expresado.

5. Principios que deben regular la adopción de niños.

Interpretando el espíritu de este curso y con el ánimo de realizar aportaciones concretas, más que extendernos en el estudio de los diversos aspectos que presentan la adopción plenaria o la legitimación adoptiva, nos interesa dejar establecidos cuáles son a nuestro juicio los objetivos fundamentales que toda regulación en la materia debe tener presente:

- 1) Que la adopción plenaria pueda ser efectuada indistintamente por dos cónyuges o por una persona sola;
- 2) Que sólo proceda en favor de menores de edad, siendo preferible que la integración del menor al nuevo hogar comience no más allá de los dieciocho meses;
- 3) Que no debe ser obstáculo para la adopción la presencia de descendencia legítima o natural;
- 4) Asimilación del hijo adoptivo al legítimo;
- 5) Carácter institucional de la adopción y no contractual, con intervención del órgano judicial, que para autorizarla sólo tendrá en cuenta el interés del menor;
- 6) Eliminación del abandono progresivo, por medio del cual si bien no existe abandono expreso del niño, los padres se interesan del mismo en forma esporádica; estableciéndose que la simple petición de noticias no interrumpe el plazo de abandono;
- 7) El plazo para que se configure el aban-

dono no ha de exceder de un año, pues existe interés de que el niño se integre en forma definitiva a su nuevo hogar lo más pronto posible;

- 8) Carácter irrevocable de la adopción;
- 9) Declaración de abandono y pérdida de la patria potestad, previa al procedimiento que disponga la adopción, en las cuales la familia natural sea oída o debidamente citada;
- 10) Instrucción a los adoptantes sobre la necesidad de revelar oportunamente al hijo adoptivo su verdadera situación.

VI. ADOPCIONES INTERNACIONALES.

1. Generalidades.

1.1) 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 al Seminario Europeo sobre la Adopción entre Países, que tuvo lugar en 1960, en Leysin, Suiza. En esta reunión, expertos de 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. El Seminario 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*", sin excluir desde luego la solución de la adopción internacional.

1.2) 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.

1.3) 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.

1.4) 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.

1.5) Recientemente, en diciembre de 1978, una conferencia realizada en Ginebra bajo los auspicios de Naciones Unidas estudió todo lo relativo a las adopciones internas e internacionales, formulando recomendaciones precisas.

1.6) La adopción entre países hoy en día presenta dos aspectos importantes, uno que se ubica en el plano jurídico y otro de tipo socio-cultural, quizás este último más importante que el primero.

2. Aspectos Jurídicos.

2.1) En el plano jurídico, durante los últimos años las leyes sobre adopción de los diversos países se han modificado tratando de adaptarlas a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia. 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.

2.2) 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.

2.3) Los acuerdos internacionales en la materia han seguido dos vías:

A) 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. Es la solución también seguida por el Código de Bustamante y el Tratado de Montevideo de 1940.

La Convención de La Haya 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 el principio del domicilio. Son competentes para pronunciarse en una adopción las autoridades del país de residencia habitual o de nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, ap. 1). La Convención por otra parte obliga a las autoridades competentes a no pronunciar adopciones más que cuando sean conformes con el interés del niño (art. 6).

En cuanto a la ley aplicable la Convención se inclina en principio por la ley de la autoridad encargada (art. 4, ap. 1).

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.

B) Sistema de la Convención Europea para la Adopción de Niños. Esta Convención, elaborada por el Consejo de Europa en 1967, sigue una vía diferente. Trata de elaborar una legislación modelo y los firmantes se comprometen a armonizar su legislación en materia de adopción con las reglas de la Convención.

3. Aspectos socio-culturales.

3.1) Es indudable que los aspectos jurídicos del problema son muy importantes y plantean a menudo dificultades que son fuentes de muchas incertidumbres.

3.2) Sin embargo, como hemos expresado, la adopción entre países presenta un aspecto socio-cultural, que quizás sea más importante que su faz jurídica. La formalización de un vínculo de adopción supone el cumplimiento de una serie de tareas que deben hacerse en forma responsable y con intervención de organismos y profesionales calificados. Debe cumplirse una adecuada supervisión

* Ver Anexo.

antes y después de la colocación del niño. Esta supervisión es útil durante el período de adaptación, especialmente cuando se trata de niños de más edad o que precisan cuidados especiales.

3.3) Estas actividades tienden a asegurar el éxito de la adopción y deben observarse no sólo en las adopciones domésticas, sino también en las adopciones internacionales. De ahí que el mecanismo de la adopción internacional deba canalizarse a través de organismos especializados, que trabajen con responsabilidad y profesionalidad y estén debidamente controlados por los estados.

VII. AFILIACION.

7.1) Entre las innovaciones que el Código Civil italiano de 1942 introdujo en materia de Derecho de Familia, se encuentra el instituto de la Afiliación o "picola adozione" como algunos autores la denominan.

7.2) Se trata también de un instituto de asistencia social aplicable a menores de dieciocho años que se hallan en alguna de las siguientes situaciones: hijos de padres desconocidos, hijos naturales reconocidos sólo por la madre que se encuentra en imposibilidad de proveer a su formación, menores internados en instituciones de asistencia pública, o bien en estado de abandono material o moral.

7.3) La afiliación procede en los casos en que una persona ha tenido a su cargo o ha provisto la educación de un menor, bien por propia iniciativa, bien a petición de un establecimiento de asistencia pública. Los requisitos que el Código Civil italiano exige para que la afiliación pueda darse, son los siguientes: a) que la educación haya durado un período de tres años como mínimo; b) el consentimiento del cónyuge del afiliante aún cuando estuviese separado; c) que no concorra ninguna de las causas que incapaciten al afiliante para ser tutor.

7.4) Los efectos de la afiliación consisten en que vigoriza, elevando a la categoría de estado cuasi familiar, la relación de carácter asistencial existente entre el educador y los niños huérfanos o abandonados por sus padres, pero sin atribuir al afiliado la calidad de hijo.

El carácter de asistencia social del instituto de la afiliación resulta de encontrarse el mismo reglamento en el Código Civil italiano en el título dedicado a tratar lo referente a los menores confiados a la asistencia pública o privada.

7.5) La afiliación tiene por objeto dotar de un ambiente familiar normal a esos niños en que por

diversas circunstancias no puede funcionar en su favor el instituto de la adopción; diferenciándose de ésta por la reducción de las condiciones de otorgamiento y de los efectos que produce.

VIII. COLOCACION FAMILIAR.

8.1) Como otra forma de asistir y tutelar en un hogar sustituto a niños de corta edad, las legislaciones regulan la colocación familiar.

8.2) Ha sido definida por el XI Congreso Panamericano del Niño como *"una institución jurídica que consiste en la entrega de un menor, por resolución judicial o de un organismo de protección, a una familia, en guarda o custodia"*.

8.3) La colocación familiar, tanto en su forma gratuita como remunerada, obliga al guardador a proporcionar asistencia, alimentos, educación y corrección al niño, pero sin conferirle ninguna titularidad sobre él, pues los progenitores no pierden la patria potestad sobre el menor, ya que se trata de una medida de orden temporal.

A diferencia del que ejerce la patria potestad o la tutela, aquel que recibe un menor en colocación familiar carece de las facultades de representación y de administración. La colocación familiar es un instituto típico del Derecho de Menores porque tiende a dotar de un ambiente familiar al niño que no tiene familia, sin llegar a constituir un vínculo de familia. Aún cuando pueda tener cierto parentesco con la tutela, es sustancialmente diferente. La tutela es una institución del Derecho de Familia que generalmente opera frente al menor que tiene bienes y carece de padres en ejercicio de la patria potestad.

8.4) De un punto de vista conceptual y haciendo abstracción de toda referencia al derecho positivo, la colocación familiar puede actuar en tres supuestos: a) colocación familiar en custodia; b) colocación familiar en guarda; c) colocación familiar remunerada. La primera se refiere al niño de corta edad que es ubicado en una familia con vistas a su posterior adopción; es esencialmente gratuita. El segundo supuesto opera en favor de menores de más edad que por alguna circunstancia se ven privados de su familia y se trata de evitar su permanencia en un establecimiento.

La ubicación del menor generalmente se hace con una persona denominada "cuidadora" a quien se retribuye el servicio que presta. La tercera situación se refiere al menor púber que se encuentra en situación de prestar servicios y a cambio de

los cuales recibe una remuneración; viene a constituir un contrato de aprendizaje sui géneris, a través del cual el menor se beneficia profesionalmente, se utilizan sus servicios y recibe una retribución que es suministrada parcialmente en especie (casa, alimento, vestuario).

8.5) A nivel del derecho positivo de los países americanos, el instituto de colocación familiar aparece regulado detalladamente en el Estatuto de Menores de Venezuela.

8.6) Como medida de protección dispuesta por el Tribunal de Menores o el Organismo administrativo, debe quedar bajo la atenta vigilancia y control de los servicios sociales dependientes de estas instituciones.

8.7) La colocación familiar siendo la que más se aproxima al hogar natural del niño puede operar como solución transitoria permitiendo la oportuna reintegración del menor al propio hogar sin ina-

daptaciones, y en los casos de abandono total, proporcionar hogar definitivo por medio de la adopción.

8.8) Algunos autores encuentran cierto paralelismo entre la colocación familiar y la afiliación, atribuyéndoles análoga naturaleza, en cuanto ambos institutos son formas del cumplimiento de la asistencia social que cabe al Estado para solucionar el problema de la infancia abandonada.

8.9) La Comisión de Juristas Internacionales convocada por el IIN en Quito, 1959, aprobó una serie de proposiciones que fueron votadas como recomendaciones por el XI Congreso Panamericano del Niño celebrado en Bogotá, en 1959 y que son de plena actualidad, pues constituyen un conjunto sistemático y orgánico de proposiciones que consultan la realidad americana y la más connotada orientación doctrinaria jurídica.

CONCLUSIONES

- 1) La institución familiar es el único medio por excelencia donde es posible lograr el crecimiento y desarrollo normal del niño y su incorporación al medio social en la plenitud de sus posibilidades físicas y espirituales.
- 2) Es necesario formular una política de protección y fortalecimiento de la familia mediante la adopción de sistemas completos de seguridad social e implantación de servicios sociales encaminados a ese fin.
- 3) La asistencia de menores en instituciones debe adoptarse como medida extrema, procurando en lo posible que la misma se efectúe en su propia familia o en un hogar sustituto.
- 4) Los organismos competentes para evitar las internaciones deben intensificar y acrecentar los institutos de protección y asistencia de menores como la colocación familiar, subsidios familiares, guardas y adopciones.
- 5) El instituto de la adopción debe plasmar-se según las costumbres imperantes y los requerimientos del medio social, simplificándolo de formalismos y logrando que la incorporación del niño al hogar adoptivo se efectúe lo más tempranamente posible.
- 6) La adopción debe constituir un símil lo más perfecto posible de la familia biológica, haciendo irrevocable la misma y dotando al adoptado de los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo.
- 7) Cuando existan dificultades de cualquier género para la adopción debe irse sin vacilaciones a la colocación familiar, procurando que ésta sea definitiva, para que el niño no sufra traumatismos.
- 8) La adopción internacional, bajo garantías necesarias, puede constituir una solución apropiada en muchos casos.

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

CALVENTO, Ubaldino. *Integración del menor a un hogar estable*, *Jornadas de Bienestar Infantil*, Montevideo, 1972.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. CENTRE INTERNATIONAL DE L'ENFANCE. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1966.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Adopción y Derecho de Familia*, en *Seminario Regional Interamericano sobre Adopción y Colocación Familiar*, Montevideo, 1972.

Revista Internacional del Niño. "Adopción y Crisis en el Tercer Mundo: Reflexiones sobre el futuro". No. 29, junio 1976.

Revista Internacional del Niño. "La Adopción". No. 28, marzo 1976.

SAJON, Rafael. *La Adopción en la Legislación Latinoamericana —Diferentes sistemas— Recomendaciones*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1971.

SAVATIER, R. *La evolución más reciente del Derecho en adopción, Sauvegard de l'Enfance*, año 1967, No. 1, París.

TREJOS, Gerardo. *La Adopción*. Costa Rica, año 1978.

A N E X O

CONVENCION RELATIVA A LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES LA LEGISLACION APLICABLE Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE ADOPCION*

— (Concluida el 15 de noviembre de 1965)

Los Estados signatarios de la presente Convención:

Deseando establecer unas disposiciones comunes relativas a las competencias de las autoridades, la legislación aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción,

Han decidido concluir una Convención a este efecto, y se han tomado las disposiciones siguientes:

Artículo primero. La presente Convención es aplicable a las adopciones entre:

de una parte, una persona que tenga la nacionalidad de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados, o esposos que tengan cada uno la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados; y,

de otra parte, un niño de menos de dieciocho

años cumplidos el día de la solicitud de adopción, soltero y teniendo la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados.

Artículo segundo. La presente Convención no es aplicable si:

- a) los adoptantes no tienen ni la misma nacionalidad ni su residencia habitual en el mismo Estado contratante;
- b) el o los adoptantes y el niño tienen todos la misma nacionalidad, así como su residencia habitual en el Estado del que ellos son nacionales;
- c) si no está legislado sobre la adopción por una autoridad competente, en virtud del artículo 3.

* El 1 de abril de 1977, Austria y Suiza habían ratificado la Convención, y el Reino Unido la había firmado. Entrará en vigor por efecto de una tercera ratificación.

Artículo tercero. Son competentes para legislar sobre la adopción:

- a) las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado en el cual tienen los dos esposos su residencia habitual;
- b) las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado de su nacionalidad común.

Las condiciones de residencia habitual y de nacionalidad deben cumplimentarse tanto en el momento en que las autoridades enunciadas en el presente artículo ejecutan, como en el momento en que legislan.

Artículo cuarto. Las autoridades enunciadas en el artículo 3, párrafo primero, aplicarán, bajo reserva del artículo 5, párrafo primero, su ley interna a las condiciones de la adopción.

Sin embargo, las autoridades competentes por razón de la residencia habitual deben respetar cualquier prohibición de adoptar que esté señalada por la ley nacional del adoptante, o si se trata de una adopción realizada por un matrimonio, por su ley nacional común, cuando esta prohibición es objeto de una declaración señalada en el artículo 13.

Artículo quinto. Las autoridades enunciadas en el artículo 3, párrafo primero, deberán aplicar la ley nacional del niño en los consentimientos y consultas, que serán diferentes de las del adoptante, de su familia y de su cónyuge.

Si, según la ley nacional del niño, éste o un miembro de su familia debe comparecer personalmente ante la autoridad que decide sobre la adopción, ha lugar de proceder, llegado el caso, por la vía requisitoria cuando la persona en cuestión no tiene su residencia habitual en el Estado de la mencionada autoridad.

Artículo sexto. Las autoridades señaladas en el artículo 3, párrafo primero, no pronunciarán la adopción más que si ésta es conforme al interés del niño. Procederán previamente por intermedio de las autoridades locales apropiadas, en una profunda investigación respecto al o a los adoptantes, el niño y su familia. En la medida de lo posible, la investigación se efectuará con la colaboración de or-

ganizaciones públicas o privadas cualificadas en materia de adopción en el plano internacional y el concurso de asistentes sociales que hayan recibido una formación especial o tengan una experiencia particular en los problemas de la adopción.

Las autoridades de los Estados contratantes tomarán inmediatamente todas las medidas de ayuda mutua, solicitadas con vistas a una adopción en la que sea aplicable la presente Convención: las autoridades pueden, a este efecto, comunicarse entre sí.

Todo Estado contratante tiene la facultad de designar una o varias autoridades encargadas de las comunicaciones previstas en el párrafo anterior.

Artículo séptimo. Son competentes para anular o renovar una adopción, a la que sea aplicable la presente Convención:

- a) las autoridades del Estado contratante en el cual el adoptado tiene su residencia habitual el día de la solicitud de anulación o de revocación;
- b) las autoridades del Estado contratante en el cual, el día de la solicitud de anulación o de revocación, el adoptante tiene su residencia habitual, o en el que, cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, los dos esposos tienen su residencia habitual;
- c) las autoridades del Estado en el cual ha sido decidida la adopción.

Una adopción puede ser anulada por aplicación:

- a) sea de la ley interna de la autoridad que ha legislado sobre la adopción;
- b) sea de la ley nacional del adoptante o de los esposos en el momento que hayan decidido sobre la adopción cuando la nulidad tiene como causa la violación de una de las prohibiciones señaladas en el artículo 4, párrafo 2;
- c) sea de la ley nacional del adoptado cuando la nulidad tiene como causa el defecto o vicio de uno de los consentimientos requeridos por esta ley.

Una adopción puede ser revocada por aplicación de la ley interna de la autoridad ejecutiva.

Artículo octavo. Toda adopción a la cual sea aplicable la presente Convención y sobre la cual ha legislado una autoridad competente, señalada en el artículo 3, párrafo primero, es reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Toda decisión de anulación o de revocación pronunciada por una autoridad competente, conforme a lo señalado en el artículo 7, es reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Si se produce un litigio en un Estado contratante sobre el reconocimiento de tal adopción o decisión, las autoridades de ese Estado están obligadas, en consecuencia, a la apreciación de la competencia de la autoridad que ha decidido, por las constataciones de hecho sobre las cuales la mencionada autoridad ha fundado su competencia.

Artículo noveno. Cuando una de las autoridades competentes, según el artículo 3, párrafo primero, ha decidido sobre una adopción debe informar de ello, llegado el caso, al otro Estado, cuyas autoridades son igualmente competentes a estos efectos, así como al Estado del cual tiene la nacionalidad el niño y al Estado contratante donde ha nacido el niño.

Cuando una de las autoridades competentes, según el artículo 7, párrafo primero, ha anulado o revocado una adopción debe informar de ello al Estado cuya autoridad había decidido sobre la adopción, así como al Estado cuya nacionalidad tiene el niño y al Estado contratante donde ha nacido el niño.

Artículo décimo. A los fines de la presente Convención, un adoptante o un niño apátrida o de nacionalidad desconocida, se le reconoce la nacionalidad del Estado de su residencia habitual.

Artículo décimo primero. A los fines de la presente Convención, si en un Estado del cual tienen la nacionalidad están en vigor varios sistemas de derecho, las referencias a la ley nacional interna y a las autoridades del Estado cuya nacionalidad posee una persona son interpretadas conforme a la ley

y las autoridades señaladas por las normas en vigor en este Estado, o en ausencia de tales normas, a la ley o a las autoridades del sistema con el cual el interesado tiene más estrechos lazos.

Artículo décimo segundo. La presente Convención no alcanza a las disposiciones de otras Convenciones en materia de adopción vigentes en el momento de su entrada en vigor en los Estados contratantes.

Artículo décimo tercero. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, puede hacer, a los fines de la aplicación del artículo 4, párrafo 2, una declaración especificando una o varias prohibiciones al adoptar que estén ya señaladas por su ley interna y fundadas en:

- a) la existencia de descendientes del o de los adoptantes;
- b) el hecho de que la adopción es solicitada por una sola persona;
- c) la existencia de un lazo de sangre entre un adoptante y el niño;
- d) la existencia de una adopción anterior del niño por otras personas;
- e) la exigencia de una diferencia de edad entre el o los adoptantes y el niño;
- f) las condiciones sobre la salud del o de los adoptantes y el niño;
- g) el hecho de que un niño no resida en casa del o de los adoptantes.

Tal declaración puede ser retirada en todo momento. La retirada será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Los efectos de una declaración retirada cesarán a los sesenta días después de la notificación mencionada en el párrafo anterior.

Los artículos 14 al 24 contienen disposiciones de carácter más bien formal, la cláusula de orden público y las cláusulas finales.

LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Prof. Dr. Gastón Cerdad M.

SUMARIO

1. La responsabilidad limitada en el Derecho Mercantil.	28
2. La responsabilidad del comerciante (empresario) individual.	28
3. Las formas anómalas de limitar la responsabilidad del comerciante (empresario) individual:	
a) Las sociedades de un solo socio;	28
b) Las sociedades ficticias o simuladas.	29
4. Antecedentes doctrinales de la empresa individual de responsabilidad limitada.	29
5. Antecedentes legislativos: Código Civil de Liechtenstein (1926); Código de Comercio de Costa Rica (1964); Ley de empresas de responsabilidad limitada de Panamá (1966). Análisis crítico de nuestro Código de Comercio.	30
6. Críticas formuladas por la doctrina a la E.I.R.L.	31

1. Desde tiempos inmemoriales, la regla general en materia de obligaciones fue la responsabilidad ilimitada del deudor.

La propensión a limitar la responsabilidad del deudor no es muy reciente; tuvo sus orígenes en el antiguo Derecho Marítimo, en donde se dieron varias instituciones tales como el "Foenus nauticum", la "colonna", el contrato de "commenda", etc., por cuyo medio se limitaba la responsabilidad a ciertos bienes que resultaban afectados de modo directo a las negociaciones que constituían la fuente de la correspondiente obligación.

Hoy tienen limitada su responsabilidad en nuestro país, el socio de una sociedad anónima, el de una sociedad de responsabilidad limitada y el de una cooperativa; el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada, el naviero como titular del derecho de abandono, etc.

2. La cualidad esencial que ha servido para calificar al comerciante individual consiste en que de las obligaciones contraídas en la explotación de su negocio, él responde ilimitadamente con todos sus bienes personales.

Gracias a la evolución que ha venido experimentando el principio de la responsabilidad limitada en el Derecho Mercantil, desde fines del siglo pasado se ha discutido si conviene o no acentuar ese principio a fin de extenderlo y aplicarlo al comerciante o empresario individual. Al respecto la doctrina se encuentra harto dividida. Algunos afirman que ese principio no puede detenerse en el derecho societario y que la siguiente posibilidad la constituye precisamente la empresa individual de responsabilidad limitada, pues lo que antes era una regla excepcional hoy ha pasado a ser una regla general (Felipe Solá de Cañizares, Tito Ravá, Escala Barrios, Ugo Rocco); además, se dice, debe dársele al empresario individual una fórmula jurídica que le permita limitar su responsabilidad a los bienes asignados a la explotación de una determinada actividad económica. Vargangot ha dicho que si el socio de una sociedad de capitales puede limitar su responsabilidad al monto de su aporte y el comerciante individual no, ello redundaría en una desigualdad inexplicable e injusta, toda vez que el primero se encontraría en una situación de privilegio económico frente al segundo.

Por último se ha dicho que, si la ley prohíbe al comerciante individual limitar su responsabilidad, de todas maneras él puede obtenerla de dos maneras: a. mediante la utilización de sociedades uni-

personales; y b. mediante la constitución de sociedades ficticias o simuladas.

3. a. Este tipo de sociedad es harto conocido y ha tenido sostén en las distintas legislaciones —si bien con distintas soluciones— y en la jurisprudencia de muchos países.

Esta figura está íntimamente ligada con la E.I.R.L., porque la implantación de esta última ha obedecido a veces a la necesidad de evitar el uso de esta forma anómala de sociedad y de las aparentes o ficticias.

Se señala a Karl Wieland como el precursor de este tipo de sociedad en Alemania, la "einmangelsellschaft", primer país en contemplarla a nivel legislativo, si bien es necesario apuntar que, antes de elevar el precepto a norma jurídica, los tribunales alemanes ya habían admitido la figura, tanto respecto a la S.A., como respecto a la S.R.L. El precepto normativo alemán que la contempla es muy parecido al artículo 202 de nuestro Código de Comercio.

También en Inglaterra ha sido muy conocida la existencia de la "one man Company", cuya legalidad fue discutida judicialmente a fines del siglo pasado con ocasión del proceso Salomon vs. Salomon and Co. Ltd., conocido también como Broderip vs. Salomon. El resultado de este juicio fue la admisión de sociedades ficticias o simuladas como lícitas. Sin embargo, hoy, la Companies Act de 1948, reconoce la legalidad de constituir una "company" con un solo accionista, pero ampliando la responsabilidad de éste si en el término de seis meses no disuelve la sociedad.

Aunque la mayoría de los países (Bélgica, Honduras, Luxemburgo, México, Venezuela, etc.) hoy adoptan la solución tradicional francesa, no son pocas las legislaciones que contemplan la sociedad de un solo socio, tanto en la S.A., como en la S.R.L. Es importante tener presente que este instituto sólo rige respecto a las denominadas sociedades de capital.

Las legislaciones que admiten este tipo de sociedad pueden dividirse en dos grupos: a. las que permiten desde su constitución (Estado de Iowa, E.U.A., Liechtenstein, etc.); y b. las que no consideran la disolución de la sociedad si ello ocurre, pero exigen para su constitución dos o más partes (Alemania, Costa Rica, España, Inglaterra, Italia, etc.). Este segundo grupo se subdivide a su vez en dos: 1. aquellos que permiten su legalidad, sin aumentar la responsabilidad del único socio (Alema-

nia, Costa Rica, España) y 2. aquellas que, permitiendo su legalidad, aumentan la responsabilidad del único socio (Inglaterra, Italia).

Por último es de importancia resaltar que nuestra Sala de Casación, en su sentencia No. 70 de las 15:15 hrs. del 17 de agosto de 1956 aplicó a la sociedad de responsabilidad limitada el principio normativo que hoy contiene el artículo 202 del Código de Comercio.

b. En aquellos países en donde no se regula la E.I.R.L., ni se permite tampoco la creación o subsistencia de sociedades unipersonales, se ha recurrido, en la práctica, a la constitución de sociedades simuladas o ficticias, en donde los socios que sirven para integrar la pluralidad legislativamente exigida son meros testaferros u hombres de paja.

Estas sociedades han sido algunas veces defendidas, bien a nivel jurisprudencial (en Inglaterra con el caso ya citado de Salomon vs. Salomon & Co.), bien a nivel de congresos internacionales, como sucedió en las Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas, celebradas en Montevideo, en setiembre de 1958.

En Italia, juristas de la talla de Bonfante, Brunetti, De Gregorio, De Ruggiero, Messineo, Salamandra, Sraffa, Valeri y Vivante han sostenido con vehemencia que contra este tipo de entes no procede la acción de simulación.

La mayoría de la doctrina mercantilista contemporánea se inclina hoy por rechazarlas, pues estas compañías no implican otra cosa que un vulgar "fraus legis".

Un brillante intento para defender la validez de este tipo de sociedades fue el que realizó el italiano Tullio Ascarelli, luego secundado por Paolo Greco. Ascarelli distinguía entre negocio jurídico simulado —viciado de nulidad— y negocio jurídico indirecto —perfectamente válido—, en cuanto a este último explicaba el eminente profesor que a veces la práctica contractual trata de adaptar las instituciones vigentes usándolas en nuevos casos para lo cual no estaban típicamente destinadas por el legislador, de modo que el negocio jurídico, indirecto en un primer momento, se transforma naturalmente con el tiempo.

Lo cierto es que, hoy en día, la teoría del negocio indirecto tiene en Italia muy pocos simpatizantes.

4. La necesidad de resolver favorablemente el problema económico que plantea la responsabilidad del empresario individual, ha dado origen, en algunos países, a un importante movimiento doc-

trinario dirigido a encontrar soluciones, para con ello erradicar el prolífero uso de formas o medios, ilícitos unos (sociedades ficticias o simuladas), contrarios a la función típica de una institución, los otros (sociedades de un solo accionista).

La solución al problema ha creído encontrarse en la empresa individual de responsabilidad limitada, institución que tiene a su favor un decidido apoyo de un respetable sector doctrinario y que cuenta con el reconocimiento de tres países del orbe.

En 1887, Sir G. Jessel manifestó en Inglaterra que no veía por qué las personas no pudieran negociar libres de toda responsabilidad que exceda la suma que han suscrito, si esto lo han comunicado a sus acreedores.

En 1890, Paul Speizer, refiriéndose al proyecto alemán sobre sociedades de responsabilidad limitada, dijo que éste mostraba el camino para la utilización de la limitación de responsabilidad por parte del comerciante individual para sus compromisos de orden comercial.

En una conferencia celebrada en Ginebra en 1892, se solicitó que se extendiera a la empresa individual la limitación de responsabilidad de que ya gozaban la "private company" en Inglaterra y la sociedad de responsabilidad limitada en Alemania.

En una sesión de la Asociación Suiza para el Comercio y la Industria, en abril de 1893, el delegado G. Kahn propuso el estudio sobre el tema de si, en una reforma al Código de las Obligaciones, sería oportuno introducir la responsabilidad limitada para el comerciante individual.

En 1895, Karl Wieland abogó en Alemania por la responsabilidad limitada del comerciante individual.

En 1910, el austríaco Pisko, presentó un estudio sobre esta problemática, trabajo que finalizaba con un proyecto de ley sobre la E.I.R.L.

En Francia, en 1920, Jean Maillard y Gorges Bureau presentaron un proyecto de ley que fue rechazado por la Comisión de Comercio del Congreso. En 1922, Drouets realizó un estudio profundo del problema.

En el año 1926, E.I.R.L. queda incorporada en el Código Civil de Liechtenstein, teniendo como antecedente el proyecto de Pisko y pasando a ser ésta la primera legislación que admite la limitación de responsabilidad del comerciante individual.

De ese momento en adelante el problema tomó extraordinario interés y ha sido objeto de muy serios y profundos estudios y discusiones doctrinales.

En 1928, en Suiza, Paul Carry pronuncia una conferencia sobre la legislación del Principado de Liechtenstein; lo mismo hace en 1939 R. Ischer.

En España, el primero en afrontar el tema fue Roig y Bergada en una conferencia dada en Barcelona en 1930. En 1937 también lo hizo Antonio Polo y 5 años después, Sixto García Álvarez. También han dedicado grandes esfuerzos al tema los tratadistas Agustín Vicente y Gella y Felipe Solá de Cañizares.

En México sólo Cervantes Ahumada, en 1943, se ha referido a la E.I.R.L.

En Panamá deben destacarse los trabajos de Renato Ozores y en Honduras la obra de Dennis Aguiluz.

En nuestro país, el Lic. Napoleón Valle publicó, en 1953, un estudio sobre el tema en la Revista del Colegio de Abogados; en 1959, el Lic. Francisco Morelli publica, en esa misma Revista, otro artículo sobre el tema. En un seminario sobre el Código de Comercio organizando por A.N.F.E. en junio de 1964, el Dr. Octavio Torrealva dictó una conferencia sobre la E.I.R.L., que fue publicada ese mismo año. Por último, es interesante destacar que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica se han escrito tres tesis de grado sobre la empresa individual.

5. Sólo tenemos noticias de tres países que han incorporado a sus respectivas legislaciones la figura de la E.I.R.L.: el Principado de Liechtenstein en 1926, nuestro país en 1964 y la República de Panamá en 1966.

El Principado de Liechtenstein tiene el privilegio de haber sido el primer país en elevar a derecho positivo la E.I.R.L. en su Código Civil de 1926. La figura se encuentra regulada bajo el título XV que consta de 63 artículos (del 834 al 896) ordenados bajo los siguientes temas o capítulos: a. concepto y formación; b. aumento y reducción del capital comercial y obligación de un pago complementario; c. patrimonio del negocio; ch. la relación de la empresa con terceros; d. el traspaso de la empresa; e. la disolución de la empresa; f. la transformación; g. remisión; h. derecho internacional; i. otras empresas individuales de responsabilidad limitada.

Por su parte, nuestro país ostenta el mérito de ser el primero de América, segundo en el mundo, en reconocer legislativamente a la E.I.R.L., regulándola en el Libro I, título I, Capítulo II del Código de Comercio que entró en vigencia en el año 1964, con tan solo 8 artículos que van del 9 al 16.

El articulado contiene una serie de lagunas y algunas graves y serias contradicciones. Entre las primeras podemos enumerar todo lo relativo a libros, causas de disolución, nulidad del negocio jurídico unilateral mediante el cual se constituye; régimen de los aportes (no obstante la remisión que opera el inciso del artículo 10, que se revela del todo insuficiente); fusión, transformación, etc. Entre las segundas es elemental mencionar el párrafo segundo del artículo 9 según el cual, no obstante reconocerse que la E.I.R.L. es una persona jurídica independiente y separada de la persona física a quien pertenezca (párrafo primero de esa misma norma), que goza de plena autonomía patrimonial, la propia y característica de las denominadas sociedades de capital (artículo 12), se cae en el absurdo de decir que en lo tocante al impuesto sobre la renta, el propietario formulará una sola declaración en donde incluirá el imposible proveniente de cada una de sus empresas individuales de responsabilidad limitada; por su parte, el artículo 16 establece que si el gerente (que según el último párrafo del artículo 10, puede ser o no el mismo propietario) fuere condenado por el delito de quiebra fraudulenta o culpable, el Juez decretará oficiosamente embargo general sobre los bienes del propietario, poniendo en entredicho, de esta manera, no sólo la responsabilidad limitada del propietario, sino la misma autonomía patrimonial que tan pomposamente enuncia el artículo 12.

Hay luego algunas disposiciones que realmente no comprendemos: el artículo 9 establece en su primer párrafo que las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole; el artículo 13 dice que el traspaso de la empresa deberá publicarse en extracto en el periódico oficial e inscribirse en el Registro Público, de donde parece dar a entender que nuestro legislador confunde la E. I. R. L., que es una persona jurídica, con la empresa (actividad económica organizada) o con la hacienda (universalidad de bienes que constituye el elemento objetivo de la empresa), error en que vuelve a incurrir en los artículos 479 y 480, al someter el traspaso de la E.I.R.L. al régimen especial de la compraventa de establecimientos mercantiles e industriales.

Panamá es el tercer país, y el último de que tenemos noticia, en regular la E.I.R.L., mediante la Ley de Empresas de Responsabilidad Limitada No. 24 del 1 de febrero de 1966. La Ley consta de 86 artículos divididos en dos secciones: en la primera (artículos 1 al 62), se regula la sociedad de responsabilidad limitada; en la segunda (arts. 63 a 84), la

E.I.R.L.; los últimos dos artículos son realmente disposiciones transitorias. La fuente de inspiración del legislador panameño fue el proyecto elaborado por el Dr. Renato Ozores, al que se le introdujeron pequeños agregados y ligeras modificaciones.

6. Las críticas pueden condensarse en las siguientes palabras del Prof. Agustín Vicente y Gella: *"...; salvando nuestro respeto a quienes dicha tesis propugnan, estimamos que la responsabilidad limitada en la empresa individual no tiene ningún fundamento jurídico; no está justificada por necesidad económica alguna; sería imposible de organizar con Registro Mercantil o sin él; carecía de toda ventaja práctica, y es probable que sólo sirviera para defraudar a algunos contratantes de buena fe"*.

Ennecerus, y con él un respetable sector doctrinario, distingue dos tipos o clases de responsabilidad limitada: a. en cuanto a su importe, como es el caso de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima, y b. en cuanto a su objeto, es decir, circunscrita a determinados bienes del patrimonio del deudor. La primera no es una verdadera limitación de responsabilidad, porque los socios los verdaderos titulares de la responsabilidad limitada, no son los deudores directos de los débitos sociales; nótese bien que es la sociedad la que asume directamente las obligaciones contraídas en su nombre y de ellas responde en forma ilimitada con todo su patrimonio. Tenemos entonces que es la segunda la verdadera limitación de responsabilidad, limitación que puede generarse así:

- a. Excluyendo ciertos bienes de la ejecución judicial coactiva por expresa disposición de ley, como sería el caso de la declaración de inembargabilidad de ciertos bienes (arts. 984 del Código Civil; 172 del Código de Trabajo y 546 del Código de Comercio).
- b. Especificando ciertos bienes sobre los cuales sólo cabe hacer efectivos determinados créditos, como sería la responsabilidad del heredero que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario (art. 535 del Código Civil) o la constitución de hipoteca o prenda (arts. 413 y 415 del Código Civil y 540 del Código de Comercio).
- c. Las hipótesis contenidas en el artículo 568 del Código de Comercio costarricense 1853.
- d. La redacción de una cláusula contractual expresa de limitación de responsabilidad,

producto de la autonomía privada de las partes.

- e. Mediante la llamada "limitación de hecho", cuyo ejemplo más conspicuo dentro del Derecho Mercantil es la sociedad anónima con un solo accionista (art. 202 Código de Comercio) o el de la sociedad de responsabilidad limitada con un solo cuotista, figura admitida jurisprudencialmente en nuestro país bajo el imperio de la derogada legislación mercantil (ver Sentencia de Casación No. 70 de 1956, ya citada), pero decididamente improcedente bajo el actual Código. Esta hipótesis, a diferencia de las anteriores, no nace ni de pacto expreso de Ley, ni de disposición convencional, sino, pura y simplemente, de la voluntad de una persona, en la medida en que sus posibilidades económicas le permitan convertirla en realidad.

La razón de ser de las tres primeras hipótesis es sumamente clara y no amerita aquí, por la naturaleza de este trabajo, ulteriores comentarios. Lo mismo puede decirse de la cuarta, de procedencia harto dudosa en nuestro medio (ver incisos *m* y *r* párrafo 2 del artículo 1023 Código Civil y artículos 981 y 292 ejusdem).

Es precisamente con la admisión de la última hipótesis (que constituye una figura indiscutiblemente anómala de sociedad) por la mayoría de las legislaciones mercantiles del mundo occidental, donde encuentran fundamento los defensores de la limitación de responsabilidad del comerciante individual para justificar la existencia y el reconocimiento legislativo de la empresa individual de responsabilidad limitada.

Pero el reconocimiento legislativo de esta "sociedad" no puede dirigirnos, de "iure condendo", a negar el principio ancestral de la responsabilidad del hombre por sus acciones y emisiones y de que no es él mismo el encargado de fijar las consecuencias de su accionar, principios cuyo desconocimiento nos llevarían sin duda a negar toda posibilidad de instaurar un orden social.

Es verdad de perogrullo que la "einnenschgesellschaft" es una persona distinta a la de su único accionista, que se trata de dos sujetos de derecho totalmente diferentes y autónomos y, por ende, de dos patrimonios totalmente separados el uno del otro; pero es también cierto que, a su respecto, no podemos hablar de dos voluntades diferentes (sino de una voluntad común), ni de dos esferas diferentes contrapuestas (sino de intereses también comu-

nes). Además, para nadie es un secreto que el concepto de persona jurídica, como nos lo enseña Giuseppe Menotti di Francesco, está compuesto tanto por un elemento formal como por uno sustancial, constituido por la posibilidad de voluntades e intereses independientes.

Ahora bien; la realidad es que la "one man company" no constituye en todas las legislaciones que la admiten una verdadera limitación de facto de la responsabilidad civil, pues el único accionista, en mayor o menor grado, y en cierta hipótesis, responde con sus propios bienes por las obligaciones contraídas por la misma: la doctrina ha admitido que cuando el único socio, valiéndose del ente, realiza, dolosa o culposamente, actos que actuando en nombre propio no hubiere podido realizar, responde personal o ilimitadamente por ellos. Además es importante recordar aquí las limitaciones que al respecto establece el Derecho Inglés y el "Codice Civile".

De todo esto se intuye que de una hipótesis totalmente anómala o, en el mejor de los casos, decididamente excepcional, no puede generalizarse para llegar a la responsabilidad limitada del comerciante individual.

Pero aún insistiendo en su procedencia, con el ánimo de polemizar únicamente, es elemental recordar que el legislador no puede desatender el interés público, ni tampoco el particular de quienes contratan con el "comerciante individual limitado"; y así la mentada limitación debe reglamentarse, por un lado, con garantías que tiendan a evitar, en lo posible, la defraudación a terceros y, por el otro, con excepciones que, en ciertos casos, deroguen el principio general.

Entre las excepciones deben señalarse como indispensables las siguientes:

- a. la propia voluntad del comerciante individual limitado: el interesado puede pagar, si no fueren suficientes los bienes de su "empresa", con su propio patrimonio, o bien darlos en garantía, siempre que le interese o se lo imponga como requisito previo al negocio la contraparte al través del denominado "pacto de extensión de responsabilidad.
- b. Respecto de obligaciones que tienen origen en una ley de orden público, de lo que constituyen conspicuos ejemplos las disposiciones del párrafo segundo del artículo 9 y el artículo 16 de nuestro Código de Comercio; y
- c. la constituida por acciones indemnizatorias derivadas de incumplimientos que se

fundamenten en la existencia de dolo o culpa grave del interesado, según se desprende con claridad meridiana de los citados incisos *m* y *r*, párrafo 2 del artículo 1023 del Código Civil.

Como podrá notar el amable lector, la necesaria presencia de estas excepciones y la aposición de las garantías a que hemos hecho mención hacen poco menos que inútil para el propio interesado la limitación de su responsabilidad, superando así sensiblemente las dificultades que presentaría el desenvolvimiento práctico de la empresa individual de responsabilidad limitada a las ventajas a que, en determinados aspectos, pudiere ofrecer.

Otras razones de menor elaboración, aunque si bien no de menor trascendencia, ha opuesto la doctrina a la procedencia de esta figura: establecer una separación de patrimonios (el de la empresa y el de su titular) con autonomía económica y funcional y con distintos acreedores, no produce como único efecto limitar la responsabilidad del comerciante persona física, sino además el de cambiar el orden de prelación de los créditos, lo que no puede hacer una persona mediante una simple declaración unilateral de voluntad —como tampoco podría pactarlo convencionalmente con la contraparte— por ser materia de interés general, abstraída de la autonomía privada; la empresa individual de responsabilidad limitada, y también su hermana gemela la "one man company", atentan contra el principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio, claramente sancionado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 981 del Código Civil; el reconocimiento de dos personas distintas (la empresa y su titular) da lugar a una confusión de patrimonios pues, en un determinado momento, sería muy difícil indicar, respecto de los bienes no registrables, cuáles pertenecen a la empresa y cuáles a su titular, lo que conllevaría a la comisión de fraudes; atenta contra la moral cuando el fundador, protegiéndose en la responsabilidad limitada, puede evadir el cumplimiento de sus obligaciones mediante una declaración unilateral, creando para sí una situación de privilegio con su sola y propia voluntad, al sustraer bienes de su patrimonio personal de la persecución de sus acreedores; que desde 1926 a nuestros días sólo tres países, por lo más de escasa importancia y tradición jurídicas, han elevado a nivel legislativo la empresa individual de responsabilidad limitada, lo que demuestra una tendencia general de los legisladores a su rechazo.

A la conciencia y buen juicio del amable lector dejo la conclusión definitiva de esta problemática.

**CONSIDERACIONES VARIAS SOBRE LAS REFORMAS
AL PODER JUDICIAL, SEGUN LA LEY No. 124
DEL 1 de JULIO DE 1980***

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.
Profesor de la Facultad de Derecho.
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas.*

SUMARIO :

Resumen.	34
I. Introducción.	34
II. Antecedentes varios.	35
III. Documentos del Poder Judicial.	35
IV. Reflexión sobre las reformas.	36
V. Conclusión.	38
VI. Sinopsis.	38
VII. Adendum.	39

* Documento de trabajo presentado al V Seminario Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, celebrado del 25 al 29 de agosto de 1980 en San José (Costa Rica); organizado por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, con la colaboración del Poder Judicial, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados, con relación al análisis del Poder Judicial en América Latina.

RESUMEN

Este breve trabajo pretende dar una idea acerca de las reformas propuestas por el Poder Judicial y convertidas en ley, a partir del 1 de julio de 1980.

Tales reformas tienden hacia el objetivo de darle celeridad a los asuntos que se le presentan al citado Poder, recayendo el peso de la reforma en la estructuración de la Corte Suprema, cúpula jerárquica y jurisdiccional.

Las reformas se tramitaron rápidamente en la Asamblea Legislativa, lo cual demuestra la importancia que le dieron los diputados a los planteamientos de los magistrados.

Consideramos que si bien es cierto que se da una reestructuración de la Corte y que cualquier magistrado puede optar por la Presidencia de ese Poder, también lo es que tales reformas no son suficientes para lograr el objetivo constitucional de administración del derecho pronta y cumplida.

La tarea de reconfigurar el Poder Jurisdiccional es larga, ardua y compleja. Hay que tener fe en que se llevará a cabo algún día.

I. INTRODUCCION.

El Poder Judicial forma parte de ese aparato, máquina, instrumento que se conoce como "Estado". Sin embargo, es preciso decir que desde el ángulo sociológico es mejor decir que el "Estado" es parte consustancial al proceso de dominación socio-política en una comunidad dada, más que un instrumento de la clase dominante, máquina tecnoburocrática o aparato de dominación. Ello, porque tal ubicación pondría al "Estado" (en cuanto sociedad política, Gramsci) fuera de la sociedad civil y como susceptible de ser una "cosa", un "objeto" posible de ser utilizado por el grupo de poder hegemónico. Al contrario, el "Estado" es parte consustancial, inherente al proceso de dominación en una colectividad. De ahí que el tema de la autonomía relativa del "Estado" se proponga en términos de su *rôle* en ese proceso de dominación, en cuanto elemento dialéctico y dinámico de la lucha de clases en cualquier sociedad política *ceteris paribus*.

En este sentido, sin duda el Poder Judicial, es un factor clave de legitimación de ese proceso de dominación socio-política y económica. Y, como estructura burocrática que es susceptible de serle aplicado el razonamiento y las consideraciones propias de la burocracia pública (1).

De ahí entonces que se considere al Poder Judicial como un sistema burocráticamente estructurado cuya función es legitimar el macro sistema social (cf. Talcott Parsons), como tarea esencial, y como tarea procedimental o mediadora la de administrar el derecho oficial, consagrado por la ideología jurídicamente dominante. Esto tiene por consecuencia que dicho Poder Público genera (agencia ideológica) pensamiento conservador (reacio al cambio; resistencia a mudanza) no solo porque se lo proponga así mecánicamente (tesis o concepción voluntarista) sino porque su *rôle* fundamental en la sociedad es mantener la tradición, la costumbre, el pasado y, por ende, consagrarlo en documentos públicos denominados *sentencias*, que componen lo conocido como *jurisprudencia*. Esta labor, se realiza burocráticamente (Max Weber, Michels, Merton) en cuanto que las principales estructuras burocráticas de Occidente son, entre otras: ejército (modelo burocrático), Estado, partidos políticos, Iglesia.

La ideología conservadora no solo se comprueba mediante el estudio de contenido de las sentencias, sino además en la fuerza (de hecho) vinculante de los casos ya resueltos. Efectivamente, como ya lo expuso el profesor Carlos José Gutiérrez (2) en la realidad la jurisprudencia es vinculante, aunque teóricamente se diga que no lo es.

Y, es vinculante por varias razones: a) es más sencillo y fácil repetir criterios expuestos anteriormente, que elaborar nuevos criterios; b) la cantidad de trabajo acumulado en los tribunales conduce a que exista poco tiempo para resolver casos pendientes (esto ameritaría un estudio que tienda a comprobar cuánto tiempo duran los asuntos en salir bajo la forma de sentencia; por ejemplo, a lo largo de un año, cuántas sentencias produce el tribunal respectivo, etc.); c) es más conveniente para el juez inferior reproducir sentencias anteriores que han contado con el visto bueno del juez de alzada, pues de este modo va a la segura, en el senti-

(1) Cf. Nuestro estudio sobre la Sociología Jurídica en Max Weber (San José: Universidad de Costa Rica, 2da. ed. 1980, *in toto*).

(2) Cf. Los jueces de Costa Rica, Hipótesis y sugerencias para su estudio. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 22, 1973); y, nuestro trabajo sobre Algunas anotaciones sobre la sociología del derecho (*idem*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 22).

do de que no le anularán sus resoluciones, al confirmárselas. Esto tiene relación con el hecho de que es ideológicamente censurado aquel juez cuyo superior le rechaza sus criterios, al anular la sentencia (3).

En este contexto, analizaremos algunos aspectos de la reforma al Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES VARIOS.

Un grupo significativo de abogados litigantes se quejan hace tiempo de la tardanza de los tribunales en resolver, para ello se pone el ejemplo de la Corte de Casación* que tiene 7 años de atraso en su materia.

En este año de 1980, el sindicato de abogados, llamado Unión Costarricense de Abogados llevó a cabo un seminario de crítica y estudio a los factores burocráticos que inciden en la tardanza del Poder Judicial para resolver los asuntos; existiendo consenso en el gremio abogadil de que el Poder Judicial no cumple con el art. 41 de la Carta Magna que manda:

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Hace falta realizar un estudio integral, de carácter sociológico acerca de este Poder, en relación a este artículo constitucional.

De parte de los magistrados, superiores jerárquicos de ese Poder, también ha existido preocupación por agilizar la administración del derecho, empero, las soluciones —hasta el momento— no han dado resultados satisfactorios.

Al respecto, se puede decir, que el año pasado la Corte Plena (reunión de los 17 magistrados) concretó un proyecto de reforma que remitió al Poder Legislativo, el cual procedió a tramitar en forma acelerada, lo cual fue sintomático de las buenas relaciones entre ambos Poderes y del especial interés

de parte de la Asamblea Legislativa en esas reformas. Todo esto en un contexto caracterizado por la deficiencia de este Poder y su poca productividad, ya que una serie de proyectos de ley se archivan y no se conocen dado el bajo rendimiento laboral de los diputados actuales. Ello ha provocado una protesta de los medios de comunicación, pues los periodistas que cubren las informaciones de la Asamblea Legislativa tienen poco trabajo, quejándose las Juntas Directivas de esos medios por la baja rentabilidad de los periodistas respecto a los salarios que se les paga. Por supuesto que esta situación contribuye a erosionar, desprestigiar y deslegitimar el sistema político, la democracia y el Poder Legislativo (cf. entre otros, el editorial de *La Nación*, del 6 de agosto de 1980, pág. 14-a).

III. DOCUMENTOS DEL PODER JUDICIAL.

La fecha de este documento es de noviembre de 1979 y la publicación de la ley en *La Gaceta* es del 1 de julio de 1980. Como se observa, en un tiempo récord se aprobó lo propuesto como reformas. Expresa este documento que *"dentro de la Corte se comentó que es necesario dar una organización a la propia Corte"* (sic). Es hasta abril de 1979 en que se redacta un anteproyecto que se discutió en la sesión del 31 de mayo (4).

Este conjunto de reformas tienden —según el citado documento— a organizar la Corte y distribuir el trabajo, incluyendo los recursos con sede en la Corte Plena (5).

A) Aspectos que tienden a lograr agilidad en la tramitación:

- 1) El secretario de la Corte puede autenticar las firmas de los notarios y funcionarios judiciales, en los documentos que deban enviarse al exterior, sin perjuicio de que también pueda hacerlo (como antes de la reforma) el Presidente de la Corte. (Art. 110, párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
- 2) Disponer que las Salas de la Corte ejerzan el régimen disciplinario de los notarios

(3) Se hace necesario efectuar un estudio sociológico acerca de lo que se podría denominar tribunales y resoluciones.

*Con la reforma citada esta Corte sufre modificaciones (ahora se llama Sala 1a.).

(4) Publicación del Poder Judicial en mimeógrafo, noviembre de 1979, p. 1. Este documento fue remitido al Poder Legislativo.

(5) Idem., p. 2.

públicos. Antes de la reforma esa materia de la Corte Plena (conjunto de los 17 magistrados). (Cf. art. 5 de la Ley No. 124).

- 3) La anterior clasificación de la Corte era: una Sala de Casación, dos Salas Civiles y dos Salas Penales. Ahora el organograma contiene tres Salas (1a., 2da. y 3era.). La primera reemplaza a la de Casación. Hay que hacer notar que existe igualdad formal entre esas tres Salas, empero —sustancialmente— la primera tiene un rango superior, al tener en su seno al Presidente de la Corte (y ser más numerosa —7 magistrados—), con el fin de hacerlo congruente con el art. 162 de la Carta Magna: *"el Presidente de su Sala Superior lo será también de la Corte"*. Al respecto hay que decir que el actual Presidente, Magistrado Coto Albán manifestó que una vez que se reformara ese art. 162 para adecuarlo a la igualdad formal de las Salas, él estaría anuente a que nombrara rotativamente la Presidencia, renunciando al cargo de Presidente, ya que cualquiera de los 17 magistrados podría optar a dicha Presidencia con la reforma (ya que anteriormente sólo podían ser candidatos los magistrados de Casación) (6).
- 4) Conocimiento de los recursos de amparo por una Sala y no por la Corte Plena, como antes de la reforma, ello al tenor del art. 6, párr. 1 de la Ley de Amparo (Sala Primera, según art. 61, inciso 3 de la LOPJ).
- 5) Distribución de asuntos administrativos: de acuerdo con el art. 50 reformado, los diversos juzgados (sentido genérico) conocen y resuelven de materia administrativa (función administrativa del Poder Jurisdiccional), con el fin de distribuir esta materia entre esos juzgados y no recargar a la Corte Plena.

IV. REFLEXION SOBRE LAS REFORMAS.

Estas reformas no cumplen con el objetivo de darle agilidad a la tramitación de los asuntos en el

Poder Judicial, en buena parte, ya que dichas reformas van orientadas hacia cierta flexibilidad mínima de un campo reducido de asuntos, como se puede observar.

Se trata de reformas concebidas desde la cúpula misma del Poder Judicial. Claro está, que mientras el proyecto estuvo en la Asamblea Legislativa solo un documento del Abogado Alvaro Ciro Vargas, en materia de trabajo (7), fue enviado. Tanto la Corte como la Asamblea lo rechazaron (8). Los demás abogados litigantes no presentaron reformas que contuvieran el punto de vista de sus intereses. Por ello, estas reformas tienen el sello de la perspectiva de los magistrados (criterio oficial, por así decir).

Resulta llamativo que los demás abogados no propusieran reformas. Se ha dicho que ello se debe al miedo de "enojar a los magistrados y con ello perder los asuntos en la Corte". De todas formas, el enfrentamiento entre burocracia y clientes de la organización siempre se da, como lo han demostrado los estudios realizados en Estados Unidos y Europa. Pero, a esto hay que agregarle que las relaciones con una organización o burocracia pública presenta relaciones formales (estatuidas) e informales, fruto de la relación personal, humana entre burócrata y cliente o usuario de los servicios de la burocracia.

La hipótesis que propongo es que con esas reformas no se va a lograr mayor agilidad y rapidez en la tramitación de los asuntos ubicados en la Corte.

Ofrezco esa hipótesis de trabajo debido a que las reformas afectan una mínima parte de los asuntos en tramitación, por otro lado el atraso ya existente (de varios años) sigue siendo una rémora para el presente y el futuro; y, además, las comisiones administrativas (funciones de administración pública) de los magistrados se mantienen. A veces se dice, en forma de mera ilustración o ejemplo que el 30 por ciento del tiempo efectivo o real laborado por la Corte se dedica a asuntos administrativos. Probablemente esto no sea cierto en la realidad, pero da una idea acerca del porcentaje preponderante de asuntos meramente administrativos que les toca resolver a los magistrados. Por esta razón, sería conveniente considerar la posibilidad de darle mayores atribuciones a los expertos en adminis-

(6) *Ibíd.*, p. 9.

(7) Expediente relativo a la Ley No. 124 de 1980 depositado en el archivo de la Asamblea Legislativa.

(8) Documento de la Corte de noviembre de 1979, pp. 1 a 7.

tración pública que ocupen el cargo homólogo a gerente de una empresa privada, ya sea individual o colegiado. En otras palabras debe existir una mayor delegación tanto de poder como de atribuciones administrativas en el *status* de "gerencia y administración del Poder Judicial". Esta es una reforma muy necesaria. Así se fortalecería la Dirección Administrativa, la cual hace pocos años se creó, en forma debilitada. Se hace necesaria una evaluación de esta Dirección con el objeto de fortalecerla, al tenor de un proceso de descentralización.

Otra reforma importante consiste en que se eleve el número de magistrados a 25 (de 17 a 25) con el objeto de que más personas atiendan el creciente trabajo de las Salas, pues aquellos años de 1888 han quedado atrás en tiempo y en términos cualitativos. Asimismo, se debe señalar un plazo de ocho años para ejercer la magistratura con una sola prórroga, con el fin de que más abogados tengan la posibilidad de ser magistrados y de hacer congruente esa situación con el sistema democrático (actualmente, la costumbre es nombrar —de hecho— hasta la pensión o retiro jubilado, muerte o retiro voluntario a los miembros de la Corte (9)).

Por otro lado se debe nombrar una contraloría e inspección judicial con plenas atribuciones, a cargo del Poder Legislativo y electa por una mayoría calificada, con el objeto de darle una mayor eficacia al principio de fiscalización, frenos y contrapesos de los Poderes Públicos.

Por lo que respecta al procedimiento de nombramiento de los magistrados, debe existir una tendencia a que los partidos políticos que controlan la Asamblea Legislativa tengan límites a su *praxis* meramente política, que puede conducir a abusos. Actualmente por mayoría simple (mitad más uno de los diputados presentes) se nombra a los magistrados. En vista de la erosión y la debilidad de los partidos políticos (cada vez más esquizados, oligarquizados y obsoletos) y de su efecto, la pérdida de legitimidad y representatividad del Poder Legislativo, se corre el riesgo de que el nombramiento de magistrados llegue a festinarse, pudiéndose nombrar (al futuro) a un magistrado por su filiación política partidista; y, por su amistad o afectos en el partido mayoritario en el parla-

mento. Este peligro hay que evitarlo ante la creciente deslegitimación del Poder Legislativo y su pérdida constante de prestigio. La reforma, en este caso, debe ir orientada hacia la formación de ternas en el Poder Judicial, Colegio de Abogados, las unidades universitarias que gradúan abogados, y otros organismos y sectores, con el objeto de que todas las fracciones de abogados tengan posibilidad de coadyuvar en la formación de esas ternas. Esta idea se ha discutido bastante en el país y tiene consenso entre los abogados litigantes y algunos sectores de las cúpulas de los partidos tradicionales de la comunidad. Esta reforma reduce un poco la politización en el nombramiento de los magistrados, le da un carácter más democrático y le da la oportunidad a abogados que de plano no la tienen (por la cerrazón del actual sistema) de, al menos, formar parte de una terna. Por otra parte, los diputados tendrán menos posibilidad de hacer nombramientos "por razones políticas" o de amistad al tener menos espacio o terreno para nombrar. La crítica la oriento hacia el Poder Legislativo por su pérdida de legitimación ante la sociedad, lo cual es muy peligroso para la estabilidad del sistema político, porque redundaría en un eventual fortalecimiento (aún mayor) del Poder Ejecutivo y (tal vez) en la de la aparición de manifestaciones neofascistas.

Estos peligros que se pueden presentar hacia el futuro deben ser resueltos a tiempo. Esta es una tarea responsable para aquellos que desean que la democracia costarricense no solo se mantenga sino se robustezca.

En última instancia estas reformas tienden hacia una apertura en la estructura de poder del Poder Jurisdiccional, hacia la democratización del mismo, lo cual es absolutamente saludable para el sistema político; para administrados y administradores.

Claro está, que se llevará mucho tiempo la cristalización de estas reformas; y, ello implica que mantenemos las esperanzas de que algún día se pongan en práctica (juicio de valor).

Finalmente indiquemos que en la reforma no se contempló (fue omitido) qué sucedía con los asuntos en trámite ante las salas. Ante esta omisión, la Corte decidió que los expedientes, en esa calidad, permanecieran bajo conocimiento de

(9) Arts. 121, inc. 3, 157 y 158 de la Carta Magna.

aquellos magistrados que venían estudiándolos en su sede jurisdiccional correspondiente.

A) Necesidad de hacer una reforma global al Poder Judicial.

Todo el aparato del Estado debe ser modernizado y por ende, el Poder Judicial. Al respecto debe nombrarse una comisión dedicada a la reforma en los organogramas, fluxogramas y cronogramas de la Administración Pública.

Así lo requieren las condiciones del presente. Sin embargo, en vista de que ello afecta la estructura de poder y fuertes intereses creados, tal reforma se hará o imposible o de aplicación y confección mínima. La llamada **ampliación o ensanchamiento del aparato estatal** (Christine Buci - Glucksmann) se ha venido haciendo en Occidente en forma no planificada, anárquica, tal y como si se tratara de una mancha de aceite. Por ejemplo, la creación del sector de las **empresas públicas** (creciente intervencionismo del Estado en la economía) ha sido (en buena medida) una respuesta favorable al sector privado y a las compañías transnacionales, sin importar los efectos sociales y de eco-mercado que puedan tener.

En lo concerniente al Poder Judicial, deben existir nuevos métodos de fiscalización de labores y de eficiencia administrativa. Los controles deben ser de diversa naturaleza. Esto se dice pensando fundamentalmente en la indefensión, inseguridad y anonimato en que quedan los administrados frente al leviathan del Estado. No basta una ley del consumidor (ya que no solo no se aplica, están en el papel, sino que es técnicamente mal confeccionada) ni los denominados vigilantes de los derechos individuales y sociales. La verdad es que el administrado está en una posición cada vez débil frente al gigantesco aparato del Estado y que las relaciones reales de dominación subordinan al ciudadano a la burocracia estatal.

Al respecto cabe decir que la sociología del derecho muestra como las leyes (en la realidad) no se cumplen y que el administrado ha quedado apresado por los hilos visibles e indivisibles del sistema burocrático. ¿Cómo resolver este dilema organizacional?

V. CONCLUSION.

Satisface comprobar el interés de los diputados en tramitar las reformas propuestas por la Corte, en un contexto en el cual la deficiencia en el

trabajo ha sido la tónica de los curules diputadiles.

Cabe esperar que otras reformas de mayor profundidad, calibre y eficacia se puedan tramitar en el futuro, orientadas hacia el rompimiento de los círculos viciosos que impiden que se cumpla con el art. 41 de la Constitución Política.

Ha sido lamentable que los abogados litigantes no hubieran participado en la tarea de ofrecer más reformas de peso al expediente respectivo de la Asamblea Legislativa. Esto no puede calificarse a la ligera de pereza o indiferencia. Es probable que existan otros motivos que expliquen esta ausencia de participación.

Por su parte la Unión Costarricense de Abogados, celebró en este año un seminario sobre "justicia lenta y burocratizada" y propuso la creación de una comisión que le dé soluciones al problema de la morosidad judicial (o tortuguismo burocrático), además de analizar la inspección judicial para hacerla más eficiente (*La Nación*, sábado 2 de agosto de 1980, p. 31-A).

Este esfuerzo de la Unión es loable, sin embargo, el número de participantes fue reducido. Empero, cada día crece esa conciencia gremial sobre la lentitud del aparato burocrático judicial.

De lo que se trata es de colaborar en proporcionar soluciones, respuestas adecuadas a un problema complejo, difícil y profundo.

VI. SINOPSIS.

La tarea del Poder Judicial es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Aquellos conflictos que se le presenten a este Poder Público deberán ser resueltos, aún si no existe norma escrita que tienda a la solución del conflicto o caso específico. Esto es así, en virtud de un principio general de Derecho que goza de muchos siglos de tradición y costumbre. En otras palabras, los tribunales no pueden abstenerse de resolver un caso que tengan en su despacho bajo el pretexto de que no hay norma jurídica que le dé respuesta a dicho caso, que en sí es un problema social llevado al expediente judicial para ser resuelto. De este modo, el concepto de ordenamiento jurídico, como un todo formado por las normas escritas y por los principios generales de derecho (equidad, libertad, sana administración, etcétera) tiene plena vigencia y eficacia.

Es importante hacer referencia a ese concepto de ordenamiento jurídico ya que existe la creencia —errada— de que el derecho es solo el conjunto de

normas escritas. Esta idea equivocada tiene una finalidad práctica para quien la esgrime y es la de negarle derechos, garantías y seguridades a otro sujeto jurídico (a una persona). Por supuesto que además de constituir una tesis falsa, tiene esa finalidad perjudicial para determinadas personas. Por ello es conveniente recordar este aspecto crucial de la aplicación de la Ley. Asimismo, se debe indicar que por motivos de seguridad jurídica (tendiente a darle estabilidad a la sociedad civil) ningún tribunal puede abstenerse de pronunciarse en sentencia (solucionando el conflicto que se le ha presentado), pues ello equivale a darle cabida a la superada y vieja tesis de la venganza privada. Empero, aún quedan vestigios de esa corriente, cuando las personas prefieren solucionar sus diferencias fuera del Poder Judicial (arreglos extrajudiciales), pues por el crecimiento de la población, la complejidad de la vida actual y otros factores, los tribunales están con una carga de trabajo muy fuerte, con lo cual los asuntos tienen atrasos de varios años. Así, por ejemplo, la llamada Corte de Casación (modificada por la Ley No. 6434 de La Gaceta No. 124 del 1 de julio de este año) tiene un atraso de siete años. Cabalmente, estos atrasos institucionales son usados por los litigantes para ganar tiempo y dinero. Es decir, verbigracia en juicios de trabajo, la parte afectada lleva el asunto hasta la sede de casación con el objeto de demorar la sentencia definitiva, jugarse el chance de ganar el asunto en esa sede y además ganarse los intereses y la pérdida de poder de la moneda como efecto del simple paso del tiempo.

Con la Ley No. 124 citada, se trata de reorganizar esferas importantes del Poder Judicial, cuyo nombre propio es de Corte Suprema de Justicia. Es preciso indicar que la función, en el fondo de este Poder es administrar el ordenamiento jurídico (norma escrita más principios generales de derecho) con el fin de poner solución a los conflictos que se le presenten. Insisto en la tesis del ordenamiento jurídico, ya que algunos tribunales de trabajo son reacios a incorporar en sus sentencias dichos principios, con lo cual, en determinados casos, perjudican los intereses legítimos de los asalarados.

A pesar de esta reorganización y de sus sanos objetivos, persiste un aspecto medular en cualquier reestructuración que se busque en una organización burocrática moderna (cf. Max Weber, Etzioni, Merton). Quiere implicar esto que la concepción del Poder Judicial, tal y como está planteado viene del siglo XIX para una sociedad agraria y más sub-

desarrollada y dependiente que la actual. Por este motivo se hace necesario descentralizar, aumentar los medios de fiscalización y eficiencia administrativa; y, tratar este Poder, al igual que toda la maquinaria del Estado, como lo que primariamente es: un sistema burocrático (al respecto es sumamente útil la lectura de la obra del experto en Administración Pública, Johnny Meoño, que acaba de editar la Universidad de Costa Rica). Parte de esta problemática (que será analizada en un futuro y cercano seminario latinoamericano sobre el Poder Judicial a celebrarse en nuestra capital) se orienta hacia el estudio de la estructura organizativa de este Poder en atención a su objetivo de eficiencia administrativa. En este caso, este concepto administrativo, significa que los asuntos sean fallados o resueltos a corto plazo y no a largo plazo.

Así, por ejemplo, se puede indicar que todavía los magistrados tienen bajo su competencia directa una serie de labores administrativas que les resta un tiempo muy valioso para su tarea vital de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esas comisiones administrativas, integradas por magistrados, podrían dar lugar a un equipo de especialistas en administración pública encargados de la gestión "gerencial" y operativa de esta maquinaria burocrática y su enorme cantidad de empleados y funcionarios (agentes públicos, en derecho administrativo; y, en la sociología de la burocracia o de la organización, burócratas, en el sentido científico del término). Claro está que estas medidas descentralizadoras conllevarán un efecto de afección a la estructura de poder inherente a los actuales organigrama, fluxograma y cronograma de ese conjunto burocrático. De ahí, que para los científicos sociales, una de las características de la aplicación del derecho sea la de su configuración burocrática, con sus funciones y disfunciones propias.

VII. ADENDUM. (Composición de las Salas).

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por cuanto:

El primero de agosto próximo empezará a regir la Ley de Reorganización de la Corte No. 6434 de 22 de mayo de este año, publicada en La Gaceta No. 124 del 1 de julio en curso,

COMUNICA:

a) Que de conformidad con esa Ley, la Corte se compondrá de tres Salas, denominadas Sala Pri-

mera, Sala Segunda y Sala Tercera, con la siguiente integración.

Sala Primera: Magistrados Coto, Presidente, Retana, Arroyo, Odio, Cervantes, Vallejo y Zavaleta.

Sala Segunda: Magistrados Jacobo, Presidente, Blanco, Fernández, Cob y Carvajal.

Sala Tercera: Magistrados Porter, Presidente, Valverde, Benavides, Villalobos y Saborío.

La Ley No. 6434 determina los asuntos que conocerán esas Salas:

Que los asuntos que hasta el 31 de julio han sido de conocimiento de las Salas Civiles, lo serán del Tribunal Superior Segundo Civil, que empezará a funcionar el primero de agosto y tendrá sus ofici-

nas en el cuarto piso del nuevo edificio del Circuito Judicial de San José.

Ese Tribunal se compone de dos Secciones, integradas así:

Sección Primera: Doctor Jesús Fancisco Chacón Bravo, Presidente del Tribunal, y licenciados Mario Golcher Avendaño e Iván Avila Fernández.

Sección Segunda: Licenciado Jorge Roldán Poblador, Presidente de la Sección, doctor Juan Luis Arias Arias y licenciado Alfonso Rodríguez Martínez.

En un aviso que se publicará en el Boletín Judicial se hará saber la distribución de asuntos entre las dos Secciones del Tribunal.

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

El sistema de las estructuras jurídicas, encuentra su validez en la correspondencia que exista entre el hecho social actual y la ley vigente que lo contenga.

Dra. Ma. Antonieta Sáenz E.

SUMARIO:

INTRODUCCION.	42
 Parte Primera:	
A. RESEÑA HISTORICA DEL GRATUITO PATROCINIO.	43
1. Roma.	43
2. Edad Media.	44
3. Revolución Francesa y el gratuito patrocinio en la Asamblea Nacional.	46
4. El gratuito patrocinio durante el siglo XIX.	47
 Parte Segunda:	
A. FUNDAMENTOS SOCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA FIGURA DEL GRATUITO PATROCINIO.	49
1. Función social del proceso civil.	49
2. Naturaleza de la institución del gratuito patrocinio.	49
3. Los movimientos reformistas doctrinarios de la actualidad y sus frutos positivos.	50
a. Estado de pobreza.	50
b. Fumus bonis iuris.	51
c. Gratuidad de los servicios profesionales.	52
d. Asistencia legal extrajudicial.	54

Nota:

Deseo manifestar mi agradecimiento a los profesores Giovanni Fabbrini, Director del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Pisa y su asistente Francesco Paolo Luiso, por la abierta colaboración que me prestaran para llevar a cabo el presente estudio.

Pisa, enero de 1979.

INTRODUCCION

La problemática que presenta una institución como "el gratuito patrocinio", salta a la vista, es por excelencia, de naturaleza socio-económica, la cual produce como resultado una problemática de tipo jurídico en la medida en que de ello, deriva una desigualdad entre quienes precisamente, en términos jurídicos, deben ser iguales. En otras palabras, es claro que dicha disparidad, se verifica entre ricos y pobres.

A través del gratuito patrocinio como veremos, históricamente se ha tratado de resolver las diferencias de las partes en el proceso y, en los últimos tiempos, aún fuera del proceso.

No obstante, las respuestas dadas, han constituido únicamente paleativos ya que su imprecisión en cuanto a la naturaleza jurídica de la función y de sus elementos estructurales, han impedido que los sistemas ideados sean practicables y ante todo, justos. Es decir, la falta de conciencia que en el pasado se ha tenido de una tarea como es la asistencia legal al pobre, no la ha desarrollado como servicio público al cual puedan tener acceso los necesitados a igual que se ha hecho en el campo de la salud y la educación para citar dos ejemplos.

A pesar de todo, actualmente creemos, las cosas han cambiado en una perspectiva mejor en razón del interés que han puesto algunos sectores de la doctrina jurídica y política y que han tenido repercusión en sede legislativa. Así, veremos cómo la asistencia legal al pobre, se ha visto modificada notablemente en relación a los sistemas incipientes de patrocinio legal que no observaron en Roma o la Edad Media y aún en tiempos de las ideas iluministas de la Revolución Francesa, sin que ello quiera decir que se haya llegado a una solución definitiva del problema, pero no podemos evitar decir que se han producido positivos progresos.

Es así como mediante la presente investigación, nos proponemos fundamentalmente, a dar conocer la evolución histórico-jurídica de la asistencia gratuita legal y junto ello las manifestaciones modificadoras de la misma y las persistentes deficiencias que rigen aún en la materia.

El esquema a seguir para la exposición del tema será el siguiente:

En primer lugar, se ofrece el citado cuadro histórico, iniciando de la legislación romana, pasando luego, por la Edad Media, la Revolución Francesa hasta desembocar en el fenómeno de los

dos últimos siglos (XIX-XX). En consecuencia, veremos cómo el germen de la institución aparece en Roma, expresada en la "clientela" o la asistencia al pobre mediante la prestación de los oradores o patrones que representaban para entonces a las partes en el proceso, siendo tal servicio una especie de relación entre pobre y patrono con finalidades ante todo, políticas para el último. Un posterior cambio de los valores en virtud de la concepción religiosa y caritativa de la mentalidad medieval, da como resultado la aparición de la asistencia legal gratuita fundada en la caridad y la misericordia de los nobles y la iglesia hacia el pobre que se transmitió a los esquemas legales del Estado y por lo que la prestación legal al pobre constituyó una obra de caridad y no un deber del Estado. Luego, la vía seguida durante el período revolucionario del pueblo francés, en el cual la solución se limitó a ser estipulada en los principales documentos políticos bajo los principios de igualdad y solidaridad humana en donde ciertamente, la asistencia del pobre no venía garantizada a nivel práctico. Finalmente, las respuestas ofrecidas tanto en el siglo XIX como en el XX en los cuales se comienza a notar una maduración de los conceptos referentes a la naturaleza y estructura del gratuito patrocinio por influencia de las ideas sociales del período.

La segunda parte del trabajo se dirige a determinar el producto de las preocupaciones doctrinarias y políticas en la materia y los resultados prácticos que se han efectuado en algunas legislaciones europeas. Notaremos cómo a través de la doctrina se ha llegado a establecer que la gratuidad del servicio legal al pobre es un medio para hacer efectiva la igualdad del individuo para tener acceso a los tribunales y hacer valer sus derechos. Se ha precisado que la paridad debe ofrecerse aún fuera del proceso valiéndose de la prestación de una asistencia extrajudicial que permita a la parte pobre, contar con la asesoría legal o consejo legal. Se ha delineado la importancia de una gratuidad de los costos del proceso englobando la función en una actividad de tipo estatal a efectos de positivizar la igualdad formal de los ciudadanos y, considerando que el acceso a la justicia es no una obra de caridad sino, un derecho del individuo y un deber que debe garantizar el Estado.

Sin embargo, se verá también, cómo el problema aún sufre grandes insuficiencias en las solucio-

nes propuestas, lo que lo convierten en una situación aún no resuelta y por ello, abierta a un mayor desarrollo para llegar a ser satisfactoria.

Se incluye también, un comentario comparativo del instituto italiano contenido por un lado, en el sistema general del gratuito patrocinio y por otro, en la nueva ley sobre el proceso de trabajo que incorpora una mecánica bastante avanzada sobre el particular haciendo notar las diferencias entre ambas normativas.

El estudio concluye con dos breves análisis: uno sobre la figura del llamado beneficio de litigar como pobre y el otro, sobre el sistema seguido por los consultorios jurídicos de la Universidad de Costa Rica.

Cabe dejar aquí la advertencia que, dadas las limitaciones de material en lo concerniente a nues-

tras figuras, el trabajo carece de mayor información aún cuando era nuestra intención realizar un detenido estudio del tema partiendo no solo de la figura como es contemplada por la ley ya que se ha tomado del respectivo reglamento, sino que también, analizando el punto de vista jurisprudencial ya que en cuanto al aspecto doctrinario, se carece totalmente de material.

Una finalidad primordial que nos proponemos con esta investigación es la de plantar una inquietud sobre el problema de la asistencia legal en nuestra sociedad para lograr que, la reflexión y el interés que en ello se pongan, den como resultado un mejoramiento también entre nosotros que indiscutiblemente, será de mucha utilidad, en tratándose del servicio legal al pobre.

Parte primera

A. RESEÑA HISTORICA DEL GRATUITO PATROCINIO

1. Roma:

Como veremos, en Roma, la institución del gratuito patrocinio, no se delineó claramente. Efectivamente, la misma fue el producto de una realidad muy diferente a aquella que más adelante dio lugar a la figura.

Encontramos en Roma que el proceso civil, expresado en la llamada "Legis Actio" (1), no tenía a la actuación de los principios de equidad y justicia sino que, a una fría aplicación de la ley por parte del juez a los hechos que se le presentaban. Fundamentalmente, era un proceso ceremonial en cuanto se plasmaba mediante un puro ritual ejercido por magistrados pertenecientes a la clase patricia —ya que el proceso tenía un carácter privado del cual la técnica era desconocida por la clase plebeya (2)— quienes en algunos casos, se hacían

asistir de intérpretes sacerdotales o abogados religiosos (3). El esquema procesal en los términos expuestos, impedía que se hiciera necesaria una representación procesal la cual lógicamente, no existió para entonces.

Por otro lado, sabemos que durante el período clásico, el proceso romano consistía en la técnica de la aplicación de las llamadas "fórmulas" y así el "iudex" simplemente, recurría a la aplicación de una fórmula al caso concreto, no obstante, cuando el mismo considerara necesario, solicitaba el auxilio de un jurista profesional el cual formaba parte de un consejo de técnicos u organización legal destinada a prestar este tipo de asistencia. Estos fueron denominados "advocati" o "patrones" (4).

Dichos juristas que básicamente eran oradores, con el pasar del tiempo, fueron consolidando sus

(1) CAPPELLETTI, Mauro, GORDLEY James y EARL JOHNSON Jr., *Toward equal justice a comparative study of legal aid in modern societies*, Milano, 1975, p. 6.

(2) Hacia el año 250 a.C., un "pontifex maximus plebeo", hizo públicos los procesos, permitiendo la participación de los plebeyos y evitando así que ello fuese un arma política para los nobles. *Idem* p. 7.

(3) *Idem*.

(4) *Idem*.

servicios legales hasta crear la figura de la "representación procesal" mediante la mecánica de la "clientela", sistema que sobre todo, se verificó en el período clásico y alcanzó un gran desarrollo durante períodos posteriores o sea, el republicano y en el primer imperio, pues originalmente, la representación procesal no existía ya que las partes se presentaban personalmente (5).

Concretándonos al caso de los pobres, el problema se resolvía por medio de una relación especial: una relación entre el pobre y un potente económicamente. Así el primero, se sujetaba al segundo para obtener de éste la ayuda en los problemas de orden procesal. El "patronus", como se llamaba quien prestaba el servicio al pobre, no pretendía una compensación económica por tal actividad, la finalidad perseguida era de naturaleza política ya que por la ayuda recibida, el pobre se comprometía a darle apoyo político. No obstante, se verificaban casos, en los que el asistido pobre remuneraba indirectamente, al "patronus", ya que le ofrecía regalos o dones preciosos, especialmente durante las festividades (6).

Tal tipo de asistencia no se limitó únicamente, al campo litigioso; en muchos casos el pobre podía recurrir a una asistencia extraprocesal pidiendo consejo legal al "patronus" ante la dificultad de problemas o amenazas provenientes de poderosos económicamente.

Se hizo también presente en tales períodos, la clase profesional que pretendía un pago de los servicios, dando lugar a una sustitución del sistema fundamentalmente honorario, de los servicios prestados por estos juristas oradores. Así se inicia a debilitar el sistema anterior que representaba la única posibilidad para los pobres. Pero, el Derecho Romano no fue indiferente ante el fenómeno ya que se emanaron normas destinadas a limitar el pago ya fuera, prohibiéndolo o reduciéndolo (7).

Otro tipo de mecanismo para intervenir en la tutela de los pobres utilizado en Roma, fue el establecimiento de la designación de un abogado por parte del juez, para que asistiera en calidad de tutor, al mismo. El cargo debía ser aceptado por el

abogado, salvo que demostrara que la causa era injusta (8).

En el Digesto se hablaba de la designación de un abogado para las mujeres, los niños y los débiles considerados entonces, como los más necesitados de asistencia. La normativa en este sentido, pareciera dirigirse a la protección del débil o temeroso del adversario cuando se verificaban casos de engaño, fraude o violencia por parte de los económicamente fuertes (9) ya que en Roma, el proceso tenía como hemos visto, una función más que todo, dirigida a ventilar intereses o luchas políticas cuyo resultado era determinado por la riqueza y el poder de los contendientes ya que el magistrado se dejaba influenciar fácilmente de tales condiciones para obtener también él riquezas y prestigio.

Existían también en Roma, los gastos puramente procesales los que, naturalmente, incidían negativamente en la condición económica del pobre. Tal dificultad no obstante, no se presentó en el período clásico ya que ricos y pobres venían tratados igualmente pues las cargas patrimoniales no se imponían dentro del proceso. El problema se presentó luego, mediante la imposición de un previo depósito de los gastos procesales o sea, el denominado "sacramentum", anticipación sin la cual, el proceso no se celebraba. Sin embargo, se exoneraba de tal depósito a las clases privilegiadas (10).

Vemos pues, que dentro del ámbito o mentalidad político-social del pueblo romano, una solución aunque muy rudimentaria y con finalidades casi de estricto interés político, se ofreció un sistema de asistencia legal al pobre mediante la institución de la "clientela", la cual podemos considerar a su vez, como la primera manifestación del gratuito patrocinio en la historia del Derecho.

2. Edad Media:

Las fuerzas morales e intelectuales del período medieval fueron determinantes en la estructuración del sistema jurídico de entonces. La prevaiente fe cristiana se dejaba sentir en todos los campos de la actividad humana. Así, el factor religioso, conformó la esencia de la respuesta al pro-

(5) FRANCESCHINI, *Il gratuito patrocinio*, Torino, 1903, p. 6.

(6) CAPPELLETTI, *Giustizia e Società*, Milano, 1972, ps. 239 ss.

(7) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 9.

(8) FRANCESCHINI, op. cit., p. 6.

(9) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., ps. 9-10.

(10) FRANCESCHINI, *idem*.

blema de la asistencia legal gratuita. La enorme influencia de la citada religiosidad es pues, la gran diferencia entre la solución adoptada en Roma y en la creada en la Edad Media pues, efectivamente no se dio ningún nexo entre ambas figuras.

La asistencia legal fue el producto de un espíritu de "caridad" o más precisamente, de caridad cristiana como tarea primordial de competencia de la Iglesia al igual que podían serlo otras actividades como sería la creación de hospitales, la donación del pan durante los períodos de carestía, etc. para rendir "honor a la paz del Señor" (11).

Así, también se hizo presente un tipo de profesional en derecho que dedicaba sus vidas a la asistencia y representación de los pobres en los procesos. El caso típico citado en la doctrina, es el de San Ivo de Bretaña (12). Existieron también, organizaciones medievales destinadas a tal actividad como en tiempos más recientes fueron el Instituto romano de piedad de "San Girolamo de la Caridad" o el "Instituto San Ivo".

La actitud de piedad tanto de la Iglesia como de las autoridades temporales de la época, permitió que el servicio a los pobres se organizara mediante dos sistemas:

a. "la *avocatus pauperum deputatus et stipendiatus*"; la cual era una organización canónica que disponía de un oficial especializado y designado por la Iglesia, para que atendiera la representación de las partes pobres ante los tribunales.

La institución se desarrolló especialmente en Francia y en muchos de los comunes de Italia en la cual se denominó "*avocatura dei poveri*" la cual fue para el Derecho Intermedio Italiano la solución al problema de los pobres mateniéndose hasta unificación italiana en el siglo XIX (13) y que parece ser la figura creada por los tribunales laicos como veremos enseguida;

b. La otra institución existente fue aquella adoptada por los tribunales laicos. Mediante una previa

autorización de parte de los concilios eclesiásticos, los magistrados podían aplicar la justicia a los pobres sin que éstos pagaran los gastos procesales y la designación de un abogado que prestara sus servicios al pobre, gratuitamente.

En el siglo XIII, se dieron normas que permitían que en casos de poco valor económico, el abogado que asistía la causa tuviera al mismo tiempo, el poder de emanar la resolución final (14).

La idea de la gratuidad del servicio legal para el mísero, dada por la Iglesia en la Edad Media fue claramente, un nuevo enfoque de contenido sustancialmente diferente al sistema de los romanos, dando así vida a un mecanismo de naturaleza puramente caritativa y no ya política como en Roma centrando la motivación del instituto en el estado de pobreza del individuo originando entonces la aparición de una especie de servicio público de asistencia legal para los pobres sobre todo, en el siglo XVII (15).

Posteriormente en el Derecho francés, se dieron numerosos intentos dirigidos a combatir el problema mediante una justa normativa. Entre estas regulaciones tenemos que sobresalen las emanadas por los reyes Luis XII, Carlos V y Carlos VI tendientes fundamentalmente, a reducir los gastos legales.

Durante el reinado de Enrique IV, se dio la más importante normativa sobre la asistencia del pobre contenida en el famoso decreto o más precisamente, ordenanza del 6 de marzo de 1610, que encarnaba una respuesta al problema de los pobres de grandes alcances pero, desgraciadamente el plan se redujo a una pobre aplicación ya que se resolvió en la prestación del servicio de asistencia a una visita semanal por cuanto existía un enorme temor de perjudicar a la clase profesional de los abogados (16). No obstante, el interés de algunos, por enfrentar el problema, se mantuvo por mucho tiempo prácticamente hasta la Revolución Francesa.

(11) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., p. 11.

(12) Idem. También en CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., p. 240.

(13) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 12.

(14) FRANCESCHINI, op. cit., p. 6. Esta fue una institución de Derecho Canónico emanada en tiempos del Papa Paulo VI. Ver CAPPELLETTI, Gius. e Soc., p. 240, notas 9 y 10.

(15) En los pueblos bárbaros se dio también una interesante solución al problema de la asistencia legal para los pobres la cual ha sido considerada como un verdadero servicio social pues el juez bárbaro tenía potestades para designar al pobre un abogado defensor y para acordar la exoneración de las tasas fiscales. La idea tenía fundamentos bastantes avanzados ya que obedecía a principios tendientes a establecer obligaciones y derechos en un plano de igualdad social. Ver al respecto, CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit. p. 239.

(16) CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., p. 240.

El Derecho inglés inicia a interesarse por la asistencia legal del pobre también mediante la emanación de decretos reales. El rey Enrique III, por ejemplo, emanó un decreto para efectos de imponer una cifra económica que sirviera para regular o digamos para medir en un cierto modo, el estado de pobreza la cual debía ser pagada por parte del litigante que no estuviera en condición de sufragar los gastos procesales y los servicios legales.

La iniciativa inglesa para obtener un sistema justo se continuó hasta llegar a otro tipo de solución que culminó en el estatuto dictado por el rey Enrique VII en el año de 1495, por medio del cual se permitía al juez competente, nombrar un profesional en derecho para la asistencia del pobre. El contenido del citado estatuto fue mantenido por un largo período; hasta el siglo XIX en que cambió sustancialmente (17).

En Alemania se asimiló igualmente la práctica medieval descrita anteriormente, la que se difundió en los diferentes Estados alemanes de entonces expresándose en la figura denominada "Reichskammergerichtsordnungen" (18).

Podemos pues, observar cómo tampoco el Derecho medieval, ofrece una verdadera y concreta solución al problema de la asistencia legal del pobre ya que se da únicamente, una respuesta de tipo caritativo que tiene a la base un móvil muy subjetivo por cuanto hacía depender la existencia de la asistencia de una Iglesia, soberano o privado que se inclinara por la realización de obras de piedad o caridad. No se dio para entonces una solución precisa que plasmada en normas legales, estableciera claramente quiénes y cómo podían gozar del beneficio.

Así por otro lado, tenemos que para la época el sistema de asistencia legal para el pobre, aparte de la ya señalada dependencia de la generosidad —y por eso siempre incierta— de determinados personajes que claramente por ser una cuestión meramente subjetiva, no transmitían a sus sucesores, los abogados la ofrecían en la misma calidad, es decir, no fundados en normas generales y estables que regulaban la institución, sino para congraciarse con sus "señores" (19).

Interesante es hacer notar que la concepción religiosa del mundo existente en el medioevo encuentra también acogida en materia de caballería, en donde los ideales caballerescos incluían una concepción de la asistencia al pobre como la asistencia debida a los oprimidos y desvalidos y así se imponía la designación de un abogado para los económicamente débiles, los huérfanos y los débiles en sentido propiamente dicho, los cuales se consideraban, demandaban la realización de justicia con lo cual se ejecutaban los ideales de caballería íntimamente en armonía con el espíritu religioso de la acción de caridad destinada a proteger al débil y a los desamparados (20).

A dicha concepción caballeresca se agregaba el sector intelectual que se dedicó a interpretar los pasajes del Derecho Romano, contenidos en el Digesto bajo los principios de la fe cristiana.

En fin, toda la legislación y demás soluciones medievales sobre la asistencia legal, se circunscribió a recoger la actuación de principios religiosos y éticos que impidieron una clara delimitación de la institución por lo que no es posible hablar de una figura de gratuito patrocinio en sentido social como se fue delineando posteriormente. Era pues, el producto del libre y subjetivo espíritu de caridad que la convertía en una figura relativa carente de contenido duradero lo que inducía su volubilidad pues, "así como surgía la idea de la caridad hacia el pobre así podía desvanecerse" (21).

3. La Revolución Francesa y el gratuito patrocinio en la Asamblea Nacional:

El rechazo de la cultura noble y el poder religioso-político de la Iglesia medieval por parte de la Asamblea Nacional de 1790, fue acogido en todos los campos de la actividad social y política y ello determinó el inicio de la destrucción del sistema de asistencia caritativa a los pobres surgido en la Edad Media ya que la Revolución Francesa, comportaba una serie de ideas nuevas en materia política y jurídica con base en la corriente iusnaturalista que se produjo en los siglos XVII y XVIII.

El desarrollo de la figura del patrocinio legal a los pobres, se verificó partiendo de la filosofía

(17) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit. Se agrega que tal sistema también fue incorporado en algunos lugares de Italia como fueron la Toscana, Nápoles y Milán.

(18) Idem.

(19) Idem.

(20) El mismo Enrique IV cuando emanó su normativa en 1610, expresó como motivos de la misma, la protección paternal y de caridad hacia los pobres; "una affection charitable et paternelle envers son pauvre peuple". Idem.

(21) Idem., p. 15.

reinante en aquel momento e impulsada fundamentalmente, por Rousseau y concretada en la famosa teoría sobre el "contrato social".

La citada institución, consistía en la concepción política-filosófica de que entre gobierno y pueblo debía construirse una especie de acuerdo mutuo con carácter de contrato cuyo contenido se formaba de un compromiso del Estado a proteger los derechos naturales del individuo (naturales por ser anteriores a la existencia misma del Estado) cuando éstos fueran usurpados por parte de los conciudadanos o del Estado mismo. Según la doctrina contractual, los derechos naturales debían pertenecer a cada ciudadano en forma igual y sin hacer distinciones económicas ni políticas procurando a la vez, su libre ejercicio evitándose con ello, todo tipo de obstáculo que pudiera impedir su libertad. Así se consideró que era el proceso el mejor medio para actuar dichos derechos.

Evidentemente, dentro de este modo de enfocar la problemática política, surge consecuentemente, una diversa solución al problema de los derechos del ciudadano el cual se plasmó, en primer lugar, en la famosa "Carta Americana de los Derechos" de 1779 y luego, en la "Declaración de los Derechos del ciudadano" producto de la Revolución Francesa.

Así, la asistencia legal para el pobre, fue enmarcada dentro la filosofía del período en donde cabe señalar que la innovación contenía una agravante que prácticamente, dejaba de nuevo por fuera la respuesta idónea pues, no se puede hablar de una correlativa creación de mecanismos o medios concretos para hacer valer los principios establecidos: era una igualdad y libertad de derechos a nivel formal que naturalmente, en la práctica no se verificaban.

El principio que expresó la preocupación por el problema del acceso de los pobres a los servicios jurisdiccionales, era el referente precisamente, aquel que hablaba de la igualdad del derecho de todo ciudadano, a tener acceso a la administración de justicia, garantizándose para ello el derecho de ser escuchado y defendido en sede jurisdiccional. Concretamente se enunciaba el derecho del pobre a gozar de una asistencia legal gratuita la cual, como hemos dicho, no encontraba instrumentos

reales para hacerse efectiva dándose el fenómeno contrario: los abogados continuaban a requerir un alto costo de sus servicios ante el cual el pobre se veía incapaz. En fin, la solución del movimiento revolucionario francés fue de naturaleza abstracta en relación al problema general de la justicia.

En realidad, la garantía real del servicio legal gratuito, no fue exactamente, el aporte de la Revolución Francesa; sino más bien, la gratuidad de los servicios judiciales es decir, de las prestaciones del juez y magistrados con el fin de eliminar las pre-existentes jurisdicciones eclesiásticas y nobles producto del "Ancien Regime". Fue así simplemente, el nacimiento de la actividad jurisdiccional pagada por el Estado con la intención de efectuar una unificación del engranaje jurisdiccional para englobarla dentro del ámbito estatal (22).

4. El gratuito patrocinio durante el siglo XIX:

La ausencia de un sistema completo de tipo normativo verificada en el período de la Revolución Francesa, produjo como resultado una actividad nueva en el siglo XIX. Bajo una visión de naturaleza social la incompleteza de la normativa revolucionaria fue combatida, dándose lugar a las primeras grandes manifestaciones en los Estados Occidentales que para entonces, eran participantes de una nueva ideología con repercusiones en todos los campos especialmente en el campo económico o sea, la famosa doctrina del "laizes fare". El primero de estos cambios aparece siempre en terreno francés en 1851 y contemplado en un estatuto tendiente a remover las barreras económicas que impedían a los pobres el acceso normal al proceso. La idea fundamental era la de ofrecer al pobre, la oportunidad de contar con la asistencia de un abogado en forma gratuita y la exoneración de los gastos procesales.

Más adelante, en 1901, el sistema se perfeccionó con la creación de diferentes oficinas que tenían a su cargo, la designación del asistente legal.

El sistema originalmente ideado en Francia o sea, el de ofrecer al pobre la asistencia gratuita mediante la gratuidad del servicio, fue acogida posteriormente por la legislación italiana en 1865 que se concretaba en el principio de la "asistencia legal gratuita y obligatoria" y que se ha mantenido sus-

(22) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., ps. 17-18; CAPPELLETTI, *Giust. e Soc.*, cit., p. 244; TROCKER Nicoló, *Processo e Costituzione*, Milano, 1974, p. 300.

tancialmente igual hasta el presente ya que tal enunciado se repitió en la ley que modificó el citado decreto en 1923 (23).

Idéntico fenómeno se verificó en la legislación alemana que, en 1877, adoptó el citado principio dejándose la designación del abogado al juez de la cuestión, previa comprobación, de la pobreza y seriedad del caso.

Es de hacer notar que ninguno de estos sistemas previó la exoneración del pobre de los llamados gastos procesales, punto que más bien, se inició a perfilar posteriormente en el siglo XX, en donde se inicia a otorgar una exención parcial de tales gastos.

En Inglaterra en 1883, la ya citada figura del gratuito patrocinio, sufre interesantes cambios a favor del pobre; sobre todo porque se señaló una nueva medida del estado económico del interesado con lo que el beneficio se ponía al alcance de un mayor número de personas ya que se estableció un aumento de la cifra requerida hasta entonces para tener derecho a la gratuidad del servicio, pasándose de un mínimo de cinco Libras Esterlinas impuesto desde 1495, a un mínimo de veinticinco. Por otro lado, se amplió el beneficio a todo aquel que debiera intervenir en un proceso en el sentido de eliminar el sistema anterior que concedía el beneficio solo a quien participaba como actor.

En 1914, el sistema fue radicalmente cambiado haciéndose abandono de las potestades del juez para designar el abogado y la previa demostración de la fundabilidad o mérito de la cuestión. Se creó así, un Departamento especial: "Poor Person's Department" (24) que empleaba los servicios voluntarios de abogados privados para que representaran a las partes pobres.

En 1925, el nuevo gobierno perfeccionó el sistema mediante una delegación de la actividad administrativa del citado departamento, a una organización social llamada "Legal Society" (25) con la cual nacieron nuevos centros de prestaciones asis-

tenciales para el pobre constituyendo comités que desarrollaban esta función social.

Es claro, que lo anteriormente expuesto sobre el sistema inglés, nos permite denotar que el pueblo inglés con su abierto interés por crear una justa solución al problema del pobre, da vida a una mecánica de la asistencia legal que contrastaba enormemente con los restantes sistemas vigentes en otras naciones europeas como hemos visto. Se ha dicho, no obstante, que el sistema inglés a pesar de sus ventajas no puede ser considerado como una solución definitiva del problema pues, mantiene algunas limitaciones como son los indicados mínimos de capital, base económica que puede obstaculizar el goce del beneficio a un gran número de personas.

El sistema inglés es luego, incorporado en 1892, por la legislación americana delineado dentro del esquema inicial es decir, estableciendo que fuera el juez de la cuestión el encargado de designar el abogado al no pudiente y con la previa demostración de la fundabilidad del caso.

Tal mecanismo, se extendió posteriormente en 1910, a los procesos penales y civiles en cuanto el beneficio se establecía para ambas partes intervinientes en la contienda judicial: actor y demandado y abarcando todos los grados de instancia propios del caso en concreto.

Como conclusión general sobre la transformación adoptada por la figura del gratuito patrocinio durante el período del "Laizis fare", podemos decir que una vez más no se ofreció para entonces, una respuesta satisfactoria al problema en discusión posiblemente porque el ambiente ideológico del libre mercado, era incompatible con la asistencia gratuita a nivel de servicio legal en sentido jurídico. Así pues, las soluciones siempre participaban de aquel inevitable matiz burgués del tiempo sintiéndose aún el descuido o desinterés por enfocar el problema como lo fue en el Derecho Romano y en la Edad Media.

(23) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 19.

(24) Idem, p. 20.

(25) Idem.

Parte segunda

A. FUNDAMENTOS SOCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA FIGURA DEL GRATUITO PATROCINIO.

1. Función social del proceso civil:

Los movimientos sociales del mundo moderno no pueden ser ignorados por el Derecho Procesal Civil (26) ya que hoy día, las actividades humanas tienden cada vez con mayor intensidad, a afirmarse con un carácter de obra colectiva y solidaria del grupo social consenso el cual, se ha consagrado en la mayor parte de las actuales cartas constitucionales más avanzadas y en los documentos internacionales que concretan los principios sociales destinados a hacerse efectivos mediante las instituciones jurídicas (27).

El proceso civil más que el penal, se ha suscitado en modo evidente y de ahí que gran número de problemas que pueden encontrar solución en una mayor preocupación de los procesalistas, se dejen en cambio de lado en virtud de una apatía ante los problemas sociales que cotidianamente se presentan. Tal situación pareciera no fundarse en una razón lógica puesto que pensamos que el proceso en general, es uno de los instrumentos de los sistemas jurídicos, más apto para actuar una dinámica social del derecho porque es en sede procesal que la ley adquiere vida, actuación efectiva; es mediante la actividad jurisdiccional que se puede hablar de una consolidación de los derechos sustanciales de ahí que el proceso civil deba entrar también a colaborar con la formación o en la labor de mejorar las condiciones del grupo social junto con las demás ramas del derecho y actividades humanas.

Como corolario podemos decir que una interesante y útil manera de incisión del proceso en el ámbito de las luchas sociales modernas, es mediante la institución del servicio legal a los pobres entendida como una de las grandes tareas de los Estados actuales.

2. Naturaleza de la institución del gratuito patrocinio:

Hemos visto en páginas anteriores cómo ha sido considerada la asistencia legal al pobre: como un modo de obtener satisfacciones políticas (Roma) o como un acto de caridad (Edad Media) y en los últimos tiempos como una función gratuita del profesional en derecho sin que la misma contenga la solidez de que participan las reales funciones de un Estado moderno: es decir, sin que hasta ahora haya sido considerada como una figura de asistencia legal en sentido técnico y procesal libre de exigencias económicas (28).

Los principios normativos tanto de orden constitucional como de tipo internacional, insisten en afirmar la igualdad de los ciudadanos y aún de los no ciudadanos, para intervenir en la actividad jurisdiccional tanto como actores que como demandados para lo cual se establecen respectivamente, el derecho de acción y el derecho a la defensa técnica (29). Sin embargo, no se tiene presente que tal igualdad formal debe encontrar una igualdad material que permita que tanto el rico como el pobre, puedan hacer efectivos los derechos de acción y defensa en el proceso pues, de lo contrario, nace un enorme problema de desigualdad por cuanto el rico indudablemente no encontrará obstáculo alguno para intervenir en el proceso ya que se encontrará en grado de suplir los gastos del mismo y para gozar de los servicios de un abogado que lo asista y dirija correctamente o sea en sentido técnico, mientras que el pobre, será desprovisto de los medios indicados y por tanto cualquier derecho establecido a nivel formal resultará solo un interesante principio sin que el mismo corresponda a una real garantía. De ahí que el enfoque del problema deba hacerse a la luz de la

(26) DENTI Vittorio, *Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milano, 1971, p. 31. En el mismo sentido, CHIAVARIO Mario, *Processo e Garanzie delle Persone*, Milano, 1976, ps. 243 ss.

(27) CHIAVARIO, *idem*.

(28) CALAMANDREI, Piero, *Processo e Democrazia*, Opere Giuridiche I, Milano, 1965, p. 694; también CAPPELLETTI y VIGORITI, "Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXVI (II serie), 1971, ps. 604, 625-627.

(29) En este sentido, CHIAVARIO, *cit.*, *idem*; CALAMANDREI, *op. cit.* p. 691.

institución del gratuito patrocinio, visto como un derecho y no como un simple favor por medio del cual se realizan ideales religiosos de caridad o piedad como se ha hecho hasta el momento, pues el mismo es un deber del Estado quien debe garantizar el perfecto desarrollo de la personalidad humana (30). En efecto, se ha dicho que la desigualdad por motivos económicos en el ámbito de la justicia, constituye un modo de impedir el perfecto desarrollo de la personalidad humana por cuanto lógicamente, quien no es un conocedor de la materia se encontrará en situación de desventaja frente a quien en cambio, gracias a sus posibilidades económicas, puede permitirse un profesional que lo representa en el proceso de la mejor manera y puede afrontar todos los gastos procesales y un representante técnico lo cual significa gozar de una especie de prolongación de la personalidad, así pues, en un sistema donde el derecho de la defensa es considerado pero lleva implícita una carga económica, no es posible hablar de aquella garantía de acceder al proceso como derecho inherente a la persona humana (31).

El tecnicismo y solemnidad del proceso exigen la presencia de un colaborador técnico de la parte, por un lado, y por otra, del juez (32) ya que la falta del mismo sería como abandonar a la parte pobre a enfrentar lo imposible. Así siendo afirmado y reconocido que la administración de justicia es un derecho que debe corresponder a todos y en un plano de igualdad social y jurídica, es necesario reformar aquellas instituciones que dada su errada estructura impiden la efectividad de dicho principio. Es pues, el momento de considerar que; el derecho a un servicio legal y la exoneración de las cargas económicas para el pobre, no es una limosna sino un estricto derecho del mismo y un estricto deber del Estado (33).

3. Los movimientos reformistas doctrinales de la actualidad y sus frutos positivos:

En la actualidad, los diferentes sistemas

jurídicos existentes sobre el gratuito patrocinio, han sufrido interesantes cambios conceptuales que conduciendo a la figura en discusión, hacia una vía más justa e idónea dentro del plano real.

Existe a la base de estas innovaciones un nuevo modo de enfocar el problema en cuanto se enmarca el gratuito patrocinio, dentro de las funciones ordinarias del Estado, es decir, se considera como una típica función pública o servicio social dejando de lado las concepciones religiosas de caridad y dándose entonces, una equiparación de la asistencia legal, a la labor sanitaria que hoy día constituye una actividad de estricta competencia del Estado.

Los cambios fundamentales, podemos decir, se han operado en relación a cuatro puntos determinados de la figura que se pueden catalogar también, que han señalado sea el mantenimiento de principios que han desviado tradicionalmente la institución de su verdadero sentido como aquellos, que a través de una nueva concepción, representan una orientación positiva de la misma acercando el ejercicio de la justicia al pobre. Tales cambios se concretan de la siguiente manera según nuestro criterio:

- a. Estado de pobreza,
- b. el llamado "fumus bonis iuris" o sea, el grado de fundabilidad del asunto a patrocinar gratuitamente.
- c. Los alcances de la gratuidad: en relación a los gastos procesales y servicios profesionales.
- d. Asistencia extrajudicial.

a. Estado de pobreza:

El criterio clásico ha considerado el estado de pobreza como un estado de "no habienza" (34) por ello, el concepto daba lugar a una gran incertidumbre o imprecisión de quién debía ser clasificado dentro del grupo de no habientes para ser digno de obtener el gratuito patrocinio.

La delimitación de este grado de pobreza en la doctrina moderna y en algunas legislaciones, ha si-

(30) CALAMANDREI, ídem; DENTI Vittorio, "Il gratuito patrocinio davanti alla Corte Costituzionale", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXIV (II serie), 1969, p. 152.

(31) COUTURE, Edoardo J., "Alcune proposizioni fondamentali di diritto processuale civile" en *Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei*, V-I, Padova, 1958, p. 160.

(32) PUNZI, Carmine, "Note sul ministero del difensore nel processo civile", en *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, ps. 147, 164-165.

(33) Una idea semejante expresa FRANCESCHINI, op. cit., ps. 1-2.

(34) En Roma el criterio partía de la protección al no habiente mediante el patronus. FRANCESCHINI, op. cit., ídem, nota No. 5. En la Edad Media hemos visto, era un criterio de no habienza unido a la misericordia. En este sentido: CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., ps. 239, 264-271. También sobre el tema ver: PIZZORUSSO Alessandro, "Problemi e prospettive della assistenza giudiziaria ai non abbienti" en *Democrazia e Diritto*, 1969, ps. 227-228; LUISO, Francesco Paolo, "Il gratuito patrocinio ed il patrocinio statale" en *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, V-IV, pas. 42 a 430.

do modificado dándose vida a un criterio más racional y acertado. Veamos tal aspecto:

La condición de pobreza viene hoy día concebida como una situación concreta que depende de cada caso que se presenta a efectos de obtener el beneficio ya que, principalmente se refiere a motivos particulares como son las obligaciones no solo familiares, sino también, personales de quien solicita ser patrocinado. Se expresa este criterio, en la consideración de quien por hacer frente a los gastos procesales y servicios profesionales, menoscabe la satisfacción de sus necesidades personales y familiares comprendiendo ambas como puntos fundamentales en la vida cotidiana de la persona (35).

En la doctrina italiana se dice que el beneficio debe ser concedido a quien por motivos particulares o familiares demuestre no poder suplir los gastos del proceso. Tal criterio, pareciera ser también el de la Corte Constitucional italiana que ha definido el estado de pobreza como aquel en el que el solicitante no sea capaz de suplir los gastos de la litis (36).

La legislación alemana habla de la concesión del beneficio a quienes no puedan cubrir el costo del proceso sin descuidar el sustento personal o de la propia familia. Otro criterio adoptado en Alemania es el de la fijación de un mínimo de capital restringiendo a su vez tal mínimo, a la parte gravable por obligaciones alimentarias. La jurisprudencia alemana también, ha tratado de solucionar el problema precisando que debe ser "la no disponibilidad financiera" y al efecto establece una cifra mínima de 450 marcos (37).

En la Unión Soviética, el problema se resuelve con base no a la condición económica del solicitante sino, según sea la materia litigiosa así, se admite el gratuito patrocinio, para todos los casos de derecho de familia, derecho de trabajo, indemnizaciones resultantes de procesos penales (se excluyen así aquellas que provengan de asuntos de naturale-

za privada) en calidad de resarcimiento de daños (38).

En Inglaterra la situación se resuelve con relación al caso concreto o sea, determinando las posibilidades económicas de cada solicitante, imponiéndose a su vez, un sistema de exención total o parcial. Un sistema símil ha sido incorporado en la legislación canadiense (39).

Vemos pues, cómo el problema adquiere nuevas perspectivas tendientes indudablemente, a ubicar el problema en un plano real y acercando la institución del gratuito patrocinio a un punto más justo y realizable, mediante una concretización del estado de pobreza, producto de una revalorización de los alcances del requisito, que lo hacen cada vez más equitativo y permitiendo por ende, una mayor movilidad para la legitimación a la admisión del beneficio puesto que, se tiene en cuenta un elemento fácilmente verificable como es la escogencia entre la privación del mínimo de tipo vital para vivir y cubrir los gastos que implica una contienda judicial (40).

b. *Fumus bonis iuris*:

Se entiende por el "fumus bonis iuris", el punto referente al segundo requisito contemplado para adquirir el beneficio del gratuito patrocinio y que es concretamente, la previa demostración del grado o posibilidad de la fundabilidad de la cuestión que planteará quien pretende el beneficio. La valoración de tal requisito, se efectúa en fase prejudicial y en forma sumaria.

Las legislaciones clásicas establecen como contenido de este requisito; "la posibilidad de éxito favorable de la cuestión" (41). Las tendencias actuales son las de considerar esta previa y sumaria revisión de la "razón" o fundabilidad de la litis, bajo un criterio de "no manifiesta infundabilidad de la causa"; de "razones no manifiestamente infundadas" (42).

(35) LUISO, Francesco Paolo, *ídem*, p. 432.

(36) Es el criterio de Denti, cit. por CAPPELLETTI en *Gius. e Soc.*, 9 p. 271, también de TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 301.

(37) TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 304.

(38) DENTI, Vittorio, *Processo e Giustizia Sociale*, Milano, 1971, p. 31 ss.; PECORI, Paolo, "Il costo del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXV (II serie), 1970, p. 264.

(39) DENTI, "Proc. Civ. e Gius. . .", cit., ps. 31 ss.

(40) PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 229.

(41) CAPPELLETTI, M., *Processo e Ideologia*, Bologna, 1969. En relación a los sistemas italiano y francés, p. 550.

(42) CAPPELLETTI, *Gius. e Soc.*, cit., p. 264; LUISO, F.P., *op. cit.*, ps. 441-442, en relación al nuevo sistema incorporado para el gratuito patrocinio en la ley sobre el proceso laboral italiano.

Es en fin, una concepción fundamental que forma parte de la demanda al beneficio y con carácter determinante para su obtención ya que el requisito obedece al interés de impedir que se emprendan acciones o defensas temerarias que conduzcan a un "desperdicio" de los recursos materiales y humanos que conlleva toda contienda judicial (43).

Elemento pues esencial, de dicho examen previo y sumario sobre el mérito de la causa, es la presentación de pruebas de parte del interesado a gozar del beneficio. Dicha exigencia, ha hecho opinar a algunos estudiosos, que ello es pedir más al pobre que a quien, gracias a sus posibilidades económicas, plantea su problema sin que le sea pedido el demostrar previamente, el grado de seriedad de su acción o defensa. La desigualdad jurídica se ve evidentemente agravada con tal requisito lo que implica para el pobre, el deber de exponer su caso de antemano frente a la contraria: "descubriendo anticipadamente sus cartas" (44).

En Alemania se habla de "suficientes perspectivas de éxito", lo cual debe ser perfectamente comprobado en aras de preservar la acción y evitar siempre, el riesgo de que la misma, sea temeraria afirmándose que ello consiste en la "racionalidad" que debe siempre acompañar la acción procesal como sería dentro de la conceptología del derecho inglés (45).

La Corte alemana ha interpretado el requisito, en forma ampliativa buscando la solución más justa según el caso: así ha acordado la exoneración de tal requisito, en el caso del demandado que sea quien solicita el beneficio, no obstante, el sistema en estos términos, se dificulta cuando la solicitud se plantea por ambas partes. En consecuencia, la Corte ha dicho que si son ambas partes el requisito no decae pero, bajo el criterio de "no manifiesta infundabilidad" (46).

c. Gratuidad de los servicios profesionales:

Es de esencial importancia hacer notar que dicha materia ha sido totalmente olvidada y por ello no encontramos la función social que hemos señalado en relación al proceso civil en tratándose de acceso gratuito al proceso. La total apatía por dicho problema se corrobora además en los documentos principales de derecho internacional emanados en los últimos años (47).

Efectivamente, la garantía fundamental de la defensa técnica, por ejemplo, en los citados cuerpos normativos, no ha sido tomada en cuenta de manera especial como sí se ha hecho en materia penal. Citemos un caso, establece la Convención Europea que se ofrece al imputado "el derecho de gozar de un defensor de oficio cuando lo exijan los intereses de la justicia" (art. 6 n. 3, letrac). El mismo artículo 14 en su letra e), habla del derecho a la "asistencia gratuita de un intérprete" (48), mientras que para el caso de las partes que intervienen en un proceso civil no se dice nada.

El Pacto Internacional establece en su art. 14 únicamente una nueva estipulación del principio formal de igualdad ante los tribunales contenida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su art. 10 (49).

La Convención Europea pues, no habla del derecho generalizado de la defensa gratuita y más concretamente de la defensa técnica en forma gratuita pues más bien el art. 4 de la misma, protege la libertad del trabajo profesional (50).

No obstante, la necesidad de la existencia de los servicios profesionales gratuitos, creemos que tal gratuidad debe ser para quien goza del servicio o beneficio del gratuito patrocinio, y no para quien presta sus servicios. La regla contenida en el citado art. 4 de la Convención Europea no carece en su totalidad de razón, pues es justo que quien trabaja obtenga la remuneración por ello. Por otro

(43) CAPPELLETTI, ídem, también en *Proc. e Ideol.*, ps. 550 ss.

(44) TROCKER, op. cit., p. 321.

(45) Idem.

(46) Idem.

(47) Me refiero a "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre", proclamada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, "La Convención Europea de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales" (Roma 4 dic. de 1950), "El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos", aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Ver al respecto, CHIAVARIO, cit., ps. 4-10.

(48) Idem, 244.

(49) Idem.

(50) Fundándose en dicho art. 4, la Comisión Europea, declaró incompatibles con el mismo, los sistemas tendientes a gravar enteramente, las profesiones liberales con las defensas gratuitas. (22 de marzo de 1972). Idem p. 245.

lado, es sabido que la falta de pago de los servicios profesionales se traduce en desinterés y descuido del asunto (51) o causas de los pobres.

Las tendencias actuales se dirigen a resolver en diferentes modos el problema tratando de armonizar el servicio remunerado del profesional, y la garantía de la asistencia al económicamente débil. Veamos dicha problemática rápidamente.

En el sistema inglés de asistencia legal, los servicios del profesional son pagados con fondos estatales aún cuando la actividad desplegada sea hecha de parte de los privados.

En la Unión Soviética se utiliza el mismo mecanismo para cancelar los servicios del abogado que forma parte de la "avokatura" (52) que es la organización estatal bajo la cual se realiza el servicio legal gratuito. En la Unión Soviética, el sistema de pago de los honorarios del abogado por parte del Estado, es completado con otro sistema que es de un pago parcial que debe hacerse algunas veces a cargo de los interesados pero, que es posible cancelarlo con muchas facilidades (53).

En general, la sistemática de las naciones socialistas, comprende fundamentalmente, una organización procesal en donde no se imponen ni el deber ni la absoluta necesidad del defensor pues, el problema se resuelve mediante la presencia de un "juez auxiliar", el cual interviene tanto en el acto de la demanda, como en las fases del proceso, orientando además, a la parte. Tal carácter del juez en las naciones socialistas, viene regulado como una tarea obligatoria y no facultativa siendo entonces, un medio ideal para garantizar la actuación de la asistencia legal en todos los casos. Sin embargo, es necesario hacer notar que, en aquellos casos en que la persona desee recurrir a los servicios profesionales, los mismos se prestan a un costo total-

mente bajo, que son perfectamente accesibles desde el punto de vista de escasos recursos económicos del interesado (54).

En Alemania desde 1919, se organizó el pago de los profesionales con fondos del Estado (55) lo mismo que en Italia con relación al sistema nuevo en materia de trabajo, emitido en 1973, en donde el pago se efectúa no en base a tarifas especiales —las cuales normalmente, son siempre más bajas— sino, con base a aquellas ordinarias para los servicios profesionales privados. Se comprende además, dentro de este sistema, el pago a los peritos, auxiliares del juez, notarios, etc. (56). En Francia también, actualmente se ha creado un mecanismo de pago con fondos estatales pero, calculándose el monto de los honorarios, en relación directa a la cuestión litigiosa (57).

Unido al problema del costo de los servicios profesionales, nos encontramos con el llamado costo del proceso referido a los gastos propiamente fiscales y de los técnicos que hayan prestado su colaboración al proceso: peritos, notarios, etc. Las soluciones al respecto no son muchas, pareciera que el problema se haya tratado en forma bastante superficial, sobre todo, en cuanto al segundo tipo de gastos o sea, el pago a los servicios de orden técnico.

En materia de gastos de naturaleza fiscal, la norma general es la de exención de los mismos en caso de gratuito patrocinio. Sin embargo, insistimos el asunto aún no ha sido resuelto ni aún en el caso de legislaciones más avanzadas en el ámbito de la gratuidad de la justicia. Por ejemplo, en Inglaterra, se mantiene el pago de las cargas patrimoniales del proceso aún en tratándose del patrocinio gratuito pero, se dice que tales cargas cuentan un elemento positivo ya que, son destinadas a garanti-

(51) Ver al respecto, DENTI, "Il gratuito patrocinio davanti alla Corte Costituzionale", *Riv. di Dir. Proc.*, 1969, ps. 150 ss.

(52) En la Unión Soviética el gratuito patrocinio, encuentra su disciplina en un acto ministerial de la República Federal que organiza a los abogados en la "Avokatura" que comprende un complejo de oficinas legales del Estado, a las cuales se les ha atribuido la tarea de determinar los requisitos para participar del beneficio. El sistema consiste en la prestación exenta del pago, en virtud de la "ratio materiae". Se pueden presentar casos en los que la "ratio materiae" se deja de lado y se otorgue el beneficio, con base a las condiciones económicas del solicitante y en cuyo caso la oficina respectiva, acuerda el pago de los honorarios del profesional el que normalmente, queda a cargo del sucumbente y el cual luego, se deposita en el fondo de la oficina para el pago de todos sus miembros. Ver al respecto, PECORI, op. cit., p. 266.

(53) Idem.

(54) DENTI, V., "L'evoluzione del "legal aid" nel mondo contemporaneo", *Riv. di Dir. Proc.*, XXXII (II serie), No. 4, año 1977, p. 590.

(55) CAPPELLETTI, Giust. e Soc., cit., p. 244. En el mismo sentido, TROCKER, N., op. cit., p. 331 quien explica que el pago hecho de esta manera, es casi solo una cosa simbólica.

(56) CAPPELLETTI, ídem; LUISO, F.P., op. cit. p. 449.

(57) CAPPELLETTI, ídem, ps. 270 ss.

zar el mejor funcionamiento de la administración de justicia sin incidir directamente y en forma discriminatoria, sobre la condición económica de las partes. La ley inglesa ha establecido una lista de casos en donde es permitido litigar bajo la asistencia legal gratuita, y la exoneración absoluta de los gastos fiscales (58).

En las naciones socialistas, las exenciones de las cargas patrimoniales de la justicia, se resuelven en vía preventiva o sea, por razón de la materia como se hace para el pago de los servicios profesionales. Se dan algunas excepciones en las que el juez subsidiariamente, puede imponer la cancelación de las mismas, en cuyo caso, se tiene presente la condición económica del solicitante o del beneficiario (59). Aquí, el pago, se puede hacer en forma parcial o total con la posibilidad de cancelar ya sea en diferentes tractos o dándose un tiempo prudencial para el reembolso (60).

En Italia, el sistema de las cargas procesales, ha sido muy criticado ya que, en la mayor parte de los casos, condiciona a ellas, el libre desarrollo del proceso incidiendo a su vez, notablemente en la condición económica del interesado. Sin embargo, como más adelante veremos, parte del problema se ha resuelto en materia laboral con la nueva ley del gratuito patrocinio en el proceso de trabajo.

En Alemania desde 1928, se ha iniciado una actividad bastante interesante en el campo de la venta de seguros, la cual, ha interesado también a las organizaciones privadas de profesionales legales y así existe la venta de seguros para eventuales contiendas judiciales para las que el dicho seguro, cubrirá los gastos procesales (61).

d. Asistencia legal extrajudicial:

Los sistemas más avanzados en materia de asistencia legal, han creado a la par del normal servicio legal judicial, un servicio de consulta llamado por su naturaleza, de "asistencia legal extrajudicial",

dando vida a un sistema más completo de la asistencia legal del pobre.

En Alemania y en Francia las reformas a la ley sobre el gratuito patrocinio, han incluido también, el ejercicio de una asistencia legal de tipo consultivo, pero éste ha sido considerado por algunos doctrinarios, como un mecanismo aún rudimentario el cual efectivamente, no ha dado los frutos deseables ya que, las prestaciones no se ofrecen regularmente sino que en forma esporádica (62).

En materia de asistencia legal como hemos podido notar hasta ahora, el país que ha logrado desarrollarla mejor en Europa es Inglaterra la que después del segundo conflicto mundial, precisamente en 1949, inició una reforma casi radical a la figura del gratuito patrocinio mediante la creación del "Welfare State" sistema de asistencia legal que englobaba tanto el llamado "legal aid" como el "legal advice". Tal programa se organizó por medio de una organización privada de profesionales ingleses: la "Law Society". Estos profesionales ejercían la administración de la asistencia legal en sus dos grandes ramas y se completaba con un control y financiación estatales (63).

El sistema del "Welfare State" que luego, fue adoptado también por la legislación del Canadá y aquella de los Estados Unidos (64) no fue desarrollado en todos sus alcances en Inglaterra, ya que de hecho, se presentaron otro tipo de instituciones que no eran comprendidas en el proyecto original. Por ejemplo, se crearon las oficinas del "Neighbourhood Law Centres and Legal Centres", impulsadas por la "Law Society", realizando una actividad que se desviaba totalmente de la finalidad que perseguía el plan ya que todo se traducía en la satisfacción del interés de la clase profesional y de ahí, que luego como lo es actualmente, se produjera una tendencia a dejar en manos del Estado el desarrollo de las prestaciones propias que se habían propuesto en el citado "Welfare State", preserván-

(58) VARANO, Vincenzo, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, p. 464.

(59) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 590. También ver al respecto, PECORI, op. cit., p. 265.

(60) Ver observaciones críticas de CAPPELLETTI y VIGORITI, "Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXVI (II serie), 1971, p. 457. También, VIGORITI, "Fumus bonis iuris", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXI, (II serie), 1966, p. 285.

(61) TROCKER, N., op. cit., ps. 360-361; DENTI, "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 584.

(62) DENTI, idem, p. 584.

(63) DENTI, V., *Proc. Civ. e Giust. Soc.*, cit., ps. 31 ss.

(64) DENTI, V., idem.

dose así, el móvil social para el cual se había creado (65).

De gran importancia es citar aquí el caso de Suecia la cual en 1973, creó un sistema de asistencia legal mixto comprendiendo también la doble asistencia: judicial y extrajudicial. A grandes rasgos, la legislación específica sueca, ha hecho una división de ambas tareas; dejando la asistencia judicial al servicio prestado por las oficinas de profesionales privados y la relativa a la asistencia extrajudicial, a los abogados empleados por el Estado en sus oficinas, cubriéndose en ambos casos por parte del Estado, el honorario a pagar (66).

En los Estados Unidos junto a los servicios de "legal aid" y "legal advice", se estableció un servicio de tipo más que todo sociológico, bajo el nombre de "Legal Service Program" en el año de 1964 y que diez años después, culminó con el instituto denominado "Office of Economic Opportunity" (OEO) que tenía como función principal la creación de los "Neighborhood Law Firms" (oficinas legales de vecindario) ubicados en los barrios populares de las grandes ciudades y de algunas zonas rurales cuyas prestaciones se llevaban a cabo mediante abogados pagados para realizar dicha labor, a tiempo completo o a medio tiempo pagados por el Estado.

Los objetivos primordiales de tales oficinas, eran en primer término el de informar a los grupos necesitados sobre los problemas legales, utilizando

para ello, todos los medios de comunicación e incorporando con el pasar del tiempo, la participación directa de los mismos grupos de interesados en el desarrollo del programa.

Sin embargo, este programa debido a sus grandes innovaciones de tipo social, no tardó en sufrir los primeros golpes destructivos; iniciaron a llover numerosas críticas de parte de los sectores profesionales y políticos y así poco a poco, las fuentes de financiamiento se fueron debilitando hasta carecer de ellas en forma absoluta.

Con la legislación Nixon se dio la iniciativa para suplantarlo mediante su sustitución por un órgano de carácter privado que sufragaba económicamente el Estado. Este órgano se llamó "Legal Service Corporation" y a través de éste, se canalizaba el sistema de la asistencia legal por las vías tradicionales (67).

En las naciones socialistas, los abogados están obligados a prestar sus servicios para la evacuación de consultas a quienes lo soliciten. No obstante, para quien requiera de una respuesta escrita, se ha establecido el pago de una pequeña cantidad (68).

El juez, hemos ya hecho notar, en los sistemas socialistas, goza del doble poder siempre en el proceso, de ejercer la asistencia de la parte comportándose como auxiliar de las mismas de ahí que sus funciones se extiendan también, a la labor de evacuar las consultas de naturaleza extrajudicial que se le presenten (69).

(65) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 586. Varano ha criticado el sistema inglés porque considera que ciertos mecanismos del mismo, lo hacen impracticable, por ejemplo, la fijación de un mínimo de capital. Por otro lado, señala que en materia del legal advice, el pago al profesional ha resultado insuficiente lo que ha traído como consecuencia muchos problemas tales como el poco tiempo que se dedica para ejercer el servicio: reducido a media hora la cual se presta durante los horarios de oficina. La situación descrita ha llevado a cambiar el sistema ajustándolo más a la realidad circundante pues, cuando se presenta un asunto para el cual se requiere de una respuesta que debe elaborarse en forma escrita, el utente debe pagar una modesta suma por el servicio. Ver, VARANO, op. cit., ps. 452-454.

(66) Idem.

(67) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., ps. 587-588.

(68) Sistema similar al indicado en nota anterior por VARANO, el cual se utiliza también en Inglaterra. En la Unión Soviética, para darnos una idea, el pago consiste en la cifra de cincuenta "Kopequi". Se establecen sin embargo, algunas excepciones como en el caso de quien reclama una pensión o de marineros y soldados, posiblemente atendiendo a sus limitaciones dada la circunstancia transitoria en que se encuentran estas personas, no se exige el pago de los servicios aunque si ello consiste en una respuesta escrita. La actividad extrajudicial que se desarrolla en la Unión Soviética es muy variada incluyendo aún la realización de acuerdos conciliatorios, la escritura de cartas, etc. En relación al tema ver, PECORI, op. cit., p. 269. Además, DENTI, Proc. Civ. e Giust. . ., cit., op. cit., ps. 31 ss.

(69) DENTI, "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 591.

PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. SOBERANIA Y ORDEN PUBLICO

Lic. Gonzalo Ortiz Martín

A esta clase se le ha dado el tema "PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. SOBERANIA Y ORDEN PUBLICO". Mi propósito está en situar ambos aspectos dentro del momento histórico actual para darles utilidad práctica si es que así logro demostrarlo, pero, resulta imposible entrar de lleno en las problemáticas de hoy sin hacer una rápida incursión en las causas que originaron el Derecho Internacional y por ello, aunque sea muy apretada la síntesis, comienzo por el Derecho Internacional Privado, que no por ser Profesor de esa materia pueda considerarse de mi particular predilección, sino porque cronológicamente nace primero que el Público.

Son los estatutarios quienes a la caída de Roma recogieron los vestigios del derecho romano que los bárbaros destruyeron aunque en el devenir del tiempo fueron más bien absorbidos por esas leyes. Se crearon estatutos que regularan las relaciones de los hombres de las distintas ciudades derivándose de allí los primeros planteamientos de un derecho que saltando las fronteras tuviera aplicación "propio vigore", fuera de su ámbito territorial, sea la extraterritorialidad. Al polemizar otros maestros estatutarios objetaron que eso no era real y sí, la aplicación de la ley extranjera dentro del territorio del Señor a su voluntad, o bien, por el valor del derecho mismo. Aparecen las escuelas francesas, holandesas, alemanas, angloamericanas. Colocándonos en este debate con Yanguas Mesías, decimos: "Será el Juez, quien mediante una co-

recta interpretación aplique el caso donde la norma que debe regir la relación jurídica de que se trata". Carrillo Salcedo escribe: "El Derecho Internacional Privado recurre al ejemplo de diversos procedimientos y de ahí que esta disciplina registre un pluralismo de normas de las que algunas puede ser predominante, pero de modo alguno exclusiva". De todos los autores brillantes de ahora, se puede deducir, que el sistema conflictual no puede tenerse como método único. El internismo no tiene jurisdicción para solucionar todos los casos que se presenten. Las normas jurídicas aplicables al comercio y a financiaciones externas y préstamos cortos y empréstitos largos, individual o colectivamente en varios países simultáneamente, ha planteado por la fuerza ineludible de las circunstancias una nueva perspectiva de indudable progreso en las aplicaciones internas o externas de la propia ley o de la extranjera. El juez en este juicio será siempre un elemento de gran valor en la interpretación de normas relacionadas con diversos sistemas jurídicos y la coordinación entre ellos sería una verdadera solución aunque equiparable a un ideal, porque no sabemos si es cierto y si es posible. La codificación, según Siqueiros: "Sean normas internacionales y no internas las que establecieran las reglas conflictuales que a su vez determinasen las normas materiales competentes". La codificación es la que ha tenido mayor importancia práctica porque allí se han concentrado los pocos o muchos acuerdos de los Estados en los diversos códigos o tratados que pretenden uniformar las reglas de solución. Como señal de un avance positivo tendríamos ya

que declarar que se aceptara universalmente que a las codificaciones y a los tratados hay que suprimirles la facultad jurídica y técnica de hacer reservas. Siguiendo a Mancini, que afirmó, *"Hacer obligatorias cierto número de reglas de Derecho Internacional Privado, a través de uno o más convenios internacionales"* glosamos que la teoría del Tratado que está en evolución y así parece que se demuestra, en el aspecto de que en sí tenga verdadero poder y capacidad de abarcar, tanto en el trámite de proceso como en su fondo, mayor ejecutividad y o coerción para obligar a los Estados suscritores a que tomen las medidas necesarias, en sus propias legislaciones internas, para reformar como consecuencia inmediata del tratado, aún la constitución y las leyes que obstaculizaran su vigencia. Me ocuparé de esta argumentación con más profundidad cuando llegue al punto objeto de esta lección. No podemos pasar de largo la influencia que las reglas conflictuales han tenido en el desarrollo del Derecho Internacional Privado, debiéndose al menos, mencionarlas y reconocer que fueron los estudios de los europeos y sus doctrinas la cuna donde nació esta materia. Nos concretamos a enumerar los grandes acontecimientos en nuestra América.

El Congreso de Lima de 1877 que emitió el "Tratado de Lima para Establecer Reglas Uniformes en Materia de Derecho Internacional".

Tratados de Montevideo de 1888-1889, que produjo el Tratado de Derecho Civil Internacional.

El Código de Bustamante que se dictó en La Habana en 1928, que constituye el más completo intento de Codificación en el que los artículos 4, 5 y 8 se declara el Orden Público.

Los Tratados de Montevideo de 1939-40 que fue convocado cincuenta años después de los primeros Tratados con el fin de adoptarlos a las circunstancias y modalidades entonces existentes. Se convino en el Tratado de Derecho Civil Internacional.

CIDIP I y CIDIP II. Arribamos a los dos congresos: Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado realizadas en Panamá y en Montevideo en los años 1975 y 1979, respectivamente, en las que en realidad no se trató de codificar sino de armonizar el derecho conflictual con el derecho unificado tratando de tomar en cuenta la relación en América entre sus propios estados de origen románico y los de origen inglés el Common Law. Escribe Parra Aranguren que la importancia del CIDIP I es indiscutible, por cuanto constituye un aporte de singular importan-

cia por la codificación y el futuro desarrollo del Derecho Internacional Privado. . . Podríamos decir lo mismo del segundo congreso. Con esto cierro este corto resumen porque en otras clases de este curso es objeto de asiduos comentarios, con mayor amplitud y sabiduría, por eminentes profesores y además, para mi propósito, dada la calidad de esta distinguida audiencia especializada, es suficiente.

Para nuestra manera de pensar el Derecho Internacional Público lo creó Vitoria y la teología española. Sin que por ello se reste importancia a Hugo Grocio y otros destacados humanistas que tanto influyeron en este suceso histórico que se formuló en los Tratados de Westfalia de 1648. Me atrae como el insigne tratadista chileno Alejandro Alvarez describe el advenimiento: *"Es solo a fines del siglo XV y a comienzos del XVI, con los progresos de los pueblos de civilización occidental y su acercamiento creciente, cuando se produjo un fenómeno psicológico nuevo, el nacimiento en estos pueblos de una conciencia jurídica internacional. No había existido hasta entonces, sino una conciencia jurídica nacional. Estos pueblos, o más bien sus élites, tomaron, en efecto, conciencia del hecho de que sus relaciones recíprocas no debían ya ser dejadas al arbitrio de la política individual sino sujetarse a preceptos jurídicos como lo estaban las relaciones de Derecho Privado. Así nació el Derecho Internacional"*.

Después de la simiente que fue Westfalia y a consecuencia de las guerras napoleónicas que convulsionaron a Europa vino como acontecimiento grandioso en el devenir de la nueva ciencia, que a la vez se nutre en las guerras, el Tratado de Viena de 1815, que produce de inmediato el conocido, estudiado, novelizado, criticado Concierto Europeo de las Grandes Potencias, que en su sola enunciación se indica que Europa se arroga el derecho de mandar no solamente sobre el Continente sino los de Africa, Asia y Oceanía, oteando sobre el Atlántico los países de América que luchaban por su independencia hasta pretender intervenir, bajo los postulados de la Santa Alianza, lo que provocó el 2 de diciembre de 1823 la conocida doctrina Monroe que no cabe duda, es una expresión formal de Derecho Internacional lanzada por la América, desperdigando la semilla de los que muchos ilustres americanos denominan el derecho internacional americano en cuya elaboración se señalan diferencias entre las políticas y sus aplicaciones de los entonces poderosos grupos anglosajones y el hispano, luso, americano. En América se acogen con mucha seriedad los estudios sobre el Derecho Internacio-

nal que se fortalecen en un recurso imperecedero, atado la epónima figura de Simón Bolívar, que convocó el Congreso de Panamá inspirado en su mente fecunda en la Anfictionía griega, para que bajo su égida se estableciera la unión de los pueblos de América y que es hoy la Organización de los Estados Americanos que nos acoge ahora en una de sus instituciones y no cabe la menor objeción de que es el centro fundamental del progreso y desarrollo del Derecho Internacional Americano y de inmarcesible valor al registrar la historia que fue la primera organización basada en los principios del Derecho Internacional que funcionó en el universo. Los trabajos científicos y las doctrinas vertidas por hombres de América son muchas y en este estado del decurso de la clase puede ya afirmarse que se comienza a sentir, después de la primera y segunda guerra mundiales. Una evolución que da campo a sostener que se está en presencia de un nuevo Derecho Internacional, llamado también moderno, que surge en formidable estremecimiento que ocasionaron estos pavorosos conflictos que terminaron ya no con estruendo sino con destrucción total causada por la desintegración del átomo, que no se limitó a arrasar dos grandes ciudades sino que igualmente es hito que concluye e inicia otra era: la quinta edad histórica. La institución polarizada donde se fragua el nuevo Derecho es las Naciones Unidas, que tiene el cuidado de constituirse, de adjuntar y respetarlas, para que continúen existiendo a su vera, a las organizaciones regionales tales como la OEA que es parte del mundo de la ciencia y la tecnología modernizándolo haciendo valer el Derecho Internacional. Si osamos decir que por esas circunstancias de ocuparse el Derecho Internacional Público de las cuestiones de la guerra y de la paz, ha tenido mayor efectividad y más movilidad y creciente fuerza en aplicaciones positivas, erradas o no, que el Derecho Internacional Privado.

Vamos a ocuparnos de las Naciones Unidas muy velozmente porque esta institución es parte de estos cursos. De primero advertimos que no podemos despegarnos la realidad, que es falla en su propia estructura, de que sus resoluciones son recomendaciones que carecen de obligatoriedad coercitiva, porque a diferencia de las potencias, le faltan ejércitos en forma plena, para hacer valer todas disposiciones, pero sí tiene una enorme fuerza moral, principalmente cuando se ocupa del Derecho que es la búsqueda de la Justicia y es esta la que da el fruto: la paz. Las Naciones Unidas están regidas por el Derecho. Funciona un Comité

Jurídico, parte de la Asamblea General, y comités especiales de Derecho Internacional que sesionan permanentemente en el estudio perseverante de todos los fenómenos jurídicos para enmarcarlos en las más avanzadas normas de Derecho. Las Naciones Unidas tienen que trabajar con otro mundo lleno de esperanzas en que la razón y el Derecho reemplazará a la guerra, no en la comunidad pequeña concebida por el genio de Savigny de una Asociación de Naciones influidas por el Cristianismo que les da el carácter de civilizados, sino el de la misma Carta, que son los pueblos dispuestos a luchar contra el flagelo de la guerra, reafirmando su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de persona humana, en la igualdad de derecho de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo o religión. Esta nueva formación mundial del pensamiento apareja la formación del Estado moderno con el que existe y debe convivirse. Todos los asuntos que se tramitan deben pasar por el prisma de la juridicidad de las Naciones Unidas que son, podría decirse, un Estado de Derecho, un super Estado en esta modalidad concreta y por ello es que debe ser profundamente respetada al reconocerse su origen en el Derecho Internacional. Para lograr redondear mi propósito de sintetizar el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público deben anotarse los principales hechos ocurridos en la evolución y cambio del Derecho Internacional Público. Se exponía, clásicamente que el sujeto del Derecho Internacional Privado es el hombre, en su actividad particular, en su estatuto personal y las relaciones con los bienes que le rodean y que en el Derecho Internacional Público el sujeto es el Estado. Esto es obsoleto. Ya no se acepta, el sujeto del Derecho Internacional Público es esencialmente el hombre, agregándose, de cualquier nacionalidad que sea y en cualquier parte que esté, porque es su personalidad y su dignidad las que conformarán los derechos que han de ser su armadura jurídica en su vida internacional. Y el hombre en el Derecho Internacional Privado no es un ente jurídico perteneciente únicamente a su patria sino un ser con dignidad resguardado jurídicamente en lo interno por su propio país y en lo demás por las Naciones Unidas en sus claros postulados.

Como no se trata de hacer un compendio del Derecho Internacional Público, porque en verdad no es el tema de esta clase, nos ceñiremos para finalizar el capítulo, a establecer al menos, las sustanciales diferencias entre el nuevo y el moderno

Derecho Internacional Público. El original tiene como principios, sobre todo, las convenciones y el arbitraje, los tribunales internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia, institutos y asociaciones de esta materia, en parte la jurisprudencia y el derecho consuetudinario, aunque estas sean, más bien, fuentes. El Nuevo, El Moderno me parece que están bien concebidos en la introducción de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969: *"Los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derecho a la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no ingerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades. Convencidos de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciadas en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional. Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente convención"*.

Descritas sucintamente estas dos ramas del Derecho Internacional nos falta dejar claramente definido que esto conduce al ideal de establecer el orden jurídico internacional comprendidos el público y el privado y es aquí, en este punto, donde para nuestro entender hallamos la primera y grande coincidencia. Brota el problema: la aplicación coercitiva de ese orden internacional, relacionado con la soberanía y el orden público, que a nuestro humilde pensar, en sus efectos son la misma cosa. En lo concerniente a la aplicación de ese orden internacional está lo diferente del Derecho Internacional Privado y del Derecho Internacional Público: las teorías son las de la extraterritorialidad y el internismo en el primero y la de un acuerdo universal en el segundo que debe centralizarse en las Naciones Unidas. Para la extraterritorialidad el internismo no se admite solución, porque va envuelto el concepto de que es parte misma de la organización del Estado lo que se llama el orden público, que con sus varias denominaciones ha venido frenando la aplicación real de todas las teorías, sin que de nada valgan las difíciles e imposibles divi-

siones de orden público interno y orden público internacional que promulgó el Código Bustamante, apegado a la clásica división de los Estatutarios. Esta indiscutible realidad impidió el desarrollo del Derecho Internacional Privado y como algo curioso, ha servido también para que el Derecho Internacional Público lo saque a cuento cuando con frecuencia convenga a los intereses de los Estados agresores o vencedores, fuertes o débiles, según las necesidades circunstanciales. La Unión Soviética, una de las hegemonías que influyen en las decisiones mundiales, alegó que no dejaba entrar en Hungría a un Alto Comisionado de las Naciones Unidas que tenía la misión de investigar por qué fue invadida y casi destruida por los tanques rusos, aduciendo que esa era una cuestión de carácter doméstico, interna de ese país con el cual tenía un tratado. La misma contestación que al mundo estupefacto dan ahora, con ocasión de la invasión de Afghanistan. La República de Africa del Sur ha rechazado varias resoluciones de las Naciones Unidas en las que les exige terminar con el horrendo crimen del "apartheid", porque consideran que esta es una cuestión del orden interno, es decir, de su propio orden público. Estos ejemplos resaltan que este concepto o idea del orden público queda a la apreciación de quien tiene y puede ejercer su poder o fuerza. Si esto se arguye ante crímenes internacionales, con mayor razón en asuntos en que se juegan los intereses personales, que con diversos criterios provenientes de las variadas legislaciones tienen los jueces que aplican su derecho de sistemas, románicos, common law, islámicos, consuetudinarios y algunos más. De modo que, la institución del orden público relacionado con la soberanía, levanta un valladar insalvable para la aplicación irrestricta del orden internacional. No pretendemos sostener, en esta oportunidad, en esta cátedra, que es indispensable prescindir del orden público y de la soberanía en los casos de aplicaciones de la ley extranjera en el evento del Derecho Internacional Privado o en el mandado internacional de una institución de ese carácter en el Derecho Internacional Público, porque no es el objeto de este estudio, sino el de evidenciar lo que se ha realizado y pretender al menos, evitar un choque frontal o indirecto que igualmente evite su aplicación. Llamamos frontal cuando al tomarse una disposición internacional se la combate advirtiendo que no se suscribirá el convenio, o indirecto cuando se hace la salvedad al suscribirse o ratificarse, según el caso, de que se acepta siempre que no se oponga a la propia legislación interna o al orden

público del Estado reservante. Con estas facultades de los Estados no se arriba a ninguna solución. A nuestro juicio se han operado, sin embargo, grandes progresos salidos de las Naciones Unidas que han encontrado, en casos muy importantes la fórmula para prescindir que el soberano oponga el orden público. Forma parte de las Naciones Unidas la Organización Internacional del Trabajo cuya Asamblea General dicta reglas jurídicas, en beneficio de los trabajadores y en resguardo de sus derechos que deben ser adoptadas por los Estados miembros de esta Agencia que al firmar adquieren el compromiso de que esas recomendaciones serán convertidas en leyes en sus respectivos Estados que han de aceptar, sobre todo, la vigilancia de la OIT para que su cumplimiento sea absoluto. El trabajador de todos los confines del Orbe sabe que sus derechos sociales están perpetuamente protegidos por la institución y hacia ella se dirigen cuando se sienten lesionados.

Existe una producción universal de valor supremo, que es parte y complemento de la Carta y es la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. La importancia de los Derechos Humanos en el Derecho general ha constituido el fenómeno histórico jurídico de mayor alcance en este tiempo. Solamente nos referimos a algunos puntos salientes, porque no es tema de esta cátedra. Los derechos humanos abarcan totalmente la personalidad jurídica del ser humano, comprendiendo todos los elementos fundamentales en la composición de la dignidad, que le es propia del hombre como tal. Así tenemos que derechos que se mantenían en un campo eminentemente privado, pasan a ser públicos lo que trae diversas consecuencias jurídicas. Observemos, verbi gratia que en los derechos sociales que por aparte constituyen el Derecho Laboral, hay muchos de ellos que se agrupaban en el Derecho Internacional Privado, que ha dado por resultado que los tratadistas crean que es un derecho mixto que tiene tanto de privado como de público, lo que en realidad viene a crear complicaciones porque en un mismo Derecho de Trabajo, aunque sea en teoría, habría aspectos que se resolverían por los sistemas del Derecho Internacional Privado y otros del Público. Del mismo modo se presentarían casos de cuestiones económicas y de la mujer que ambos están en la Proclama de los Derechos Humanos y asimismo en la práctica de conflictos sindicales regidos por convenciones en las que se alega la vigencia del "rebus sic stantibus" o sea el tener en cuenta si se producen cambios importantes después de fir-

mada la convención, si deberán ser mantenidos al ratificarse legalmente. Esto para demostrar como pareciera que las coincidencias entre ambas materias, van convirtiéndose en un sólo orden jurídico aplicable. En las luchas por la vigencia de los Derechos Humanos, hay que anotar que proclama significa que se trata de un reconocimiento público para que sea conocido por todos y no un articulado coercible porque así había sido firmado por los proclamantes. Para evitar estas dudas y aclararlas en lo posible se han celebrado varios Pactos de Derechos Humanos que van limpiando obstáculos y dificultades que dejen campo abierto, para que sean rectamente aplicables y debidamente sancionadas las violaciones. Entre estas convenciones está la Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial que es para nosotros un verdadero arsenal jurídico de lo que es el Derecho Moderno y por habernos tocado durante los primeros seis años de su vigencia pertenecer al Comité Racial donde pudimos ahondar los nuevos medios de aplicación en la práctica de la Convención y obtener así conclusiones que por razones de lo extenso de este trabajo habremos de reducir al mínimo. Ya hemos dicho que el obstáculo mayor en la codificación es la cláusula de orden público que se reserva el Estado suscriptor en cuanto al derecho de no aceptar la convención si ésta, total o parcialmente, se opone a su propia organización legal. Transcribo en lo conducente, lo principal de la Convención.

"Art. 2) c. Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista"; "Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el 'apartheid' y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza".

En el básico artículo 4, en sus partes principales, manda: *"Los Estados partes condenan. . . y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación. . . tomarán entre otras, las siguientes medidas; a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o*

grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación". En el artículo 5 se detallan los derechos civiles (¿privados?) que fundamentalmente deben ser protegidos, entre otros, el derecho a heredar; el derecho a una nacionalidad, el derecho al matrimonio y la elección del cónyuge; el derecho a ser propietario individualmente y en asociación con otros. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, están el derecho al trabajo; el de sindicarse, a la vivienda, a la salud, a la educación y cultura y el acceso a todo lo que sea destinado al servicio público. Para hacer cumplir estas prescripciones se creó un Comité compuesto por dieciocho expertos de reconocido prestigio moral e imparcialidad. Es obligación del Comité reunirse en dos períodos de sesiones por año y estar en comunicación permanente con los Estados partes para que cumplan fielmente lo que ellos mismos ordenaron en la Convención, rindiendo un informe cada dos años en el que den cuenta del cumplimiento del artículo 2 de revisar sus legislaciones para amoldarlas a la esencia de la Convención. Se han emitido pronunciamientos de altos jueces en el que ordenan, como sucedió en países escandinavos, que se reforme la Constitución para adecuarla a lo ordenado por el pacto y de la Corte de Casación de Francia en el que se dio toda primacía a la Convención y ordena a todas las organizaciones judiciales y administrativas se sujeten a sus mandatos. Costa Rica, nuestro país, comenzó por modificar su Carta Fundamental y luego en el Código Penal declaró que la discriminación racial es un delito que sería castigado con penas que allí mismo se dieron. Igual han procedido gran número de los Estados partes, subordinando sus propias leyes, sin alegar orden público a los mandatos del Convenio. Véase entonces, cuidadosamente, el camino que ha tomado las Naciones Unidas para salvar el obstáculo del orden público, o sea, mediante la Convención se comprometen los suscritores a dictar concretas normas jurídicas sobre determinadas cuestiones, obligándose a incorporarlas como derecho propio dentro de su mismo orden público y jurídico ejerciendo con esto un acto de soberanía, sin que se pueda alegar que existen leyes opuestas porque previamente se comprometieron a revisar, reformar, cualesquiera disposiciones contradictorias a los principios de la Convención. Este sendero es un venero en los precedentes para que en muchas situaciones de Derecho Internacional Privado se lleguen a acuerdos, codificaciones, en las que se resuelvan puntos concretos. A nosotros nos parece

ver que es la ruta clara del CIDIP I y II y el del empeño en que está ahora la Consultoría Jurídica y el Comité Jurídico de la OEA para alcanzar puntos de acuerdo entre la ley románica que tanto influye las legislaciones hispano-luso-americanas y el common law de los Estados Unidos, parte de nuestra organización, y en el futuro el Canadá. La coincidencia entre ambas ramas del Derecho Internacional está probada y ha de llevarnos a estudiar si lo que debe establecerse como resultado es un orden jurídico internacional, que contenga tanto el Derecho Internacional Privado como el Derecho Internacional Público. Todavía faltan argumentos y razones en muchos aspectos que deben tenerse muy en cuenta. La coercibilidad que ha de tener el derecho es lo esencial para su vigencia. Quizás por eso es que sí ha caminado más rápidamente el Derecho Internacional Público por ser mayores los problemas en la guerra y en la paz. En Nuremberg, de hecho, bajo la espada del vencedor, se estableció un Tribunal que dijo ser de Derecho y aplicó y ejecutó toda clase de condenas. Autorizado por la Carta han enviado y mantienen ejércitos, que cobijados por la bandera de las Naciones Unidas han peleado con armas convencionales, para conseguir se sometan lo contendiente a su orden de cese de fuego. En el Derecho Internacional Privado han aparecido fenómenos que se han desenvuelto dentro de tesis de derecho sin atrevernos a afirmar si son internistas o extraterritoriales. Analicemos el caso. En el primer Seminario de Derecho Internacional Privado, celebrado recientemente en México pronunció una brillante conferencia el Dr. Fernando Vásquez Pando titulada "Consideraciones jurídicas sobre la teoría y la práctica de la inversión extranjera indirecta en México, a través de financiamientos", que versa sobre los mecanismos que se utilizan en la práctica para obtener recursos financieros en el exterior. Para razonar el comentario en que estamos, no debemos distraernos y pasar inadvertidos los sucesos que están ocurriendo en esta Tierra cambiante que nos enfrenta a situaciones no solamente desconocidas porque antes no se presentaron, sino sin suficiente respaldo filosófico para inducirnos a conclusiones acertadas, como vemos en materias de financiamientos externos por medios no imaginados por el Derecho clásico. Los capitales que hoy necesita la industria y el desarrollo en general es de montos que rebasan la imaginación más exaltada. Son sumas del campo de la fantasía las que se requieren para construir enormes plantas eléctricas aprovechando las aguas de uno, dos y más países; para tender kilómetros de kiló-

metros de poliductos que llevan el petróleo de un extremo a otro de un continente; para adquirir veloces aeronaves que acortan día a día los pueblos todos del orbe. Estos grandes capitales entre los que no nombramos, adrede, el costo de las armas convencionales y atómicas, por la antipatía que no podemos vencer, hacia los pueblos que se arman dilapidando ese dinero que serviría para acabar con la miseria que corroee a la humanidad, deben financiarse en los grandes mercados de capital, adonde los agentes financieros representantes de bancos y consorcios de los más diversos países, europeos, americanos, islámicos, japoneses y tantos otros que acumulan fortunas que se acrecen en los movimientos de préstamos. ¿Cuáles leyes rigen estos contratos de empréstitos fabulosos? Quienes prestan el dinero exigen toda clase de garantías y una de ellas es tener plena jurisdicción jurídica para eventualmente poder cobrar. Examinemos un caso de un negocio con el Japón que financió la creación de un muelle con todos los elementos necesarios para crear una zona portuaria. Exigió que la moneda de pago fuera el yen relacionado con el dólar americano y de que en cualquier diferencia, fuera del orden que fuera, laboral, pública o privada, serían competentes los tribunales japoneses, a sabiendas que en Costa Rica estaba toda la explotación y ejecución del contrato de donde se derivarían todas las consecuencias jurídicas. No cedieron y tuvimos que firmar y para que no creyéramos que el trato era desigual, adjuntaron copias de con-

trataciones similares signadas con otros países, muchas veces más poderosos que nosotros. El Dr. Vásquez Pando estudia en detalle las colocaciones de títulos en el mercado externo por medio de los nominados "loan agreement"; los "Swaps" y los "Stand-by agreements". Nótese que estas locuciones se mencionan en lengua inglesa y no en el latín porque en los cambios históricos hay denominaciones que responden a situaciones nuevas sin antecedentes filológicos para traducirlas de su lengua madre y no mistificarlas al ponerles nombre en variados idiomas. Estas transacciones financieras se realizan en el exterior. Como problemas básicos dice el ilustre mexicano que *"este tipo de operaciones se extienden tanto al ámbito de lo que tradicionalmente llamamos Derecho Internacional Privado, cuanto al Derecho Público"*. He traído este apunte a colación para demostrar como si un Estado, grupos de sus nacionales constituidos o no en corporaciones pretenden financiarse en mercados extranjeros y para protegerse desean las leyes, quizás más favorables, de sus países, sabrán que no son valederas, porque los consorcios acreedores no los aceptarán, lo que en definitiva los pasarán por las horcas de una ley extraña. De manera que, ni interna ni internacionalmente el deudor puede regular jurídicamente la operación; y si es posible, que mediante convenios con los proveedores del capital se encuentre un orden internacional aceptable para todos los Estados que forman el Concierto Mundial de Naciones Unidas.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, se acercan cada vez más al necesitarse recíprocamente del tratado, la convención, la codificación, para hacer valederos los acuerdos entre las naciones. Las diferencias que se juzgan sustanciales pueden ser objeto mediante el acuerdo que será parte del nuevo orden internacional coercitivo.
2. Este nuevo orden internacional ha de entenderse en el sentido de que en lo concerniente a acuerdos jurídicos deben seguirse los procedimientos y el fondo de igual manera. Si el caso versa sobre cuestiones estimadas como de Derecho Internacional Privado o sobre Derecho Internacional Público, los modos obligantes, asumidas para su cumplimiento, deben ser las mismas.
3. Para lograr esos objetivos los Estados partes de la Convención deben tener plenos poderes para que sea compulsivo el compromiso de aceptar el convenio que se vaya a producir, que entraña la obligación de revisar. Cada Estado parte sus propias leyes, reformarlas o cambiarlas, si se oponen a la aplicación internacional de la Convención y este previo compromiso contendrá además, la renuncia a toda posibilidad de reservas, que no sean de carácter puramente transitorias.

4. Toda codificación proveerá a la aceptación de la vigilancia y los medios ejecutivos que contengan para su aplicación, de la Organización de la OEA, en nuestro caso, o bien de las Naciones Unidas en conformidad con la Carta de NU.
5. El problema de la responsabilidad de los Esta-

dos cuando el tratado viole disposiciones que están calificadas dentro del jus cogens, en relación con el delito o crimen internacional, según el grado, deben ser materia de otra clase para completar las polémicas ideas aquí expuestas.

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE PROTECCION A LA NATURALEZA Y LA LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION AMBIENTAL EN COSTA RICA

*Lic. Rafael González Ballar.
Facultad de Derecho, Universidad
de Costa Rica.*

*"En los países en vías de desarrollo,
la mayoría de los problemas del me-
dio ambiente son causados por el
subdesarrollo mismo".**

I. GENERALIDADES

El problema de la protección de la naturaleza y del medio ambiente en general afecta a todos los países del mundo. Los países materialmente ricos concluyen que el tipo de desarrollo escogido, la industrialización, la sociedad de consumo son la causa fundamental de la destrucción de su medio ambiente.

Los países del Tercer Mundo (subdesarrollados o en vías de desarrollo) no escapan al problema en cuestión. Y puede afirmarse que en nuestros países la gravedad de la situación es mucho mayor. Ello debido a que para un país en vías de desarrollo el problema debe analizarse tomando en cuenta dos factores: la protección de la naturaleza misma (elementos físicos y bióticos) o como se usa llamarles recursos naturales renovables; y el enfrentamiento a la contaminación ambiental producto del progreso que nos venden los países más industrializados (1).

Es un error el creer que las primeras formas de destrucción y explotación de la naturaleza y de la contaminación producto del desarrollo (industrialización), se dieron en los países desarrollados.

Por el contrario, compartimos la opinión de que el estado de subdesarrollo de la casi totalidad de la América Latina y de muchas regiones de Asia y Africa; es la primera manifestación de una forma de explotación y contaminación de nuestras tierras; de degradación económica y degeneración político-social producto del desarrollo de unos pocos países a costa de otros; los nuestros (2).

En el aspecto de la contaminación los países subdesarrollados de nuevo toman parte. Por no señalar más que un ejemplo general e importante, nótese que la fuerza que han adquirido en los países desarrollados las reglamentaciones a las industrias por efecto de la contaminación que ellas causan, han producido los desplazamientos que

* Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972.

(1) Ver LAULAN, Ives, *Le tiers monde et la crise de l'environnement*, París, P.U.F., 1974, pp. 28 ss. y también BARDE, Jean Philippe y GERELLI, Emilio, *Economie et politique de l'environnement*, París, P.U.F., 1977, pp. 69 ss.

(2) DE CASTRO, Josué, "Pollution No. 1 sous-développement". *Le Courier de L'Unesco*, enero, 1973, pp. 20-23.

se notan actualmente de las industrias más contaminantes (hacia países donde el costo de la contaminación) sea mínimo, no exista legislación protectora ni control adecuado, y, por último tener garantizada una mano de obra barata y abundante (3).

Es por ello que hiciéramos alusión anteriormente, a que la protección se presenta como un problema de más difícil solución para los países del Tercer Mundo. En tanto las causas y efectos del subdesarrollo, que amenazan en cierta forma con la posibilidad de afectar negativamente la naturaleza y la contaminación, como el uso inadecuado y poco científico de la tierra, la urbanización acelerada y desequilibrada de la capital y capitales de provincia, el desequilibrio geográfico en la localización de las industrias y en general de la vida del país (4). La consiguiente migración del campesino hacia la capital, los tugurios (favelas-ranchitos), la desmedida explotación de nuestros bosques, la extinción de muchas especies de nuestra fauna; son sólo algunos ejemplos, consecuencia de la falta de planificación en las políticas de protección y de

una carencia absoluta de visión unitaria, para resolver los problemas.

En mucho nuestra actual impotencia a una planificación en materia de protección y conservación (que es lo que nos interesa resaltar), tiene su fundamento en la inadaptación, de nuestro País a una forma equilibrada de desarrollo misma, ya que nuestro tipo de desarrollo, está basado en la relación básica de los países subdesarrollados que nos viene desde la colonia, a saber: monocultivadores, dependientes económica y tecnológicamente, etc.

En Costa Rica el régimen jurídico de protección no escapa a la falta de planificación y unidad que debe evitar tener todo sistema de reglas que verdaderamente vaya dirigido a resolver y comprender el subdesarrollo, la protección a la naturaleza, la lucha contra la contaminación como una unidad en cuanto a soluciones necesarias. Pero sobre todo nos interesa señalar, la limitación que se deriva del fundamento conceptual en que descansa dicho régimen, y, que no permite dicha concepción y por tanto una solución unitaria del problema.

II. EL FUNDAMENTO CONCEPTUAL DE LA NORMATIVA COSTARRICENSE DE CONSERVACION DE LA NATURALEZA Y DE LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION COMO LIMITE A UNA VERDADERA PROTECCION

Costa Rica posee legislación para la protección de la naturaleza y la lucha contra la contaminación ambiental.

A nivel constitucional no existe una norma que nos permita admitir en forma certera la voluntad del constituyente a admitir un derecho popular a reclamar o una obligación del Estado a garantizar una naturaleza y un medio ambiente adecuado (5).

El régimen jurídico de protección en nuestro país ha sido estructurado a través de leyes y decretos. Los mismos han venido por lo general a llenar un vacío inmediato en la protección.

Para brevedad en el análisis diremos que se pueden concretizar grandes dominios de protección. El primero comprende la protección de la naturaleza vegetal, en donde hemos incluido la protección de suelos y agua. El segundo la vida silvestre, pesca y caza. Y por último la lucha contra la contaminación.

La protección de la naturaleza es sobre todo dominio del Poder Central, asimismo que la lucha contra la contaminación ambiental. La primera es competencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, la segunda del Ministerio de Salud.

- (3) LAULAN, op. cit., pp. 100-101 y DENGÓ, Jorge M., "La Costa Rica del año 2000", simposio, 1976, Depto. de publicaciones del Ministerio de Juventud, Cultura y Deportes, pp. 545-546. Ver PEARSON, Charles, "Incidences des mesures de protection de l'environnement prises par les Etats Unis de Amerique sur le commerce et les investissements des pays en développement", O.N.U. doc. 1976, pp. 36 ss.
- (4) De los 7000 Km² desarrollados de nuestro país (entre Paraíso y Grecia) del 70 % al 95 % de profesionales, 70 % de la industria, 64 % de la actividad comercial, 80 % de las inversiones para la habitación, 75 % de la actividad bancaria y el 90 % de la educación superior se localizan en esta área "La Costa Rica del año 2000", simposio ya citado, pp. 226-230 y también PAIX, Catherine, Tiers Monde, 1972, T. XIII, pp. 269-308.
- (5) En el mundo son pocos los países que han consagrado en sus constituciones una regulación concreta. Solamente Bulgaria en su Constitución de 8 de mayo de 1971; Polonia en el art. 12 de la Constitución de 1952 reformada por Ley de 10 de febrero de 1976 especialmente para ello; Cuba en el art. 27 de la Constitución de 24 de febrero de 1976; Portugal en el art. 66 de la Constitución de 2 de abril de 1976; Rusia en el art. 12 de la Constitución de 7 de octubre de 1977; la última es la española en el art. 41 de la reciente Constitución de 1978. Ver *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, set.-oct., 1978, pp. 157-164.

En forma directa es la Dirección General Forestal a través de sus diferentes departamentos la que tiene a su cargo la gestión de la naturaleza vegetal (6).

La Ley Forestal y su respectivo reglamento (7) son los que en forma directa vienen a regular principalmente la protección del mundo vegetal. Asimismo es necesario citar si se quiere la Ley de Reforestación (8) y su Reglamento (9). Debemos aclarar que se dice en forma directa, pues en nuestra legislación es dicha normativa la única que posee reglas para lograr de manera específica la protección ya sea de un bosque (sometiéndolo al régimen forestal, arts. 6 Ley Forestal y 85 del Reglamento) o de la flora propia de nuestro país a través de la creación de una reserva biológica, una zona de protección o un parque nacional (10).

Y además es necesario admitir que en una forma indirecta la naturaleza vegetal, se protege a través de otras leyes y decretos que no tienen por objetivo fundamental dicha protección. Pero, sin embargo, por la relación de unidad que caracteriza la naturaleza al querer regular aspectos relacionados a un elemento de la misma, se consagra una regulación para los otros. Así encontramos en la Ley de Aguas (11) de 1942; la ya derogada Ley de Construcción (12); la Ley de Sanidad Vegetal (13); la Ley del I.T.CO. (14); la Ley de la Zona Marítimo Terrestre (15) y su Reglamento (16).

Hemos incluido en este primer grupo de normas, las relacionadas con la protección y conservación de suelos y aguas, debido a que en nuestra legislación la conservación de los mismos se ha realizado a través de la protección de los bosques, siembra de árboles frutales (17) y evitando la deforestación en cuencas hidrográficas en los alrededores de manantiales (18).

Las leyes que directamente han venido a regular dichos elementos son la Ley de Conservación de Suelos y Aguas (19), que otorga competencia al Ministerio de Agricultura y Ganadería, y, también puede incluirse la Ley de Aguas de 1942 (20).

En el segundo dominio de normas de protección encontramos la protección de la fauna silvestre, pesca y caza.

Es la Dirección General de Recursos Pesqueros y Vida Silvestre (21) del M.A.G. que en forma directa puede intervenir en la protección. La Ley de Conservación de la Fauna Salvaje y su Reglamento (22) han regulado directamente los aspectos fundamentales. Dicha normativa ha sido la que ha declarado de interés público la conservación de la misma. Las zonas reservadas a refugio animal; los derechos de caza y permisos así como aspectos más específicos, el tipo de armas, etc.

Sin embargo, son bastantes los decretos que han venido a ampliar dicha protección. Por ejemplo, especificando el número máximo de especies a

(6) Ver arts. 2 y 7 de la Ley Forestal No. 4465 de 25 de nov. 1969 y arts. 3 y 7 del Reglamento a dicha Ley No. 2923-A de 22 de enero 1973.

(7) Op. cit., ver arts. 1, 2, incs. a, b, g, i, 3, 4, 89, 97; del Regl. arts. 3, 4, 5, 100.

(8) Ley No. 6184-A del 29 nov. 1977.

(9) Regl. No. 8554-A de 5 de mayo de 1978.

(10) Ley Forestal citada, arts. 18, 74, 84; del Regl. arts. 36, 97.

(11) Ley No. 276 del 26 de agosto 1942, ver arts. 13, 16, 145, 146, 148, 150, 154, 155.

(12) Ley No. 833 de 2 de nov. 1949 arts. 37, 38, 71.

(13) Ley No. 4295 del 17 de dic. 1968 ref. por la No. 6248 del 2 de mayo 1978, arts. 2, 5, 32, 52.

(14) Ley No. 2825 de 14 oct. 1961, arts. 1 inc. 4, 41, 87.

(15) Ley No. 6043 del 2 de marzo 1977, arts. 1, 12, 17, 22, 34.

(16) Regl. 7841-p del 16 de dic. 1977 arts. 1, 3, 4, 10.

(17) La Ley más antigua que hemos podido encontrar dirigida a la conservación de las fuentes de agua declarándolas inalienables, Ley No. 58 de 30 de julio de 1887; ver también Ley No. 65 de 30 de julio de 1888; ver sobre obligación de siembra árboles frutales Ley No. 17 de 25 jun. 1930 y Regl. No. 1 de 16 de mayo de 1933; y Ley No. 68 de 16 jun. 1923.

(18) Ver arts. 145 al 156 Ley de Aguas citada; arts. 2 inc. c, 83, 84, 85 de Ley Forestal citada y arts. 45, 97 incs. b, c, 100 del reglamento a dicha ley.

(19) Ley No. 1540 de 7 de marzo 1953.

(20) Ya citada, arts. 13, 57, 162, 166.

(21) Decreto creador No. 4619 de 4 de marzo 1975.

(22) Ley No. 4551 de 15 de abril 1970, dicha Ley reformó la 2790 de 20 de jul. de 1961 y el reglamento todavía vigente No. 3 de 11 jul. 1962.

cazar por temporada (23); el tipo de armas (calibre) que pueden utilizarse (24) y decretos que vienen a proteger distintas especies de animales prohibiendo su caza (25).

En relación a la caza y pesca marítimas están la Ley No. 190 de 28 de setiembre de 1948 y su Reglamento (26).

De una manera indirecta existen normas para la protección en la Ley de Sanidad Animal (27).

El tercer dominio de normas conciernen sobre todo la lucha contra la contaminación ambiental.

Es el Ministerio de Salud a través de la división de Saneamiento Ambiental (28) quien debe hacer cumplir las normas en cuestión. La Ley General de Salud (29) es la que contiene la normativa para la lucha contra la contaminación; principalmente el título III referido a *"los deberes de las personas para la conservación y acondicionamiento del ambiente y de las restricciones a que quedan sujetas en sus actividades en beneficio de su preservación"*. El propósito es de prohibir cualquier *"acción, práctica u operación que deteriore el medio ambiente natural o que alterando la composición o características intrínsecas de sus elementos básicos, especialmente el aire, el agua y el suelo, produzcan una disminución de su calidad y estética, haga tales bienes inservibles para algunos de los usos a que están destinados (30)"*.

Y es preciso agregar que dicha Ley es la única que en forma directa y específica, pretende la protección de los elementos de la naturaleza y del medio ambiente, desde un punto de vista cualitativo. El Código Sanitario, que en un tiempo fue la base para la lucha contra algunos aspectos de la lucha contra la contaminación (31), dejaba de lado bastantes aspectos que deberían tener una regulación.

El criterio de protección cualitativa que destacamos anteriormente, lo encontramos sobre todo en la legislación más reciente (32), debido a que la legislación que hemos venido citando nos referimos a la Ley de Aguas de 1942, Ley de Suelos y Aguas, etc. La naturaleza es protegida desde un punto de vista más cuantitativo (33) que cualitativo.

La legislación que hemos citado, constituye en Costa Rica la base sobre la que se pretende lograr una protección adecuada. Sin embargo, en nuestro criterio la legislación descansa sobre un fundamento conceptual parcial. Es decir, concibe un aspecto limitado de la relación del hombre con la naturaleza y el medio ambiente. Dicho fundamento consiste en creer que dicho medio ambiente, constituye un conjunto de elementos materiales (físicos o bióticos), actuando continuamente los unos sobre los otros y que simplemente merecen nuestra protección.

Esta forma de concebir las relaciones que se pueden establecer entre el hombre y su medio es limitada y peligrosa. Sobre todo, que en dichas formas de relación, el hombre siempre ha llevado en su mente la idea de dominación y explotación, por sobre cualquier otro sistema posible de relaciones.

Es por ello que el contenido de la legislación se ha limitado a *"la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos como la tierra, el agua, la flora y la fauna, el bosque y a la protección del medio ambiente rural en tanto necesario a la conservación de la vida y la producción agrícola. Evitando que el hombre por contaminación del agua, pesticidas, no destruya el adecuado equilibrio ecológico (34)"*.

En nuestro criterio es necesario tener una vi-

(23) Decretos Nos. 5958-A y 5959-A de 4 de mayo 1976.

(24) Decreto No. 3 de 19 enero 1961, ref. por regl. citado de 11 jul. 1962.

(25) Del Quetzal decreto No. 9 de 30 de jul. 1958; gavilanes y águilas, Aguila pescadora, halcones, y caracaras, dec. No. 5906-A del 13 de abril 1976; ardillas sciurus y microsciurus, dec. No. 5906-A del 26 de marzo 1976.

(26) Decreto Ley No. 363 de 11 de enero 1949.

(27) Ley No. 6243 del 8 de mayo 1978, ver arts. 23 al 32.

(28) Ley Orgánica del Ministerio de Salud No. 5412 de 11 de dic. 1973, art. 3.

(29) Ley 5395 del 30 oct. 1973, ver sobre todo arts. 72, 148, 195, 246, 248, y del 262 al 336.

(30) Op. cit., art. 263.

(31) Decreto Ley No. 809 de 2 de nov. 1949 ver arts. 30 inc. e, 168, 169, 253 al 275, 281, 290, 293 al 301.

(32) Ver sobre todo los cambios en las reformas a Ley de Sanidad Vegetal, supra nota 13; y Ley de Sanidad Animal nota 27 y el Decreto No. 6114-SPPS-A de 6 de dic. 1976, art. 2.

(33) En Ley de Aguas ver todo el cap. noveno arts. 145 al 159 para la protección cuantitativa, en tanto que para la protección cualitativa arts. 32, 57, 64; de la Ley de Suelos y Aguas ver arts. 2, 5, 6, 8.

(34) Opinión del grupo de consejeros en Derecho Agrario para la América Latina; citada por BARAHONA Rodrigo en el texto de la relación presentada a la Comisión de *"Recursos Naturales"* durante las segundas jornadas italo-latino-americanas de derecho comparado (San José, Universidad de Costa Rica, 6-9 setiembre 1977) publicada en *Rivista di Diritto Agrario*, No. 4, 1977, pp. 677-687.

sión más amplia de las relaciones entre hombre y naturaleza. Y que se comprenda que la misma debe tener puntos de regulación en los siguientes aspectos; por no dar más que unos ejemplos:

1) El aspecto estético y cultural. Un paisaje o una vista agradable al espíritu del hombre (casi olvidadas en nuestra legislación); son también formaciones de la naturaleza que deben protegerse.

2) La naturaleza se puede y debe proteger también en los espacios urbanos. El hombre, mediante la construcción de monumentos históricos, o de la arquitectura de las construcciones urbanas que constituyen su medio ambiente de todos los días, va dejando su huella junto a la naturaleza.

3) El fenómeno de la urbanización moderna sobre todo en las zonas más pobladas, debe tomar en cuenta la necesidad de la protección de los espa-

cios verdes, comprendiendo el beneficio que una porción de naturaleza, puede traer en aquellos lugares, donde se da un desequilibrio en la localización de las industrias y el establecimiento creciente de la población.

Los argumentos dados en relación al fundamento conceptual erróneo que está a la base de nuestro régimen jurídico de protección, y derivado de ello mismo, la falta de unidad que posee la normativa en cuestión para concebir la naturaleza como un todo, por la especificidad de su protección debido al subdesarrollo, nos permite afirmar que, en tanto dicho fundamento siga constituyendo la base sobre la que se conciben las relaciones hombre-medio, nuestro régimen jurídico es y será un límite más antes que una real posibilidad de protección.

III. SOLUCIONES Y CONCLUSION

Cada pueblo deberá escoger sin presiones de ningún tipo la mejor vía hacia el desarrollo. Pero un país subdesarrollado no puede darse el lujo de permitir que le exploten, o de explotar la naturaleza, sin un régimen jurídico adecuado para lograr un equilibrio entre el hecho de servirse de la misma logrando al mismo tiempo su protección.

En un análisis correcto que permita soluciones correctas, es necesario considerar el impacto total que el hombre y su cultura produce sobre su medio; y, en el caso de un país subdesarrollado se den problemas de protección propios, a un sistema de producción que no pueden resolverse con recetas venidas del exterior (35).

El nuevo fundamento que se propone como solución para una posible legislación para la protección, concibe una visión amplia del conjunto de relaciones del hombre y la naturaleza teniendo en mente el estado de subdesarrollo. No es un simple conjunto de elementos naturales que se interrelacionan entre ellos y que necesitan de nuestra protección "*in abstracto*". Dicho fundamento conceptual va más allá y pretende que dicho conjunto de relaciones necesariamente englobe "*aspectos biológicos, psicológicos, económicos y culturales, todos ligados en la misma trama de una dinámica ecológica en constante transformación*" (36)".

Para terminar consideramos que Costa Rica

(35) Ver el artículo de SCOTT Paradise "La relación del hombre con la naturaleza", en donde se pone de manifiesto el contenido de la ideología norteamericana de destrucción del medio ambiente. Y que se impone a los países de América a través de 7 postulados:

1. "El hombre es el origen de todo valor".
2. "El Universo existe solamente para el uso del hombre".
3. "El propósito primario del hombre es producir y consumir".
4. "Los recursos naturales son ilimitados".
5. "La producción y el consumo deben aumentar perpetuamente".
6. "El hombre no necesita adaptarse al ambiente natural ya que él lo puede adaptar a sus propias necesidades".
7. "Una función del Estado a ayudar a individuos y corporaciones a explotar el medio ambiente y crecer en poder y riqueza". En Informe Semestral julio-diciembre de 1972, del Instituto Geográfico Nacional (M.O.P.T.) p. 27.

(36) DE CASTRO, Josué, op. cit., p. 20.

necesita una ley para la protección de la naturaleza y lucha contra la contaminación ambiental. Una sola ley que regule, tanto el aspecto cuantitativo como cualitativo de la protección, teniendo en mente que la naturaleza constituye una unidad. Lógicamente dicha ley será la que venga a estructurar un organismo administrativo que haga eficaz

su aplicación (37). Por lo tanto, la misma deberá concebirse teniendo como base el nuevo fundamento del que hemos hablado. Y que en su elaboración esté presente el biólogo, el ecólogo, el economista, el sociólogo, el antropólogo, el geógrafo, el ingeniero, el arquitecto, el urbanista, el político, el campesino y por último el jurista.

(37) Es ambigua y poco realista la forma como se ha querido estructurar el INDERENA (Instituto de Recursos Naturales, etc.). Tanto en el Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo como en las posteriores discusiones de la Comisión del Gobierno de Administración de la Asamblea Legislativa. Ver expediente No. 7619 del año 1976.

CONCEPTUALIZACION DE LO "AGRARIO" PARA FINES CREDITICIOS

Lic. José Amadeo Sánchez R.

SUMARIO:

A) La concepción clásica del crédito agrícola.	72
1) Breve historia del crédito en general.	72
2) Crédito agrícola o crédito agrario.	75
3) El crédito agrícola como instrumento del hombre del campo.	77
B) La concepción moderna del crédito agrícola.	79
1) La agricultura como "actividad" frente al crédito.	79
2) El Derecho Agrario como derecho de los recursos naturales frente al crédito.	82
3) Teoría de la "Agrariedad" frente al crédito.	84
4) El crédito, un instrumento para la empresa agrícola.	86
5) Un concepto del crédito agrícola.	89

A) LA CONCEPCION CLASICA DEL CREDITO AGRICOLA.

1. BREVE HISTORIA DEL CREDITO EN GENERAL.

Desde el punto de vista jurídico, el origen del crédito fue la venta a plazos o el préstamo de dinero, apareció en todas las épocas y desde antes de siglo XIV existía un extenso crédito (1), especialmente en Italia, los países bajos y Cataluña. Se le consideró como el cambio de una cosa presente por una futura; una fase especial del fenómeno del cambio en que interviene el tiempo (2); en otros términos, es un compromiso del deudor de entregar a su acreedor lo prestado al vencer el plazo convenido; es el cambio de un bien actualmente disponible contra una promesa de pago.

Antiguamente el crédito o préstamo se usaba como una forma de ayuda entre familiares, llegando a formarse círculos cerrados entre ellos; también fue utilizado por grupos para explotar a otros grupos extraños. Fue considerado un asunto privadísimo. Se dice que cualquiera daba crédito si disponía de los medios necesarios, cobrando elevadas tasas de interés y si el deudor no pagaba, el acreedor podía confiscarle sus bienes o tomarlo como esclavo; era un préstamo que servía para satisfacer las necesidades más elementales, al que hoy llamamos préstamo consuntivo y casi siempre el deudor no podía devolverlo al final del plazo, porque no lo utilizaba para producir.

Los instrumentos de crédito que se utilizaban eran rudimentarios y a su desarrollo se oponían las prohibiciones dictadas contra la usura; el papel del crédito en esta etapa fue oscuro, pero no menos importante.

En Roma únicamente se consideró el crédito personal; hasta entonces todavía no se habían perfilado los derechos del hombre y era común que si el deudor no pagaba podía ser convertido en esclavo del acreedor. Los tratadistas de esta época tuvieron que recurrir a ciertas invenciones como la de asimilar el crédito a un bien material con el pro-

pósito de lograr su transmisibilidad; se materializaba en contratos llenos de formulismo, que aún hoy en día subsisten en los contratos civiles como resabios de esa época.

El crédito representado por documentos o títulos aparece en el siglo XII. El acreedor proporcionaba su dinero contra la entrega de un título en el cual se fijaba el plazo y el deudor prometía la devolución del dinero. Aparece así por primera vez, la letra de cambio en Holanda, Alemania e Italia, que consistió inicialmente en una orden de pago contra una casa bancaria de una ciudad diferente al lugar en donde había sido emitida; en sus principios esta orden de pago no podía ser utilizada sino por la persona a cargo de quien se emitía o extendía.

Fue la complejidad cada vez mayor de las transacciones mercantiles que hizo evolucionar el crédito o préstamo de dinero y logra adquirir una importancia mayor cuando aparecen las formas de contratos mediante los cuales se objetiviza y adquiere gran movilidad. Su plena configuración la obtiene hasta que se encontraron y desarrollaron sus instituciones, lo mismo que la perfección de sus instrumentos; por eso los historiadores conciben la historia del crédito íntimamente unida a la de los bancos y a la de sus instrumentos.

Con el advenimiento de la Revolución Industrial y del Liberalismo Económico el crédito revoluciona también, aparecen hombres como David Ricardo, que encontraron la necesidad de que los banqueros de la época transfirieran con suma facilidad las deudas a otros acreedores. Por largo tiempo los economistas consideraron el crédito como una invención moderna, sin duda por el desarrollo que tuvo con el auge del Liberalismo Económico; no obstante los historiadores afirman que eso es insostenible, por cuanto el crédito existió desde épocas remotas.

Se llega entonces, a la etapa del desarrollo del capitalismo dentro del cual el crédito va a perfilarse con mejores caracteres. Los economistas enfocan su atención en un doble interés: sobre quienes disponen de capital y sobre quien necesita de esos

(1) El término "crédito", se utiliza hoy también como sinónimo de reputación, solvencia, plazo para pagar. Ver CABANELLAS, G., Diccionario de derecho usual, (Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 9a. ed. 1976) p. 545.

(2) "No puede admitirse que si el crédito es tiempo —dice Bastiat— este tiempo no sea pagado a su precio. Habrá crédito, pues, siempre que en un intercambio, las prestaciones de las dos partes, en vez de ser simultáneas, estén disociadas en el tiempo". Ver JEAN, R., Diccionario de ciencias económicas, (Labor S.A. Barcelona, 1966) p. 285.

fondos, a "fin de convertir los capitales estables en capitales móviles" (3); así escribe J.B. Say: "*El crédito en general, es bueno porque facilita el empleo de todos los capitales y los hace salir de las manos en las que permanecen inactivos para pasar a las que los hacen fructificar*"(4). Surgen así los principios que en lo sucesivo regirán las actividades crediticias, los bancos se desarrollan, nacen nuevos conceptos como el de inversión (5), capital (6), moneda circulante (7), masa monetaria (8), empresa (9), que vienen a perfilar al crédito como una de las actividades más importantes en el desarrollo de toda economía, al grado de considerarlo con facultades milagrosas (10).

Nacen los banqueros privados como cualquier otro comerciante, utilizando el dinero como mercancía; obteniendo sus ganancias sobre la diferencia del interés del dinero que toman prestado y el interés del que dan en préstamo; a su vez recibían grandes beneficios con las concesiones otorgadas por el Estado a cambio de préstamos que le otorgaban; ejercían control sobre la economía pero no eran tan útiles a ella por la desproporcionada voracidad de obtener jugosas ganancias.

De negocio privadísimo el crédito se convierte en negocio bancario privado y con el desarrollo de éste, surgen los bancos de emisión (11), los bancos de negocios (12), y los bancos de depósitos, y para salvaguardar los intereses de los depositarios interviene el Estado.

Después de la crisis económica producida por la Primera Guerra Mundial, se toma conciencia de la identidad entre el crédito y la moneda. Los banqueros, comerciantes cuyo objetivo era obtener cuantiosos beneficios, emitían excedentes de moneda para satisfacer las demandas de crédito, lo que llevó a excesos, ya que la moneda emitida

debía estar en proporción a las existencias de oro. Para evitar esta clase de abusos se sintió la necesidad de que el Estado controlara la emisión de moneda legal; además de eso, la crisis económica demostró la importancia del papel del crédito, lo mismo que el carácter público de la función bancaria, por lo que en todos los países se pensó que el crédito debía estar sujeto al control del Estado, no sólo en interés de los depositantes, sino de los mismos bancos.

No es posible dejar a entera libertad de los bancos privados la emisión de la moneda por el riesgo que implica que éstos, con el fin de ampliar sus beneficios, no limiten sus emisiones de moneda y se produzca un peligroso desajuste entre la cantidad de moneda circulante y las necesidades reales del mercado, ocurriendo consecuentemente una desvalorización monetaria (13). Los Estados se dan cuenta de este peligro y poco a poco se han puesto en manos de instituciones bancarias centrales el control del crédito y de las emisiones monetarias, quedando a la banca privada el estímulo del lucro, sin poder alterar la oferta monetaria.

Ya en nuestros días al crédito se le ha comparado como uno de los factores de producción, afirmando que produce riqueza; pero en sí, no es más que un medio para poner a producir (14), no produce por sí mismo sino que es instrumento para distribuir riqueza. Si el capital no pudiera pasar de una persona que lo tiene en abundancia pero improductivo a otra que no lo tiene y que lo necesita para producir, una gran cantidad de personas no tendrían empleo: he aquí el beneficio del crédito a la economía.

Tres ideas básicas que a través de la historia del crédito pueden observarse, son: la idea de confianza, la idea de tiempo y la del riesgo; en torno a

(3) Así decía Necker, citado por JEAN, R. Ibid, p. 287.

(4) Citado por JEAN, R. Ibid, p. 287.

(5) "*Inversión, es el empleo productivo del capital, cuyo objetivo inmediato, desde el punto de vista del inversionista, es el beneficio o lucro*". Ver en: JIMENEZ, R., M. *Apuntes de crédito o inversiones*, (Publ. U. de C.R., 1949) p. 2.

(6) "*Capital, es todo producto del trabajo pasado, que nos sirve para producir riqueza*". Ver en: FACIO, R., "*Curso de moneda, crédito y banca*", (Publ. U. de C.R., 1949) p.115.

(7) "*Moneda circulante, es la cantidad de moneda existente en un momento determinado*". Véase JEAN, supra nota 3, p. 267.

(8) "*La masa monetaria, engloba las diferentes formas de moneda existentes en un país, en un momento dado, para asegurar la financiación de sus actividades*". Ver en Ibid p. 615.

(9) "*Empresa, es un organismo financieramente independiente que propone producir ciertos bienes o servicios*". Ver en: REMEUF, J., *Diccionario de ciencias económicas*, (Labor S.A., México, 1966) ps. 392-96.

(10) Véase FACIO, supra nota 6, p. 114.

(11) Ibid, p. 119.

(12) Ibid, p. 119.

(13) Ibid, p. 114.

(14) Ibid, p. 115.

ellas los economistas estructuran diferentes teorías. La primera es fundamental, pues sin ella el acreedor no querrá prestar su dinero; el tiempo, es básico, ya que el acreedor entrega una cosa presente para recibir otra en el futuro; en cuanto al riesgo, el acreedor lo analiza, si es un banco, como comerciante el banquero se preocupa de la seguridad en recuperar el crédito concedido, para lo que busca diferentes formas de garantía, analiza la solvencia moral, la solidez y el progreso económico del solicitante, siguiendo métodos ya establecidos, como la famosa prueba del ácido (15) o el estudio de las tres "C" del solicitante (16).

La clasificación inicial del crédito fue la siguiente: por su finalidad, se le dividió en consuntivo y productivo; por el plazo, en crédito a largo y a corto plazo; por su objeto, en inmobiliario, agrícola, comercial, minero, industrial y popular; por la persona del deudor, en público y privado; y por la garantía, en crédito real y personal (17). Esta clasificación actualmente ha experimentado algunas subdivisiones.

Pero haciendo abstracción de las demás clases en que puede dividirse el crédito, el objeto de estudio en este trabajo, es el crédito agrícola y a él se dirige la atención.

En el mundo occidental el sector agrario no se incorpora a la revolución tecnológica y económica, sino con mucho retraso y lentitud. Con certeza puede decirse que es hasta en el presente siglo que se asienta la necesidad de reajustar los adelantos en la industria y en la economía con la retrasada estructura socio-económica de la población rural y sus métodos de producción.

En Europa, con la revolución industrial se perfeccionan las instituciones financieras del capitalismo, aparecen nuevas formas de producir bienes, y el liberalismo político sustituye el viejo orden feudal agrario por el Estado liberal burgués que puso en práctica el "laissez faire, laissez passer".

El avance industrial va unido al mercantil, se crean categorías y valores como los costos de producción, los beneficios, la productividad, el mercado, la financiación, todos aplicables a la industria y a su aliado inmediato: el comercio; nacen las operaciones de tráfico monetario que implican "una financiación en el espacio, esto es, se facilitaba en un lugar el dinero que habría de hacerse efectivo en otro" (18). Del giro bancario se pasó al descuento que ya implicaba una financiación en el tiempo; estas operaciones dan origen a la letra de cambio, documento jurídico que conlleva grandes privilegios en el ámbito del derecho mercantil y que luego pasó a ser un documento de crédito.

Con la creación de estas operaciones bancarias se completó el cuadro de instrumentos que financiaban los ciclos de comercialización del capitalismo. Se creó toda una filosofía del crédito y fue cosa normal los préstamos de dinero, elaborándose métodos de apreciación de riesgos y formas de concesión, a las que se hace referencia anteriormente.

Mientras esto pasaba en el mundo industrial y comercial, ¿qué ocurría en la agricultura? El campesino continuaba viviendo en gran parte bajo la inercia del sistema feudal precapitalista, con sus métodos de producción, sus hábitos e ideas completamente retrasadas; las formas de tenencia de la tierra, los derechos reales, los contratos y principalmente la financiación, no habían sufrido ningún cambio sustancial; los préstamos en el campo, eran una cosa ajena a la vida económica agraria y generalmente raros y trágicos, pues las hipotecas y los censos eran instrumentos que los usureros utilizaban para explotar y oprimir a los agricultores. Se producen así dos mundos completamente desarticulados, opuestos: el urbano-industrial y el rural-agrícola, se impone la necesidad de una integración económica entre ambos que comienza

(15) "La prueba del ácido, se aplica en préstamos a corto plazo, la cual da la mayor prueba de liquidez, y consiste en dividir el activo circulante menos el inventario, entre el pasivo circulante". Ver JIMENEZ, supra nota 6, p. 4.

(16) "Otra de las normas a seguir y de aplicación general, es el estudio de las tres "C" del solicitante, las cuales se reflejan al carácter, capacidad y capital. Algunas veces, para dar mayor consistencia puede hacerse uso de una cuarta "C", constituida por lo que se llama colateral". El fundamento esquemático de las cuatro "C", es el siguiente: el carácter, reúne el deseo, la determinación y la intención de pagar (solvencia moral); la capacidad, reúne el conocimiento y habilidad (hay probabilidad de reembolsar el préstamo); el capital, reúne la cantidad y calidad de activos fijos; la colateral, son fianzas corrientes o solidarias. Véase ibid, p. 4.

(17) Ibid, p. 3.

(18) VINAS CALVO, J., La banca privada y el crédito agrícola. Comunicación presentada en las Primeras Jornadas Nacionales de Crédito Agrario, celebradas en Madrid en diciembre de 1966, publicada en *El crédito agrario* por la Asociación Española de Derecho Agrario, (Zaragoza, 1968) p. 114.

en el siglo XIX, pero demasiado lenta y es hasta en el presente siglo, según lo expresado, que adquiere verdadero auge.

En España aparecen los antiguos pósitos (19) con un carácter social y benéfico, cuyo fin era liberar a los pequeños agricultores de la usura y se buscan los medios jurídicos que hacen asequible el crédito agrícola a esos pequeños agricultores, con reducidas tasas de interés, basándose en que la agricultura es una actividad de autoconsumo, poco rentable y que la exigua producción que iba al mercado, se vendía en el estrecho ámbito de la comarca.

El avance tecnológico produjo profundas huellas en lo económico y social, lo que también afectó a la agricultura, aunque en menor escala; sin embargo sirvió para ampliar los mercados y consecuentemente el consumo de los productos provenientes del agro, esto evidenció la necesidad de los cambios que habían de venir.

El sector rural recibió pasivamente las instituciones económicas (20) del sistema capitalista concebidas en un principio para la industria. La agricultura tiene que adaptarse a un traje extraño cuya imposición le ha sido muy dolorosa y que le ha impedido que su desarrollo se haya efectuado con mayor rapidez y originalidad. Esta obligada adaptación que se impuso como condición para el desarrollo del nivel de vida en el agro, junto con la ampliación de los mercados de los productos agrícolas, plantearon la necesidad de mejorar la producción y productividad de los agricultores, para lo que se requieren créditos suficientes a fin de que pudieran obtener aperos de labranza, compra de ganado, semillas, mejorar instalaciones agrícolas, etc. Y para obtener los créditos, los agricultores tienen que acudir a las instituciones financieras del capitalismo, es decir, los bancos, y teniendo éstos como finalidad primordial el lucro, y como comerciantes, que ven ante todo la seguridad en la recuperación de los créditos otorgados, impusieron a los agricultores los mismos criterios de selección y formas para otorgarlos, igual que a los industriales, sin preocuparse en

encontrar un tratamiento adecuado que respondiera a los caracteres propios de la agricultura.

Así, se quedaron fuera de los beneficios del crédito muchos modestos agricultores, obviamente sólo podían tener acceso a éste, aquellos que podían pasar el colador de los criterios de selección, con todas las secuelas de garantías jurídicas, tales como las letras de cambio con sus modificaciones, las firmas y fianzas solidarias, la prenda, etc., en muchísimos casos desconocidas para los pequeños agricultores.

2. CREDITO "AGRICOLA" O CREDITO "AGRARIO".

Es necesario determinar con claridad el adjetivo que califica al crédito de "agrícola" o "agrario" unas veces y de "rural", otras, porque esto es precisamente lo que lo distingue de las demás clases de crédito; no está demás el esfuerzo que se haga en este sentido por las consecuencias prácticas que se pueden obtener para efectos de interpretación (21), porque el crédito adquiere características propias cuando se destina a la agricultura; pero esto nos lleva a un problema mucho mayor, que es el de determinar las actividades agrarias,¹ que a su vez nos conduce a definir qué se entiende por agricultura, cuestión harto difícil en torno a la cual se han estructurado varias teorías, de las cuales se intentará hablar más adelante.

En doctrina los autores usan indistintamente los términos referidos y se pretende con ello, poner la nota diferencial, característica del crédito que se destina para financiar las actividades agrarias. En sentido etimológico, "agrario" viene del latín "Agrarius", que a su vez se deriva de "ager" o campo, entendiendo por campo la tierra destinada al cultivo o labranza para la producción de productos vegetales o cría de animales (22); el ilustre profesor español Alberto Ballarín Marcial (23) considera que el término "agrario", es de buen castellano, así lo prueban las denominaciones romanas "lex agraria" o "leges agrariae" dictadas para

(19) DE ZULUETA, M. Ma., El crédito agrícola en España, (en *Rev. di Diritto Agrario*, Año XXXVII, 1958, Edit. Dott A. Giuffrè, Milano) ps. 336-50, 336.

(20) Véase VÍAS CALVO, *supra* nota 18, p. 115.

(21) ALVARENGA, I. P., Temas de derecho agrario y reforma agraria, (EDUCA, San José, 1977) p. 97.

(22) SALAS-BARAHONA, Derecho agrario, (Publ. U. de C.R. San José, 1973) p. 9.

(23) BALLARIN, M., A. Derecho agrario, (Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1965) p. 6.

llevar a cabo redistribuciones de la propiedad y cita a Jovellanos y los demás clásicos del S. XVIII que usaron el término "ley agraria", para referirse a la regulación de carácter general que convenía al agro español en aquella época.

También se atribuyó al término "agrario", dos acepciones (24): una restringida que significa reparto de tierras; y otra amplia, que indica todo lo relativo a la tierra como sinónimo de suelo, dándole mayor importancia a esta última acepción. Su uso en estos dos sentidos no es corriente.

El término "agrícola", viene de los dos latinos "ager" y "colero", significando este último, cultivar (25); de aquí que se aplica este adjetivo calificativo a todo aquello que tiene relación con la agricultura.

Comparando ambos términos, resulta de mayor amplitud el primero (26), pues alcanza todas las actividades que se ejercen, sobre el campo para producir productos vegetales o cría de animales, siendo más correcta su aplicación a todas aquellas que por su propia naturaleza corresponden al mundo de la agricultura. En la doctrina (27), predomina el uso del primero (28) y se va dejando la aplicación del segundo a aquellas actividades que no son agrarias por su propia naturaleza; pero que sin embargo, tienen relación íntima con las primariamente agrarias, sirviendo más que todo como un adjetivo que las califica por esa relación con las esencialmente agrarias.

La voz "rural", también utilizada, viene del latín "rus" o "ruralis", sinónimo del campo (29) pero entendiendo no el utilizado para la labranza o cultivo, sino como el ámbito espacial opuesto al término "urbano", (31) así entendido, es todavía más amplio que el término "agrario", porque tiene resonancia sociológica y cultural (31), es indicativo de un modo de vida, de localización, porque se refiere a todo lo que está fuera del radio urbano de

una ciudad. El uso de esta voz, ha ido perdiendo terreno en la doctrina del Derecho Agrario, sólo ha tenido éxito en Francia donde se han escrito varias obras con el uso de dicho vocablo, tanto así, que el código francés se denomina "Code Rural" (32).

Con lo dicho tenemos claro el panorama y se sabe que el crédito, por su propia naturaleza, no es una actividad agraria sino mercantil; sin embargo, cuando éste va destinado a financiar las actividades agrarias, por esa destinación, adquiere el calificativo de "agrícola" para denotar las características propias que toma cuando va dirigido a la agricultura.

En la doctrina se usan los vocablos "agrario" y "agrícola" referidos al crédito, indistintamente, como si fueran sinónimos, pero con lo expuesto anteriormente puede verse que no tienen significación exactamente igual, pues el primero se refiere más que todo a lo que es "agrario" por su propia naturaleza y el segundo, califica a lo que se relaciona con el agro.

Descartamos el vocablo "rural" por no ser aplicable correctamente con respecto al crédito, por la amplitud del término.

Al observar la legislación vigente, relativa al crédito, en algunos países del área centroamericana, se puede ver como se utilizan las voces que venimos estudiando, indistintamente, lo que puede originar confusiones a la hora de hacer una interpretación de las disposiciones. Así, la Ley de Tierras y Colonización de Costa Rica, denomina su capítulo VII con el epígrafe de "Crédito Agrario" y más adelante (33) nos habla de la planificación del crédito rural y de las normas que orientarán el servicio del crédito agrícola. La Ley del Sistema Bancario Nacional incurre también en el uso indistinto de los términos estudiados (34).

La Ley de Reforma Agraria de Honduras lo denomina simplemente como "crédito", aunque

(24) CASO, A., Derecho agrario, (Porrúa, S.A. México, 1950) p. 173.

(25) DICCIONARIO, infra nota 29.

(26) Ver SALAS-BARAHONA, supra nota 22, p. 9.

(27) BALLARIN, supra nota 23 p. 6.

(28) PEREZ LLANA, E. A., Derecho agrario, (Castelvi, S.A. Santa Fe, Arg. 1963) p. 19.

(29) DICCIONARIO de la Lengua Española, (Real Academia Española, 19a. ed., Madrid, 1970).

(30) GELSI BIDARD, A., se pronuncia por considerar que lo "rural" y lo "agrario", son sinónimos. Ver en Noción de derecho rural (en *Rivista di Diritto Agrario*, Año XLII, Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1963), p. 3.

(31) BALLARIN, supra nota 23, p. 7.

(32) Ibid, p. 6.

(33) Arts. 132 y 135, Ley No. 2825, 14 oct. 1961; en C.L.D., II sem., p. 200.

(34) Art. 88, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional de C.R. No. 1644, 26 set. 1953, en *Leyes Bancarias y otras conexas*, (Publ. B.C. de C.R., Ene., 1979) p. 51.

seguidamente hace las acotaciones que se refieren al "crédito agrícola" (35), lo mismo que la Ley de Transformación Agraria de Guatemala (36). La Ley del Banco de Fomento Agropecuario de El Salvador, lo denomina "crédito de fomento agrícola" (37). Existe en este último país la Ley del Crédito Rural (38), cuyo "objeto es proteger y mejorar el trabajo de los productores y comerciantes en pequeño, así como de todo trabajador que encause sus actividades lícitas a la producción, distribución y circulación de la riqueza. Además... estrechar las relaciones del pueblo con el hogar, la tierra y la riqueza nacional, mediante la organización de cooperativas".

Esto indica que las Cajas de Crédito Rural, creadas al efecto, otorgan créditos agrícolas propiamente dichos, pero que además conceden una amplia gama de préstamos a los habitantes del campo (39) y pequeñas comunidades rurales para el desarrollo de actividades, que si bien pueden ser productivas, pero no necesariamente agrarias.

Pareciera que esta misma idea tiene la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional de Costa Rica, cuando en el inc. 2do. del art. 88, ya citado, en nota anterior, dice: *"El Banco Nacional de Costa Rica tendrá un Departamento de Crédito Rural, encargado así mismo de promover el Crédito Agrícola y el mejoramiento económico y social del pequeño agricultor"* (40).

3. EL CREDITO AGRICOLA COMO INSTRUMENTO DEL HOMBRE DEL CAMPO.

La concepción benéfica y proteccionista del crédito agrícola va evolucionando, aunque no puede afirmarse totalmente que haya sido superada en

forma completa. Las formas de crédito adaptadas a las peculiaridades propias de la agricultura, son muy pocas, quedando mucho por hacer en este sentido.

El problema se presenta con diferentes caracteres en la grande, en la mediana y pequeña explotación agraria (41)(42); en Centro América hay grandes explotaciones cuyos propietarios con frecuencia no sólo son agricultores, sino que además poseen capitales invertidos en empresas industriales, comerciales y hasta financieras, aparte de que en muchos casos tienen fuertes ingresos provenientes de su trabajo personal. Para éstos, el problema tiene un carácter completamente diferente, muy distinto que para aquellos que tienen que vivir de la agricultura y que su única fuente de riqueza y de ocupación, la constituyen las actividades agrarias.

Los grandes disponen de una capacidad de ahorro considerable y los colocan en la agricultura cuando prevén obtener una utilidad superior a la que obtendrían en otras inversiones; agreguémosle de que estos grandes propietarios, en la mayoría de los casos, no son exclusivamente agricultores y numéricamente son una minoría, pero poseen la mayor parte de las tierras cultivables en la región, así por ejemplo en Centro América de 2.9 millones de hectáreas de tierras sometidas a algunas de las formas de aprovechamiento económico, 285.000 están en manos de 765.000 propietarios, mientras que 2.2 millones están en manos de 59.000 propietarios (43). Como puede verse de la observación detenida de estas cifras, existe en Centro América una cantidad relativamente grande de pequeños y medianos propietarios, que necesitan para la explotación adecuada de sus parcelas el acceso al crédito suficiente y oportuno; y si a esto agregamos el problema de las imperfectas formas

(35) Art. 128, D. No. 170, 30 dic. 1974, (en Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, Nos. 1 y 2, Jun. 1962-63, Tegucigalpa) p. 268-69.

(36) Art. 132, D. No. 1551, 17 oct. 1962, en *Principales Leyes del Sector Público Agrícola*, (Publ. JICA, Guat., 1977) p. 97.

(37) Inc. 11, art. 1, D. No. 312, 10 abril 1973, en D. of. No. 75, tomo 239, abril 25, 1973.

(38) Art. 1, D. No. 113, 21 dic. 1942, (en Publ. Banco Hipotecario, El Salv., Boletín No. 32, 1979).

(39) ALVARENGA, *supra* nota 21, ps. 85, 86.

(40) Ivo P. Alvarenga, crítica esta concepción del crédito rural. *Ibid.*, ps. 84, 86.

(41) DE ZULUETA, *supra* nota 19, p. 337.

(42) "El complejo de bienes organizados por el empresario agrícola en beneficio de la empresa es denominado *azienda* por el Código Civil italiano, palabra ésta traducida impropriamente por algún autor como *hacienda*. El término *explotación* es usado por los franceses y aceptado como sinónimo de *azienda* por autores españoles e italianos; y su uso es puramente patrimonial y económico. El conjunto de bienes que la integra se compone del fondo o predio o, más precisamente, del derecho de propiedad o de goce sobre la tierra, y de otros bienes (aperos de labranza, semillas, abonos, bueyes, tractores, etc.) y de servicios (los prestados por los auxiliares del empresario o dueño de la explotación, bien se trate de familiares o de trabajadores apoderados), de créditos y débitos, todos los cuales están ligados entre sí por integrar una unidad de producción agropecuaria".

Para mayor ampliación del término, ver SALAS-BARAHONA, *supra* nota 22, p. 22.

(43) G. ARAUJO, J.E., Una opción humanista en el desarrollo rural de América, (Publ. I.I.C.A., 1974, C.R.) p. 32.

de tenencia de la tierra (44), que han constituido grilletes de fuerza para detener el desarrollo del hombre del campo, pues al amparo de estas formas imperfectas de tenencia de la tierra, medran centenares de miles de campesinos cuya única fuente de subsistencia son sus actividades agrarias, constituyendo este contingente de hombres los pequeños agricultores sin tierra, cuya población es numéricamente superior que la de los pequeños y medianos propietarios; el problema se vuelve dramático, porque estas formas de tenencia de la tierra han entrado en franca contradicción cada vez más profunda con los sistemas crediticios tradicionales (45).

Si las formas de tenencia de la tierra pudieran adaptarse fácilmente a los tradicionales sistemas crediticios, el problema no existiría o sería de fácil solución; pero el caso es que la adaptación ha de lograrse a la inversa: el crédito debe adaptarse casi siempre a las formas de tenencia de la tierra, al menos mientras no se cambien las estructuras agrarias existentes (46).

Decíamos que el problema con los grandes propietarios, que casi siempre son poseedores de explotaciones agrícolas ya consolidadas, es ínfimo, porque para éstos el crédito puede acudir fácilmente en su auxilio financiero, por la suficiencia de las garantías que pueden ofrecer, por la amplia capacidad de pago, y por la índole netamente capitalista de la empresa, que por sus mismas características, tiene una gran capacidad de capitalizar.

Casi siempre en estos casos, el crédito queda en la categoría de un simple auxilio ocasional y transitorio; en todo caso, no tienen dificultad para obtenerlo por medio de la banca comercial, por las mismas razones ya enumeradas.

Pero cuando se trata del pequeño y mediano propietario y más del pequeño agricultor sin tierras, que carece de capacidad económica inicial, con deficiencias tecnológicas para obtener la máxi-

ma producción, con incapacidad para ofrecer garantías sólidas, con poco o nulo acceso a los centros financieros por su carencia de bienes que ofrecer en garantía y su escasa preparación cultural que le impide exponer con claridad su caso, el crédito se convierte en problema difícil.

Así las cosas, el problema más serio en cualquier sistema de crédito agrícola, lo constituye fundamentalmente el pequeño agricultor, por el hecho de que es grande el riesgo de operar con él. Esta expresión tiene mayor fundamento cuando el agricultor no percibe los beneficios de la institución de crédito en su máximo valor y, por lo tanto, cuando no se arraiga en él, ese sentimiento filial hacia la fuente de protección económica que se le otorga, sentimiento que constituye la mayor garantía para la operación del crédito.

Sin embargo, el crédito agrícola en los países centroamericanos, para este sector marginado de la población rural, es crucial, si se pretende elevar el nivel de vida en todos los órdenes, porque si no se da acceso al crédito al pequeño agricultor, como instrumento para su desarrollo, recurre por su misma pobreza al agiotista, quien ve una forma fácil de enriquecerse cobrando excesivas tasas de interés que van de un dos a un diez por ciento mensual o del 24 a un cien por ciento anuales; el pequeño agricultor busca salir de su pobreza en esa forma, pero el usurero lo empobrece más, estableciéndose así, un círculo vicioso de la pobreza; el peligro es mucho mayor cuando el usurero aprovechándose de la necesidad apremiante de dinero del agricultor, le presta anticipadamente sobre las cosechas, pues le comprará sus productos agrícolas al precio que arbitrariamente el mismo acreedor le fije, sin tener posibilidad de ir a los mercados donde podría vender mejor sus productos, por el compromiso adquirido anticipadamente con aquél; ocurriendo un efecto regresivo, tremendamente per-

(44) El sistema de tenencia de la tierra predominante en una nación, forma la estructura institucional dentro de la cual la tierra está distribuida.

"La expresión 'modalidades de tenencia de la tierra', abarca los diversos métodos de que se valen los agricultores para controlar la tierra y que condicionan su uso y explotación". Las formas más comunes de tenencia de la tierra son: el gratuito, la aparcería, el esquilmo, el arrendamiento, el precarismo, la ocupación, la posesión, el usufructo, el dominio limitado, la copropiedad, la hipoteca y el colonato. Para mayor ampliación, ver SALAS-BARAHONA, supra nota 22, p. 209-13.

(45) DURAN, M.A., Crédito agrícola y tenencia de la tierra, relación presentada en el Seminario Centroamericano de Crédito Agrícola, celebrado en la ciudad de Guatemala del 15 de set. al 15 de oct. de 1952, publicada en la Memoria de ese Seminario, (ONU, México, 1954) III, p. 153, 64.

(46) "La estructura agraria se le puede definir como el esquema que describe el conjunto de relaciones económicas, sociales y jurídicas surgidas de la actividad agraria de un país en una época determinada. Describe la realidad actual en dicho sector que determina el sistema de propiedad y control efectivo de los recursos agrarios". Véase SALAS-BARAHONA, supra nota 22, p. 19.

judicial para el pequeño agricultor, que no sólo ve frustrado su anhelo de superación económica, sino que por el contrario, se ve más empobrecido.

B) LA CONCEPCION MODERNA DEL CREDITO AGRICOLA.

1. LA AGRICULTURA COMO "ACTIVIDAD" FRENTE AL CREDITO.

A fines del siglo pasado y a principios del presente, prevaleció el criterio de que al Derecho Agrario correspondía regular las relaciones del medio rural, en oposición al medio urbano, comprendido en el régimen del Código Civil e involucrando reglamentaciones administrativas, comunales y municipales; hasta entonces "los códigos rurales han sido simplemente reglamentaristas del orden rural, sin contenido doctrinario propio" (47).

En Centro América tenemos ejemplos de leyes que se promulgaron con ese criterio, la Ley Agraria de El Salvador (48) de principios de siglo; la Ley Agraria de Honduras (49).

Este criterio privó también en los países suramericanos, y un ejemplo es el Código Rural de 1875 de Uruguay, que en su art. 1, se definía: "*como el conjunto de disposiciones referentes a las personas rurales y a la propiedad rural*" (50). En este mismo sentido se definía el Código Rural argentino (51).

Con el avance doctrinario, esta posición es desechada por no ajustarse a las exigencias de una población cada vez mayor que necesita ser alimentada y que reclama por un nivel de vida mejor, la realidad económica-social, se impone, y es necesario replantearse el ámbito de competencia del Derecho Agrario, abandonar aquella posición estática del medio rural, por una posición dinámica y ser a éste, como el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la actividad agraria; pero como una

actividad esencialmente productiva (52). Replanteo que ha obligado a una publicización de sus normas y que ha venido a poner en crisis el concepto absoluto de la propiedad privada al introducirse una función social a la propiedad agraria, que contraría la existencia de tierras improductivas, inexplotadas o mal explotadas.

Los autores tienen diferentes puntos de vista para determinar la actividad agraria; el ilustre maestro argentino Antonio C. Vivanco, incluye dentro de esta (53), una clasificación tan grande que prácticamente casi todas las actividades que el hombre realiza, quedarían incluidas dentro de la actividad agraria; afirma que esta es productiva y comprende el cultivo de la tierra, la cría de ganado, la explotación de bosques, la conservación del suelo; que además existen las actividades accesorias tales como las extractivas de productos vegetales o animales y de productos inorgánicos, (en esta última, excluye la minería); las capturas como la caza y la pesca; las transportivas; las procesativas como las de transformación, conservación, almacenado, secado y molienda; las lucrativas, como la compra y venta y las consuntivas, de los productos agrícolas.

El panorama de la actividad agraria, así planteado, resulta demasiado amplio y no ofrece ninguna distinción unitaria que pueda conducirnos con seguridad a la determinación de su carácter "agrario", aparte de que dentro de las que él denomina como accesorias, gran número de ellas no son productivas.

Entrando ya a una corriente más moderna, los profesores Salas y Barahona (54), proponen cinco criterios distintivos de lo "agrario"; el primero, subjetivista por considerar como actividad agraria aquella que realiza el hombre del campo. El segundo criterio, pretende determinarla por el lugar en donde se realiza la actividad agraria, que en la mayoría de los casos se efectúa en las áreas rurales,

(47) PEREZ LLANA, *supra* nota 28, 25-31.

(48) D. del 11 de abril de 1907; aunque esta ley no está derogada, sus normas son obsoletas y prácticamente han caído en desuso. En igual sentido lo fue el Código de Agricultura, promulgado el 26 de abril de 1893, derogado el 12 de abril de 1901.

Sandoval, M.T., *El derecho agrario salvadoreño*, (sin publicar y s.f.) p. 5.

(49) D. No. 5, 2 de abril de 1936, en *Leyes Constitutivas y Códigos*, (Talleres "Aristón", Tegucigalpa, 1949) p. 5.

(50) GELSI BIDARD, *supra* nota 30, p. 15.

(51) PEREZ LLANA, *supra* nota 28, p. 32.

(52) En este sentido se pronuncia el profesor argentino Antonio C. Vivanco, cuando dice: "*La actividad agraria constituye una forma de la actividad humana tendiente a hacer producir a la naturaleza orgánica, cierto tipo de vegetales y de animales con el fin de lograr el aprovechamiento de sus frutos y productos*". Véase VIVANCO, A.C., *Teoría del derecho agrario*, (Edit. Librería Jurídica La Plata, Buenos Aires, 1967) p. 19.

(53) *Ibid*, p. 24.

(54) SALAS-BARAHONA, *supra* nota 22, ps. 12-19.

aunque en los tiempos actuales con los adelantos tecnológicos pueden hacerse cultivos, tales como los de invernadero, en zonas urbanas; por otra parte, con el crecimiento de la ciudades, que se extienden cada vez más, volviéndose difícil fijar un límite preciso entre lo rural y lo urbano; esto dificulta la aplicación de ese criterio.

El tercer criterio pretende distinguir la actividad (55) agraria por la finalidad, que es la obtención (para unos) o creación (para otros), de vegetales y animales para provecho del hombre en su alimentación, o para la producción de materias primas que servirán a su vez para la elaboración de bienes que el hombre necesita. El uso del término "obtención", parece excluir todo el esfuerzo del hombre hasta llegar al momento de aprovechar los frutos, de tomarlos cuando ya están dados; viene de "obtener" (56), que supone un favor, no indicativo del trabajo que requiere la producción, y el de "creación", que se deriva del verbo "crear" (57) que equivale a inventar, a sacar de la nada; no parece expresar correctamente la idea requerida, ya que en la actividad agraria, el hombre no crea, sino que solamente ejerce su actividad como medio para que la naturaleza produzca.

Es preferible el término "Producción", que deriva de producir (58), pues este supone la idea de fecundidad de la tierra.

El cuarto criterio, refiere que la actividad agraria se distingue por los medios empleados para obtener la producción y uno de esos medios, es el uso de la fuerza generadora del suelo; conforme este criterio no serían agrarias aquellas actividades que no hagan uso del suelo y de su capacidad de creación, quedando excluida la ganadería, cuando para la crianza se utilizaren establos, y como alimentos, forrajes, que no son propios del fundo, pues el suelo no sería más que asiento de los establos y sitio del lugar de encierro de los animales. Igual

caso ocurriría en la avicultura y cunicultura y en los cultivos de invernadero o hidropónicos.

El quinto y último criterio, considera que el control del hombre en la génesis productiva de los animales y vegetales, caracteriza la actividad agraria; nadie ignora los riesgos de la producción agraria (59), pues esta se encuentra expuesta a factores naturales, en parte controlables por el hombre; no ejerce un completo dominio sobre esas fuerzas, por ejemplo; el hombre puede controlar las plagas de los cultivos mediante el uso de insecticidas; evitar el crecimiento de malezas con el uso de herbicidas; desparasitar el ganado con medicamentos adecuados. Pero el hombre no podrá evitar las sequías, los tornados, temporales, inundaciones, enfermedades epidémicas o endémicas de los animales, etc., que pueden dar al traste con la esperada producción agraria.

El autor salvadoreño Ivo P. Alvarenga (60), reduce a tres estos criterios de distinción, y dice que es agraria, toda actividad que tiene por objeto la producción de organismos vivos, vegetales o animales, bajo el control del hombre; esta última afirmación debe verse con cierta reserva, porque el control que el hombre puede ejercer, no es completo, por las razones expresadas un poco antes. Que esa producción esté en relación directa con cierta extensión de terreno agrícola (61), o siendo más preciso, con una explotación agraria (62), haciendo uso de la fuerza productiva de la tierra, y con el objeto de aprovecharla económicamente.

En los tiempos actuales la actividad agraria no puede concebirse sino como una actividad económica; nadie va a producir productos vegetales o animales, sino con el propósito de obtener beneficios, esa es la razón de porqué hoy se le considera tan indispensable para el desarrollo económico de los pueblos atrasados. La idea de que la actividad agraria debe estar, para producir, indisolublemente

(55) BALLARIN, supra nota 23, p. 279.

(56) BARCIA, R., *Diccionario de sinónimos castellanos*, (Edit. Sopena, Buenos Aires, 1961) p. 42.

(57) *Ibid.*, p. 143.

(58) *Ibid.*, p. 194.

(59) El experto de la FAO, Horace Belshaw, divide los riesgos en cuatro tipos diferentes, así: a) riesgos debido a causas naturales (que son a los que me refiero); b) riesgos técnicos; c) riesgos comerciales y d) riesgos financieros. Para mayor ampliación, ver BELSHAW, H., *El Crédito agrícola en los países económicamente subdesarrollados*, (Publ. FAO, Roma, 1959) p. 109.

(60) ALVARENGA, supra nota 21, ps. 41-42.

(61) En este sentido sigue al maestro español Ballarín, M.A., ver supra nota 23, p. 279.

(62) Ver concepto a supra nota 42.

unida al suelo agrícola (63), es marginadora de otras actividades que son por su naturaleza, agrarias (64), aunque si bien es cierto que la producción agrícola en la mayoría de los casos está en relación con el suelo, pero esto no es determinante en cuanto a que, puede haber producción agraria sin tierra, tal es el caso de la apicultura o crianza de abejas; la avicultura, que en los últimos años ha tenido un desarrollo extraordinario por el valor nutritivo del huevo; la sedicultura, etc., que pueden reducirse a la crianza de animales.

Aparte de las actividades que por su propia naturaleza son agrarias, existen otras actividades que no lo son, pero que sin embargo se les califica de "Agrícolas", éstas conservan su naturaleza mercantil o industrial, y se les incluye dentro de aquellas por su conexión con las esencialmente agrarias; no son productivas por sí mismas, pero coadyuvan a la producción y son aquéllas dirigidas a la transformación o enajenación de los productos agrícolas, las que preservan las tierras cultivables o las que conservan los productos.

La clasificación de estas actividades fue propuesta por la doctrina italiana y plasmada en el art. 2135 del Código Civil italiano (65) (66).

Pero el problema básico para la determinación de cuando nos encontramos frente a una actividad agraria, no estriba en estas últimas, ya que estas adquieren la calidad de agrícolas por conexión con aquellas y su distinción no es polémica como las primeras.

Con la situación más o menos clara, aunque no exhaustiva, podemos ubicar el crédito, dentro de las actividades conexas, porque este por su propia naturaleza, es mercantil (se vio al principio); sin embargo, se vuelve agrícola cuando se le utiliza y canaliza como instrumento para el logro de una mejor productividad agraria.

Ahora bien, es importante determinar con claridad la actividad agraria (67), dado que en tanto podamos tener el o los elementos que la caractericen, en esa medida se podrá hacer una mejor y adecuada regulación del crédito agrícola, lo que redundará en una agilización del sistema de crédito que se utilice.

Por ejemplo, el crédito en Francia (68) tiene una concepción amplísima de agricultor y agricultura, al grado tal que financia actividades de intermediación que no están ligadas con la actividad agraria, pero que se desarrollan en el medio rural; también financia a artesanos y hasta profesionales liberales que se desempeñan en el campo; éstos no son agricultores en el sentido correcto de la palabra, sin embargo son sujetos de crédito, pero no agrícola, sino rural, por situarse en el campo.

La variedad de criterio que la doctrina señala para determinar la actividad agraria, no ofrece al legislador centroamericano una concepción clara de lo "agrario", esto se refleja en las legislaciones vigentes relativas al crédito.

En el derecho positivo costarricense, ninguna ley (69) define cuáles son las actividades agrarias per se, aunque existen numerosas referencias a ellas, no se proporciona el fundamento para distinguirlas. La Ley de Tierras y Colonización (70), para efectos de suministrar el crédito, hace una enumeración de estas actividades, que es limitativa, pero que no las define.

Otro tanto ocurre en la legislación guatemalteca (71), y aunque la Ley Orgánica del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola (BANDESA), refiera que el objetivo fundamental de el BANDESA es administrar la asistencia crediticia para la actividad agrícola del país (72), no llega ni siquiera a enumerar cuáles serán esas actividades agrícolas que gozarán de la asistencia crediticia, limitándose a

(63) Por suelo agrícola debe entenderse aquella tierra capaz de producir. Véase ALVARENGA, *supra* nota 21, 42-43.

(64) El profesor Ballarín M.A. es partidario de "excluir de la actividad agraria toda producción vegetal o animal que no se funde y base en una cierta extensión de terreno. . .", *supra* nota 23, ps. 279-81.

(65) El Código Civil italiano, es un código unitario que contiene normas de Derecho Civil propiamente dicho y normas de Derecho Mercantil, Laboral y Agrario, a diferencia de los códigos civiles de los países centroamericanos.

(66) CARROZZA, A., "La Noción de lo Agrario (Agrarietá). Fundamento y Extensión". (en *Revista Judicial*, Año II, No. 5, set. 1977), p. 18.

(67) Cuando me refiero a actividad agraria, debe entenderse referidos a todas las actividades que lo son originalmente: cultivos, silvicultura, ganadería.

(68) DE JUGLART, M., "Le Crédit Agricole en France", (en *Rivista di Diritto Agrario*, año LIII, Edit. A. Giuffrè, Milano, 1974) p. 80.

(69) SALAS-BARAHONA, *supra* nota 22, ps. 10-11.

(70) Arts. 136-137, *supra* nota 33.

(71) Principales Leyes del Sector Público Agrícola de Guatemala, (Publ. I.I.C.A., Guatemala, 1977).

(72) Art. 3, Ley Orgánica del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola, D. No. 99-70, del 10 de diciembre de 1970, (en Principales Leyes del Sector Público Agrícola de Guatemala, Publ. I.I.C.A. Guatemala, 1977). p. 143.

decir que otorgará los préstamos siguientes: a) de avío y refacción agropecuaria (73); b) para la comercialización de los productos agrícolas; c) para la transformación de productos agropecuarios.

La Ley del Banco de Fomento Agropecuario, de El Salvador, intenta un concepto de "agricultura" cuando dice: que esta "es una actividad que abarca cultivos, ganadería, silvicultura, pesca y demás actividades afines" (74). Si bien más que un concepto, es una enumeración general de las actividades agrarias, por lo menos distingue las agrarias per se y las conexas, que quedan comprendidas en la expresión "y demás actividades afines". Sin embargo, el legislador salvadoreño hubiera propuesto un mejor concepto si hubiera tenido una idea clara del elemento característico, unitario y común de lo "agrario".

2. EL DERECHO AGRARIO COMO DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES FRENTE AL CREDITO.

La antigua concepción de la agricultura está sintetizada en las palabras del clásico economista inglés J.B. Say, que al pretender definir la producción agraria, dijo: "que la identificaba con la extracción de los productos naturales, formados sea espontáneamente, sea merced al auxilio del hombre y comprendía por lo tanto en la agricultura, además del pastoreo, la caza, la pesca y las llamadas industrias extractivas (de piedras y metales)" (75), quedando dentro de la agricultura, conforme esta concepción, todos los recursos naturales: renovables y no renovables. Más tarde, Dumeyrer hace una crítica a esa concepción demasiado amplia, cuando afirma: "que la producción agraria consiste en criar vegetales o animales, de tal

modo que lo que se entiende comúnmente por agricultura es el complejo de ciertos trabajos para criar seres orgánicos, vegetales o animales, o cosas directamente derivadas de estos seres orgánicos, o criarlos principalmente con el auxilio de la fuerza generadora de la tierra, sea como medio para el desenvolvimiento de esa fuerza o como base habitual del productor" (76). En este último concepto, ya se excluye de la agricultura la extracción de los recursos naturales inorgánicos, los que modernamente se consideran objeto de la minería (77).

Acentuada la necesidad de incrementar la producción agraria para abastecer de alimentos y materias primas a la población, y levantar el nivel de vida del sector rural, se plantea la exigencia ineludible de regularla, de tal manera que la normativa jurídica contribuya eficazmente al desarrollo de la agricultura; los doctrinarios del derecho agrario, se preocupan por dar a esta rama de la enciclopedia jurídica, verdadera autonomía, intentando la construcción de sus principios y de su contenido. Modernamente hay dos corrientes doctrinarias radicalmente opuestas que tratan cada una de configurarlo: una que lo ve como el derecho de la empresa agraria "... y la otra que le señala por contenido la propiedad de la tierra, propiedad territorial o propiedad agraria" (78). Se dejará para después la primera y se dedicará más atención a la segunda, "que construye sus principios alrededor de la propiedad territorial y levanta una doctrina orientada a disciplinar el uso y aprovechamiento de la misma, como entidad que comprende el suelo, los bosques y las aguas y sus 'fluencias' o producciones sucesivas, entre estas las especies animales, domesticadas o marginadas a la sujeción humana" (79). Con este punto de vista se entiende que el derecho agrario no regula la actividad agraria en sí, sino que las relaciones que surgen entre los sujetos (80) que intervienen en esa actividad

(73) Arts. 33 y 38 *ibid*, ps. 153-155.

(74) Inc. 1, art. 1, *supra* nota 37.

(75) Cit. por MENDEIETA y NUNEZ, L., "Introducción al estudio del Derecho Agrario", (Edit. Porrúa, S.A. México, 1966) p. 1.

(76) Cit. por DE SEMO, G., "Corso di Diritto Agrario", (Edit. Poligrafica Universitaria, Firenze, 1937) p. 15.

(77) Recuérdese que antes se entendió que el Derecho Agrario comprendía también a los recursos naturales inorgánicos, por esa misma razón en varias universidades la cátedra de D.a. comprendía también el D. minero. En Argentina todavía algunas universidades como las de Buenos Aires, Córdoba y Tucumán, se sigue enseñando el D.a. en la misma cátedra con el minero.

GALAN-GARIBOTTO, "Derecho Agrario", (Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967) I p. 11.

(78) El maestro venezolano Ramón Vicente Casanova, cuando habla de propiedad territorial, admite todas las formas del dominio, no se concreta a la propiedad privada. Puede ser colectiva, cooperativa o cualquier otra. CASANOVA, R.V., "El Derecho Agrario y los Recursos Naturales Renovables", (en *Revista Jurídica*, No. 1, junio 1977, publ. del M.A. y C., Caracas, 1977) ps. 22-25.

(79) *Ibid*, p. 23.

(80) Los sujetos agrarios son los hombres o mujeres rurales o las personas jurídicas públicas o privadas involucradas en la actividad agraria. VIVANCO, *supra* nota 52, p. 194.

con respecto a los objetos agrarios (81) comprendiendo la protección de los recursos naturales renovables, pues éstos son perecederos y hay necesidad de salvaguardarlos por razones de interés general, ya que el desgaste del suelo, la escasez del agua y la destrucción de la flora, limitan o extinguen la producción agropecuaria. Es principio fundamental del derecho agrario, la conservación de los recursos naturales renovables, debe comprender el régimen jurídico de las aguas y de la industria forestal; el de la tierra y sus distintos sistemas de apropiación; la reglamentación de la caza y de la pesca; lo relativo a la propiedad de los semovientes; el tránsito rural y defensa sanitaria de la producción agrícola-ganadera y además las normas vinculadas a la protección económica del productor (asociación y crédito agrícola) (82). El contenido que se le asigna conforme esta corriente, que ha tenido más aceptación en los países latinoamericanos, resulta demasiado amplio; y no obstante, autores que en términos generales aceptan esta teoría (83) (84), están en desacuerdo en incluir dentro de la actividad agraria la caza y la pesca, por dar lugar a normas inadmisibles en el derecho agrario, pues la primera, no es habitual, además el cazador aprehende, pero no cría, (condiciones indispensables en la producción agraria) aunque si bien toca puntos relativos a los derechos de la propiedad territorial, es más bien un deporte; por ello basta con la regulación que se le hace en el derecho civil en cuanto a la propiedad de las presas y una legislación de tipo policial protectora de la fauna.

En cuanto a la pesca, se estima también "que sale de nuestra materia tanto si se efectúa en aguas marítimas, como en aguas internas lacustres o fluviales" (85), ya que esta no solo requiere una manera distinta de organizarse, sino que se desenvuelve en elementos diversos, por lo que de ningún modo podría tener relación con los productos del suelo (86). Pérez Llana, considera que la pesca puramente extractiva no debe incluirse dentro del derecho agrario, pero que sí puede admitirse la pesca de cultivo, estimando suficiente la regulación que hacen los códigos civiles para la primera (87). En cuanto a las aguas, existe modernamente la tendencia de una rama especial: el derecho de aguas, sin embargo este mismo autor, estima que puede ser de competencia del derecho agrario en cuanto sirva directamente al riego de la explotación agropecuaria; en este sentido el agua sería el complemento de la tierra y como accesorio de ésta. Pero fuera de este caso, las aguas deben estar al margen del derecho agrario. En Centro América, la regulación de la caza, de la pesca y de la propiedad de las aguas está regulada en los códigos civiles (88), aunque en cuanto a usos agrícolas, en El Salvador existe la Ley de Riego y Avenamiento (89).

También en cuanto a los bosques, actualmente hay una corriente que pretende tratarlos en leyes y códigos en cierto sentido autónomos (90).

La generalidad de la doctrina agrarista latinoamericana asigna al campo del derecho agrario, el régimen jurídico de los Recursos Naturales renovables (91), tanto así que el maestro argentino

(81) Los objetos, son las cosas agrarias como los recursos naturales renovables, sus frutos y productos: el suelo, el agua, la flora y la fauna. *Ibid*, p. 195.

(82) GALAN-GARIBOTTO, *supra* nota 77, p. 10.

(83) PEREZ LLANA, *supra* nota 28, 36-37.

(84) MENDIETA y NUNEZ, *supra* nota 75, ps. 1-4.

(85) *Ibid*, p. 2.

(86) PEREZ LLANA, *supra* nota 28, ps. 36-37.

(87) Arts. 660 al 677, C. Civ. de Honduras, (Talleres Tipográficos "Aristón", Tegucigalpa, D.C. 1949) ps. 110-11. Arts. 687 al 604, C. Civ. de El Salvador, "Constitución Política y Códigos de la República", (Publ. Ministerio de Justicia, 1967) ps. 158-60.

(88) *Ibid*, Arts. 623 al 626. Arts. 576 al 579.

(89) D. No. 153 del 11 de nov. de 1970, Publ. en el D.O. No. 213, T. 229, del 23 de nov. de 1970.

(90) El caso de Colombia que regula en un código autónomo sus recursos naturales renovables.

(91) BARAHONA, I.R., "Régimen Jurídico de los Recursos Naturales Renovables y Derecho Agrario en la América Latina", (en *Revista di Diritto Agrario*, Año LVI, 1977, Dott. A. Giuffrè, Milano) p. 676.

Antonio C. Vivanco (92), considera que la protección de estos es el primer fin esencial del derecho agrario, ya que constituyen la fuente productiva agraria por excelencia, su conservación es imprescindible.

La posición doctrinaria hasta aquí planteada, no nos ofrece ningún criterio uniforme para determinar los elementos que caracterizan al crédito agrícola, ello conduce a una indefinición de los objetivos perseguidos por éste. Se plantea una serie de situaciones tan basta (93), en las que se pierde el fin último del crédito, aclarando con un simple ejemplo, véase como ocurre esto: las aguas son un recurso natural pero estas tienen diferentes aplicaciones: en la industria, en el uso doméstico, que puede ser en el campo o en las ciudades. Un criterio otorgado para financiar la instalación de acueductos para la conducción de agua potable en determinada zona rural, por más que se pretenda, ese crédito no puede determinarse como un crédito agrícola; un crédito para financiar la pesca extractiva en alta mar o en ríos, lagos y vasos, no puede caracterizarse tampoco como crédito agrícola, porque falta el principal elemento caracterizador, cual es el que debe servir para financiar el cultivo de la tierra (crianza de vegetales) o la ganadería (o crianza de animales) (94).

El profesor Rodrigo Barahona I., plantea una posición más ilustrativa en cuanto el criterio que ha de guiarnos hacia una concepción más definida del crédito agrícola, cuando dice que: *"considera que forman parte del derecho agrario las normas jurídicas sobre los recursos naturales renovables cuyo objeto de regulación es el uso agrícola actual o potencial de estos recursos"* (95), aclarando que las situaciones típicamente agrarias se identifican "por la presencia de un ciclo biológico de producción vegetal o animal". Este elemento caracteriza de lo "agrario", en el fondo viene a ser el elemento principal del crédito agrícola, ya que este debe destinarse para la crianza de vegetales o animales.

En este punto de vista del profesor Barahona,

se nos reduce el campo de competencia del derecho agrario, en cuanto a que incluye dentro de nuestra materia, al régimen jurídico de los recursos naturales renovables cuando se les regula para ser utilizados en la producción agraria o cuando tienen un uso potencial para este mismo fin. En este sentido un crédito otorgado para la construcción de drenajes que servirán para el riego de tierras destinadas al cultivo, nadie negará su calidad de agrícola; lo mismo que cuando se destina para la conservación del suelo agrícola, etc.

3. TEORIA DE LA "AGRARIEDAD" FRENTE AL CREDITO.

A más de alguno le parecerá infructuoso o innecesario el esfuerzo de buscar la conceptualización de la "agricultura", pero tal determinación tiene implicaciones prácticas, pues ello contribuye a establecer con claridad los límites del concepto, para efectos de una mejor regulación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas que la regulan; lo mismo que para determinar todas aquellas actividades —como el crédito— que por su propia naturaleza no son agrarias, pero que deben entrar a la normativa jurídica agraria por su conexión con la primarias.

Una de las últimas teorías propuesta con respecto a este problema, es la del ilustre profesor Antonio Carrozza, catedrático de Derecho Agrario de la Universidad de Pisa, Italia, fue propuesta su teoría por primera vez en las "Primeras Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario", celebradas en Salamanca y Valladolid del 5 al 9 de noviembre de 1972, y apareció en 1976, traducida y publicada en el libro que lleva el mismo nombre, publicado por las mismas universidades, esta teoría es la que hoy conocemos como "Teoría de la Agrariedad" (96).

Dice el profesor Carrozza: *"La Agricultura presenta. . . caracteres de complejidad y desorganización. Es arduo fijar sus límites; ningún texto*

(92) Supra nota 52 p. 200.

(93) Esto lo reconoce el mismo profesor Casanova. Supra nota 78, p. 26.

(94) TEJADA, G.L. "El Crédito Agrario", ponencia presentada en las *Primeras Jornadas Nacionales sobre el Crédito Agrario*, celebradas en Zaragoza, Esp. en dic. de 1966, publicada por la Asociación Española de Derecho Agrario en *El Crédito Agrario*, (Tipo-Línea S.A., Zaragoza, 1968) ps. 21, 16-95.

(95) Supra nota 91, p. 678.

(96) Supra nota 66, ps. 9-24.

normativo formula una definición, válida con carácter general; no es fácil extraer de la masa legislativa que la regula un llano y completo concepto" (97). Afirmación a la que no escapan nuestros países —como ya se vio— y sigue diciendo: *"que los datos normativos que se encuentran en las disposiciones o son insuficientes para construir una imagen de la agricultura jurídicamente relevante o bien reflejan una agricultura que pertenece claramente al pasado. . . por lo que hay que buscar una noción extrajurídica del fenómeno agrario"*. Esta noción de lo agrario, deberá servir para agrupar en forma racional y homogénea a los institutos (98) y las normas que forman parte de éstos; y de elemento caracterizador que compruebe que tales institutos entran dentro de la competencia del Derecho Agrario; una tercera función, sería que facilita desde el punto de vista didáctico, la enseñanza del Derecho Agrario; propone el método del estudio de instituto por instituto, y descarta luego la búsqueda de esa noción por los sujetos de las relaciones agrarias (99) (agricultores, productores y empresarios), y por la clase de bienes (100) que intervienen en dichas relaciones, centrando la atención en el "objeto de la actividad misma", es decir el bien implicado en la actividad" (101), concluyendo en que encuentra la noción de lo "Agrario", fuera de lo jurídico, de lo económico y sociológico y "ontológicamente hablando" dice: *"que la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales o bien previa una o múltiples transformaciones"* (102). Presentando a la agricultura dividida en dos grandes ramas: una constituida por los cultivos o crianza de seres vivos vegetales que comprende las plantas inferiores y

superiores; y otra constituida por la crianza de seres vivos animales que también comprende los inferiores y superiores.

El lector preguntará. ¿Qué relación tiene este "ciclo biológico productivo de frutos vegetales o animales, destinables al consumo. . ." con el crédito agrícola?

Precisamente el mismo autor, argumentando en favor de su teoría, habla de que el Código Civil italiano de 1942, por primera vez, le dio relevancia a la agricultura como una "actividad económica organizada y dirigida profesionalmente a la producción de bienes agrícolas para el mercado" (103), punto de vista que relaciona a la agricultura con la empresa agrícola en particular, deja de lado esa apreciación de que parte el Código Civil italiano en su art. 2135; sin embargo, no descarta la división de las actividades agrarias que hace ese mismo artículo, en actividades esencialmente primarias —dentro de las que quedan comprendidas: el cultivo del fundo, la silvicultura y la crianza de ganado— y las llamadas actividades conexas que se hacen agrícolas por su relación con las primeras; pero su naturaleza sigue siendo mercantil o industrial. La división en sí, no toca la esencia del objeto de las actividades agrarias, mas sin embargo, presta su concurso para poder determinar el elemento que tipifica como agrícolas aquellas actividades que se vuelven tal, por su relación con las típicamente "agrarias" o primarias; dentro de estas actividades conexas situamos al crédito agrícola.

Propuesto el fundamento de la noción de lo "agrario", el profesor Carrozza sigue diciendo: *"que todas las actividades dependientes de ciclos biológicos ligados a la tierra o a los recursos de la naturaleza están bajo el imperio de fuerzas naturales, algunas de las cuales influenciadas y que pueden dirigirse con la intervención organizada del hombre, otras no"* (104); las primeras condicionan fuertemente la actividad agrícola y sirven para se-

(97) Ibid, p. 10.

(98) Tales como la propiedad agraria, la empresa agraria, los contratos agrarios, el crédito agrícola, etc.

(99) Dirección subjetivista que sigue el maestro español Agustín Luna Serrano. Ver "La formación Dogmática del Concepto de Derecho Agrario", (en *Rivista di Diritto Agrario*, Año LI, A. Giuffrè, Milano, 1972) ps. 497-519, 508, 509.

(100) "Aunque la doctrina ha estado predominantemente atraída —para tipificar la agricultura— por la peculiaridad de los bienes instrumentales empleados en la producción agrícola, y en particular por el bien tierra". Tesis que sigue el C.Civ. italiano de 1942.

(101) Supra nota 66, p. 15.

(102) Ibid p. 19.

(103) Ibid, p. 18.

(104) Ibid, p. 19.

pararlas de las actividades secundarias o industriales, en las que, los procesos productivos biológicos son dominados en su totalidad por el productor; de ahí que el carácter agrario disminuye en la medida que el ciclo biológico productivo es separado del dominio de las fuerzas naturales, así por ejemplo, la fabricación de cerveza o la industria de los antibióticos, donde existe un ciclo biológico productivo de seres vegetales vivos, no puede afirmarse que constituyan una actividad agraria, por estar controlado en su totalidad el ciclo biológico productivo.

Se piensa que el ilustre maestro cuando se refiere a esas fuerzas naturales controlables en parte o no por el hombre, constituyen los riesgos propios de la agricultura, tales como las plagas que atacan los cultivos, los cambios climáticos, las enfermedades epidémicas o endémicas de los animales, etc., riesgos que son un elemento caracterizador del crédito agrícola, que lo diferencian de otras actividades crediticias y que junto con otras peculiaridades propias, lo convierten en una actividad altamente especializada y de las más difíciles de las actividades financieras. Estos riesgos influyen en el costo de la operación del crédito, pues el proceso biológico productivo es lento y al momento de otorgarse el crédito, la producción es sólo una probabilidad, por estar expuesta a las fuerzas naturales de que se viene hablando, factible dentro de varios meses o algunos años y a condición de que se haya invertido convenientemente el préstamo en la explotación agraria; si no hay producción se vuelve imposible la recuperación del crédito; por cuanto la pérdida debilita la posibilidad de pago del productor (105).

Esto acarrea la necesidad de vigilar de cerca al pequeño agricultor, por dos razones: para prevenir y tomar las medidas técnicas necesarias y evitar o atenuar los efectos de las fuerzas naturales en la producción; y para que el crédito se invierta en la finalidad convenida. Lo que requiere un proceso administrativo complicado y costoso, por necesi-

tarse un numeroso personal calificado; alto costo que entra en contradicción con la incapacidad del pequeño agricultor para pagar elevadas tasas de interés.

La noción de lo agrario, propuesta, nos sirve para determinar con claridad las actividades per se; determinadas éstas con facilidad se determinan también las conexas, dentro de las cuales se encuentra el crédito agrícola.

4. EL CREDITO, UN INSTRUMENTO PARA LA EMPRESA AGRICOLA.

Otra de las doctrinas que modernamente se plantean, es la que considera al derecho agrario, como el derecho de la empresa agraria; entendiendo a ésta como una institución (106) (107) y enfocándola desde los tres perfiles que la caracterizan: a) el sujeto o empresario agrícola; b) el objeto o hacienda y c) la actividad económica de participación en la producción y en el mercado.

Los autores que ha tratado el tema a fondo comienzan por referirse al concepto económico de empresa, y la que —según la opinión más generalizada de los economistas— es la organización independiente de capital y trabajo que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado y que está dirigida a obtener una ganancia ilimitada. Para el profesor Luna Serrano, este concepto económico de empresa, salvo el elemento de lucro, puede aplicarse a la empresa agraria, a lo que agrega el otro ilustre profesor español Ballarín Marcial, *"que la finalidad de la empresa es, en efecto, la de producir bienes o servicios y en el caso de la empresa agraria, será la de producir frutos de la tierra. Lo importante es subrayar que la finalidad de la producción es la principalmente tomada en consideración por el derecho agrario a propósito de la empresa"* (108).

El primero en proponer esta tesis del derecho agrario como derecho de la empresa agrícola, fue

(105) DURAN, *supra* nota 45, p. 154.

(106) LUNA SERRANO, A., "Para una construcción de los conceptos básicos del derecho agrario", (en *La Problemática Laboral de la Agricultura*, Col. U. Sn. Pablo, Madrid, 1974) ps. 48, 47-120.

(107) *Ibid*, p. 50.

(108) *Supra* nota 23, p. 246.

Leal García en 1935, cuando afirmó que este derecho *"tiende a controlar la producción y a proteger a la empresa agraria"* (109).

Más adelante, el Código Civil italiano en 1942 (arts. 2082 y 2083) introdujo el concepto de empresario en general (110) como titular de todas las actividades económicas organizadas profesionalmente; definió también a los pequeños empresarios dentro de los cuales comprendió al empresario agrícola, refiriéndose al cultivador directo y al cultivador personal y directo.

El propósito de esta teoría, igual que las anteriores, es el de configurar la autonomía y contenido del derecho agrario y con ese fin varios autores como Jordano Barea, Luna Serrano (111) y Ballarín Marcial (112), proponen que para sostener la especialidad del derecho agrario, debe considerársele como el derecho profesional del agricultor o empresario agrícola, convirtiendo los conceptos de agricultor o empresario agrícola y de empresa agraria como los conceptos básicos de esta rama jurídica.

Conforme esta teoría, el derecho agrario comprende todas las normas que regulan a la empresa agraria, al empresario agrícola y sus colaboradores, así como la tierra y demás bienes o elementos organizados para la actividad productiva agrícola, ganadera, forestal o mixta; también quedarían comprendidas aquellas empresas agrarias constituidas con el objeto de transformar y comercializar los productos agrarios (113).

El concepto de empresario en general que propone el Código Civil italiano y que comprende al empresario agrícola, requiere que éste cumpla con ciertos requisitos tales como que se dedique al ejercicio de una actividad económica que para el caso del agricultor, es la actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta; que esta actividad productiva se efectúe a través de una organización de bienes y

que sea ejercida profesionalmente (114). Se ven claros aquí los tres elementos de la empresa agraria enumerados al principio; ahora bien, cuando el empresario agrícola ejerce la actividad agraria, lo hace sobre una organización que combina personas y bienes; él es el coordinador, el organizador, es el jefe dedicado a la empresa —esto es así para una buena parte de la doctrina— a grado de considerar que cuando el agricultor individual hace el cultivo o crianza de ganado sólo, *"hace nacer la hacienda"* pero no logra clasificarse como empresario agrícola (115). Punto de vista que rechaza al pequeño agricultor que casi siempre es él mismo el organizador, coordinador y ejecutor del trabajo, pues una de las características de la agricultura en pequeña escala de los países subdesarrollados, es que casi siempre la empresa agraria, es una empresa familiar que cuenta por lo general con ninguna o poca mano de obra asalariada (116).

Dentro de la organización de los bienes o *"hacienda"* de la empresa agraria, pueden distinguirse los bienes esenciales o necesarios para el desarrollo de la actividad agraria, y los que le son accesorios. Sin los primeros no hay empresa, y dentro de estos se enumeran: el fundo, con todas las obras necesarias para el cultivo, tales como drenajes, canalización para el riego, construcciones, etc.; y el ganado desligado del fundo, entendiéndolo como el hato de crianza.

Con respecto a los bienes accesorios, éstos no son indispensables para el nacimiento de la empresa, pero unidos funcionalmente a los primeros, facilitan el fin productivo y pueden mejorar visiblemente el resultado; dentro de éstos están: el conjunto de animales de trabajo, las máquinas, los instrumentos como el arado, la rastra, etc., los abonos, semillas, insecticidas y herbicidas y las relaciones crediticias.

En cuanto a la profesionalidad —según lo más

(109) LUNA SERRANO, *supra* nota 99, p. 504.

(110) GIUFFRIDA, G., *Acerca de la empresa agraria*, comunicación presentada en las *Jornadas Italo-españolas de Derecho Agrario*, celebradas en las Universidades de Salamanca y Valladolid del 5 al 9 de nov. de 1972, publicada en el libro con el mismo nombre de dichas jornadas, (Edit. Sever-Cuevas, Valladolid, Esp. 1976) ps. 609-18.

(111) *Supra* nota 99, p. 508.

(112) BALLARÍN, M.A., *La formación, concepto y fines de un derecho agrario de la empresa*, comunicación presentada al *Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario*, en Firenze, Ita. del 28 de marzo al 2 de abril, 1954, publicada en *Atti del Primo Convegno Internazionale*, (Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1954). II, ps. 98, 73-109.

(113) LUNA SERRANO, *supra* nota 106, ps. 56-57.

(114) GIUFFRIDA, *supra* nota 110, p. 510.

(115) *Ibid.*, p. 514.

(116) BELSHAW, *supra* nota 59, ps. 24-32.

aceptado por la doctrina— (117) se manifiesta en la habitualidad y continuidad del desarrollo normal de la actividad del empresario agrícola, aunque no debe entenderse como exclusiva, pudiendo alternar con otra. La continuidad se manifiesta en la sistematización de la actividad, de modo que no se practique ocasionalmente. Titular de una empresa agraria o empresario agrícola será aquel que de modo habitual y continuo se dedique a una actividad agrícola estacional, sin tomar en cuenta que a la par de la agraria, realice una actividad secundaria diferente.

Con esta modesta exposición, se espera dejar claro el fundamento de la tesis referida.

Voces dicidentes y no menos autorizadas estiman que si se acepta esta doctrina, el ordenamiento jurídico-agrario quedaría reducido a un conjunto de normas jurídicas que giran alrededor de la empresa agraria, como si con ella se agotara el contenido mismo de la actividad agraria; ésta no sólo trasciende los límites de la empresa, sino que más aún, va dirigida a crear empresas; también a realizar obras o prestar servicios que solo se relacionan con ella en forma indirecta (118). Que reducir el contenido del derecho agrario únicamente a las actividades de los empresarios agrarios, es reducir demasiado su campo de regulaciones en perjuicio de objetivos que hoy reclaman su atención (119); esta tesis puede conducirnos a una mercantilización de la agricultura, contraria a la naturaleza misma de la empresa agrícola “que tiene un carácter más social y económico” (120) que comercial, particularmente en los países en vías de desarrollo.

Recordando la división que hace el Código Civil italiano de las actividades agrícolas en esenciales o primarias, que tienen un contenido típicamente agrario (cultivo del fundo, silvicultura y crianza de ganado) y las conexas, que se vuelven agrícolas por el vínculo que las une a una o más actividades primarias; estas últimas no califican a la empresa a diferencia de las primeras, que sí la califican, reduciéndose las tres actividades primarias a dos, porque la silvicultura o cultivo del bosque, queda incluida en el cultivo del fundo; lo mismo pasa con la horticultura, fruticultura y floricultura;

quedando como actividades primarias, el cultivo del fundo y la crianza de ganado. Pero en ambas actividades “se encuentra el fenómeno de la producción, no en forma distinta de lo que ocurre en las empresas industriales sujetas al derecho mercantil” (121), cuyo fin es el de producir bienes y servicios. ¿Cuál será entonces el criterio que distingue las actividades agrarias de las industriales, y por ende, a la empresa agrícola de la mercantil?

La doctrina italiana responde que la diferencia estriba en que la actividad agraria utiliza un medio de producción específico, —la tierra— sin la cual no existe tal actividad, ni mucho menos empresa ni empresario agrícola que requieran un trato jurídico especial. Pero esta respuesta se fundamenta en una concepción antigua de la agricultura, que supone que no puede haber actividad agraria sino “sobre la tierra y por medio de la tierra”; concepción que deja por fuera el criterio distintivo de lo agrario frente a los modernos procedimientos productivos y la tecnología más avanzada utilizada en el ejercicio de la agricultura.

Se estima, que sin restarle, méritos a la teoría de la empresa agraria, este concepto carece de firmeza en la doctrina y no tiene validez universal, aplicable tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados; no debe olvidarse que la agricultura en pequeña escala que se da en los países pobres, configura empresas agrarias individuales en donde la pequeña propiedad agrícola, es un hogar, tanto como un medio de ganarse el pan; una fuente de subsistencia, tanto como de ingresos en efectivo; el foco de casi todos los intereses y actividades familiares y no sólo en su aspecto económico. La pequeña empresa agrícola —así vista— es más un medio de vida, que un negocio.

Es dable pensar que este concepto de la empresa agraria, se mantiene más como una categoría económica que facilita la configuración de unidades productivas en la agricultura, flexible a las circunstancias en donde se utilice.

Cada unidad productiva conformada, que puede ir desde la individual hasta la colectiva; desde la más pequeña hasta la más grande; necesita de capital para el desarrollo de su actividad productiva.

(117) GIUFFRIDA, *supra* nota 110, p. 516.

(118) VIVANCO, *supra* nota 52, p. 238.

(119) CASANOVA, *supra* nota 78, p. 23.

(120) BELSHAW, *supra* nota 59, ps. 24-25.

(121) CARROZZA, *supra* nota 66, p. 18.

Y es normal que en proporción a la pequeñez de la empresa agrícola, esté su capacidad económica; necesitando el crédito agrícola, instrumento financiero indispensable para el desarrollo de la unidad productiva, especialmente en los países —como los nuestros— en donde la agricultura en gran parte todavía es de subsistencia.

Principal preocupación del crédito debe ser el pequeño empresario agrícola, sin productividad y rentabilidad en sus mínimas explotaciones agrarias; sin poder incorporarse a las nuevas técnicas, como la mecanización, regadíos, racionalización de cultivos, semillas mejoradas, etc.

En este sentido es regulada la empresa agraria en Guatemala, cuando la Ley de Transformación Agraria de ese país, expresa: "*El Patrimonio Familiar, es la empresa agraria atribuida a una sola persona como único titular. . .*" (122).

La Ley del Banco de Fomento Agropecuario, de El Salvador, estatuye como una de las atribuciones del Banco, conceder crédito "a las empresas agropecuarias" individuales o colectivas (123).

Otro tanto hace la Ley de Tierras y Colonización de Costa Rica, que no sólo se refiere a la empresa individual, sino que además consagra como un derecho la asistencia crediticia para el pequeño empresario agrícola, el mediano, las cooperativas y hasta las empresas comunitarias de autogestión campesina agrícolas y pecuarias (124).

5. UN CONCEPTO DEL CREDITO AGRICOLA.

Antes de intentar cualquier concepto, es conveniente revisar las características del crédito agrícola que dependen de los rasgos peculiares de la agricultura a cuya promoción o desarrollo se aplica. Dentro de las peculiaridades más notables, están las siguientes (125) (126):

a) En la agricultura —especialmente en los países en subdesarrollo como los nuestros— predomina un número de pequeñas unidades de producción, en las cuales muchas veces se confunde el hogar y la propia finca.

b) Obedece a ciclos biológicos impuestos por la naturaleza, cuyas tareas más comunes consisten en el cultivo de plantas, recolección de cosechas o la cría de animales. Desde luego debe transcurrir un período entre la siembra y la recolección de la cosecha; entre el nacimiento, cría y desarrollo del ganado o de las aves. Es muy limitado el poder que tiene el agricultor para adelantar o retrasar el tiempo de recolección.

c) Tiene ingresos bajos, recuperaciones lentas y también lentitud en las reacciones a la demanda de los mercados externos e internos, en contraste con los sectores comercial e industrial, que tienen mayores utilidades y una adaptación rápida a las exigencias del mercado. Por ejemplo, si las necesidades de una guerra requieren la producción en masa de zapatos, bastará aumentar el número de máquinas para elaborarlos; si la demanda disminuye bastará paralizar las máquinas. No ocurre igual con un producto como el café o el ganado de carne o leche; si aumenta la demanda, la producción no podrá ser elevada hasta 4 ó 5 años después, y si disminuye el consumo, se genera la superproducción.

d) Mientras que en la industria y en el comercio, las labores se desarrollan de manera continua, la agricultura tiene labores periódicas y cíclicas. Terminada la zafra de caña o corta de café, viene el período llamado "tiempo muerto" en que se produce el desempleo de miles de cortadores.

e) Por lo general, el empresario agrícola tiene ingresos hasta que recolecta la cosecha que casi siempre es anual, excepto en el cultivo de hortalizas que es semestral y granos de consumo básico (arroz, maíz, frijoles).

f) La mayoría de los productos agrícolas, requieren condiciones especiales de suelos, topografía, latitud, altitud, temperatura, precipitación pluvial, etc. Ejemplo, el café, la papa, el banano, el algodón, etc.

g) Tiene un carácter aleatorio, por estar expuesta a contingencias tales como inundaciones, sequías, ciclones, heladas, tempestades, plagas, etc. pudiendo cosecharse poco, mucho o nada; o la

(122) Art. 73, supra nota 36, p. 64.

(123) Lit. f) No. 1, art. 43 y No. 2 art. 45, supra nota 37.

(124) Lit. b), art. 132 y lit. a) inc. 2, art. 135, supra nota 33.

(125) RINGUELET, A. "El crédito agrario", relación presentada en Primera Asamblea del Instituto Di Dirritto Agrario Internazionale e Comparato, celebrada en Firenze, Ita. del 4 al 8 de abril de 1960, publicada en *Atti della Prima Assemblée*, (Edit. Dott. A. Guiffre, Milano. 1962) III, ps. 585-86.

(126) REINHOLD, L.A., El crédito agrícola - Sus garantías Jurídicas, *ibid*, ps. 549-82.

crianza del ganado puede ser afectada por enfermedades de alto poder epidémico.

h) Tiene un carácter altamente productivo desde el momento en que en la producción se multiplican los bienes sembrados (de un grano se obtiene una espiga o varias); en la crianza de animales, estos se multiplican.

i) Los factores de naturaleza biológica obligan al empresario agrícola a tomar diversas decisiones de carácter administrativo.

Ejemplo: debe determinar cuándo se ara el terreno, cuándo se siembra, cuándo se trasladará el ganado a otros pastos, cuándo se adquiere heno en previsión de una sequía, etc.

j) La expansión horizontal, propia de la agricultura y las razones ecológicas (de suelo y clima) que rigen y predeterminan su desarrollo, establecen una rigurosa localización.

Aparte de todas estas particularidades muy propias de la agricultura, aplicables al crédito destinado a financiarla, existen otras características del crédito agrícola, muy singulares, determinadas por aquellas que lo diferencian de otras clases de créditos, estas son (127)(128):

a) Es imprescindible: debido a que la explotación agraria requiere considerable inversión de capital del cual carece siempre nuestro pequeño y mediano agricultor, su uso es de estricta necesidad.

b) Las cantidades prestadas deben ir destinadas al agricultor o titular de una empresa agrícola, que las invertirá en las tareas o actividades de la empresa agraria.

c) Debe ser oportuno: llegar al agricultor en el momento que lo necesita, evitando con ello que deje de producir o caiga en manos de usureros o especuladores inescrupulosos.

d) Suficiente: con esto se contribuirá a eliminar el crédito complementario, que reduce los ingresos del productor.

e) Ágil: que la gestión y obtención del crédito debe estar exenta de toda traba burocrática.

f) Productivo: que dicho préstamo debe ser acordado bajo un tipo reducido de interés, fácilmente soportable por el agricultor y en concordancia con la rentabilidad de la empresa.

g) Es costoso desde el punto de vista administrativo, por la dispersión de las explotaciones que ha de financiar en todo el territorio de un determinado país y por la vigilancia necesaria para que el préstamo se invierta en las actividades agrarias convenidas.

Con estas características, ya es posible el intento de un concepto. El más antiguo que se conoce, es el que lo define "*como el medio de proporcionar recursos económicos para el cultivo de la tierra*" (129); a esta definición se le acusa de simplista, sin embargo, trata de definirlo por el fin a que se le destina.

Con un criterio más amplio y descriptivo, se dice "que el crédito agrícola es un instrumento económico encaminado a proveer a la agricultura (cultivos, ganadería, forestería, pesca y actividades afines) los recursos financieros necesarios, cuando el productor carece de capital propio" (130). Se le critica a esta definición que concede al crédito agrícola un carácter subsidiario, por cuanto lo hace descansar sobre una necesidad del agricultor, cuando esta es, uno de los matices más acusados del mismo. No lo perfila con exactitud, porque aparte de lo dicho, incluye dentro de él actividades —como la pesca— que según se ha venido sosteniendo en términos jurídicos, queda fuera de las actividades agrarias, excepto la pesca de cultivo.

Queda descartada "la idea de crédito agrario como noción amplia, comprensiva de toda actividad referida al campo que abarque cualquier operación que se realice y tenga como objetivo el campo, con independencia de las garantías que se exijan" (131) porque esta idea nos conduce a un crédito rural, que si bien va dirigido a la población de ese sector, muchas de las operaciones crediticias no serán destinadas para la actividad agraria, convirtiéndose muchos préstamos en consuntivos, lo que es contrario a una de las características esenciales del crédito agrícola, su productividad.

Otro sector de la doctrina busca el carácter subjetivo del crédito agrícola y lo define "*como aquel que se destina exclusivamente a los agricultores*". Aunque a esta definición se le acusa el recuerdo de un criterio de una sociedad dividida en estamentos sociales y profesionales, sin embargo

(127) DIEZ PICAZO, L. "El Crédito Agrícola", *ibid*, ps. 529-30.

(128) DURAN, *supra* nota 45, p. 154.

(129) TEJADA, G.L., *supra* nota 94, p. 9.

(130) ROCHAC, A., "El Crédito Agrícola", (Publ. M.A.G., San Salvador, 1972) p. 9.

(131) RUIZ SANCHEZ, J. L., "El Crédito Personal Agrario y sus Garantías Jurídicas", (Edit. Santillana, 1ra. Ed., Madrid, 1968).

tiene en su apoyo, el hecho de distinguir el crédito agrícola propiamente dicho del crédito territorial —que es el que puede hacer el propietario de una finca, cualquiera que sea su profesión y destino que piense darle al dinero—.

El crédito agrícola va dirigido siempre a cualquiera de las formas de la actividad agraria, sin exigir del solicitante la condición de ser propietario, con el apoyo de una garantía que todo agricultor pueda ofrecer.

Con todas las características vistas surge una definición comprensiva de las anteriores que propone *"al crédito agrícola como el instrumento destinado a proporcionar recursos financieros a los agricultores para el cultivo de sus tierras, mediante contraprestación del pago de un interés y apoyado sobre una garantía agrícola"* (132). REDONET (133), considera que el crédito agrícola para que pueda llamarse como tal, en primer lugar debe tener como fin principal, el atender el cultivo de la tierra; en segundo lugar, que el agricultor lo obtenga en base a una garantía puramente agrícola, sea o no propietario de la finca que cultive o pueda ofrecer en garantía. Propone además, que no se debe confundir el crédito para la agricultura con el crédito puramente agrícola, pues aquélla es una

actividad amplia que desborda el restringido cause del cultivo de la tierra; que el crédito debe abarcar también la explotación de los suelos, de los montes y de la ganadería; las actividades industriales que descansan sobre una base agrícola de transformación de productos e incluso la comercialización de éstos en algunos casos.

La concepción de la agricultura perfilada a lo largo del trabajo, es comprensiva de las actividades que este autor (Redonet) menciona como actividades financiadas con el crédito agrícola, a excepción de las actividades de transformación industrial, que si bien es cierto tienen materia prima agrícola, pero esencialmente dejan de ser una actividad agraria —no menos importante— pero que no es posible considerar dentro del crédito agrícola.

Con los elementos de juicio expuestos, se estima que el crédito agrícola es el instrumento financiero destinado a proporcionar a los agricultores, en forma inmediata, la satisfacción de sus necesidades de dinero en la actividad agraria (cultivo del fundo, silvicultura o ganadería); y en forma mediata, lograr una mejor productividad agraria con el propósito de levantar el nivel de vida del agro.

(132) TEJADA, *supra* nota 94, p. 21.

(133) Cít. por TEJADA, *Ibid*, p. 22.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LOS DERECHOS HUMANOS, HUMANAMENTE POSIBLES*

Lic. Bernardo Baruch.

INDICE

INTRODUCCION.	94
I. INTENTOS PREVIOS DE LA REAL UNIVERSALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.	96
II. LA NECESIDAD DE REGIONALIZAR LA APLICACION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.	97
II-A. La Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.	98
II-B. La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José".	99
III. ESTUDIO COMPARADO DE LAS DOS CONVENCIONES REGIONALES.	100
III-A. Formación y ejercicio representativo de la Comisión y de la Corte.	100
III-B. Composición y Competencia de la Comisión y de la Corte.	101
III-C. Jurisdicción de la Corte o Tribunal.	102
III-C-1. La incoacción de un caso ante la Corte o Tribunal.	103
III-C-2. Función interpretativa de la Jurisdicción.	104
IV. CONCLUSIONES.	104
BIBLIOGRAFIA.	105

* Trabajo presentado en el Curso de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid.



INTRODUCCION

"...Y dijo Dios; Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, y en las aves de los cielos, y en las bestias, y en toda la tierra, y en todo animal que anda arrastrando sobre la tierra".

(Génesis 1;26)*

"...Amarás a tu prójimo, como a ti mismo".

(Levítico 18;19)**

Hoy en día ya nadie puede negar que la doctrina que el hombre tiene derechos fundamentales, es general y mayoritariamente aceptada, aunque existen autores que tratan de negarlo (Louthier y Oppenheimer) y aunque existen situaciones de flagrante violación de esos derechos en distintas áreas geográficas del globo y muchas "manchas" en las zonas supuestamente integradas al régimen de los derechos humanos. La mayoría de los autores, tratadistas del moderno concepto de los derechos humanos piensa, como lo afirma Antonio Truyol, quien nos dice:

"Al tratar de evocar la trayectoria histórica de los derechos humanos, no podemos prescindir de un dato inicial en el que demasiadas veces no se repara, a saber: que la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos" (1).

Lo cierto es que, desde que el hombre existe, existen los derechos humanos, y traemos a cotejar la cita bíblica, que bien puede valer aún para quienes el origen del hombre trasciende en tiempo y concepción más allá del señalado por la Biblia, lo cierto es que el hombre por su semejanza divina o por espontaneidad natural, dando concesión a quienes así piensan, lo cierto es que el hombre se aseñoró del mundo con derechos sobre todo, menos sobre el hombre, conforme al mandato bíblico. Aunque en ocasiones históricas, los hombres "fuertes" —contra el derecho natural— se enseñorean también de otros hombres, y crean "doctrinas" que los justifique, éstos, siempre reservan

"derechos humanos" en los hombres de su élite o grupo. Las leyes bíblicas referentes a las relaciones interhumanas, lo amplían y confirman, con su constante indicación del deber del hombre con su congénere, y la advertencia de no incurrir en la violación de este concepto. Las civilizaciones "bárbaras" o "cultas" así lo entendían para los "suyos", pero negándolo a los "otros".

Las leyes básicas de todas las civilizaciones contenían cierto respeto a sus semejantes hombres, como supuesto básico para que se puedan promulgar estas leyes. Los Egipcios, Asirios, Caldeos y Babilonios, igual que los Aqueos, Jonios, Espartanos o Atenieses otorgaron derechos a los suyos, a sus grupos humanos.

El concepto de "civitas" romano incluía derechos humanos esenciales, pero los beneficios fueron limitados a aquellos "Cives" mientras era titular de su "calidad", reservada para aquellos que pudieron ostentar el derecho del ciudadano romano.

El avance y progreso en los derechos humanos, —porque el hombre tuvo que afirmar sus derechos con el dolor de la historia—, la primera Constitución o Carta Magna otorgada por Juan Sin Tierra en 1215 en Inglaterra le fue otorgada a los Barones, sea, a los grupos de la élite, que luego fueron extendidos a otras categorías de súbditos.

El ejemplo que más resalta o gravita, es el desconocimiento o falta de reconocimiento de su carácter humano a los indígenas americanos —que para muchos no tenían alma— en los primeros años

* BIBLIA. Yehoash Farlag Gezelschaft 5a. Edición U.S.A., 1957, orig. hebreo.

** BIBLIA. Supra Cit.

(1) TRUYOL Y SERRA, Antonio. "Los Derechos Humanos", Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1977, pág. 12.

de la colonia. El Padre Las Casas fue el primero en dar la clarinada, y encontrarle "alma" al indio, como sujeto humano (2), le siguieron las polémicas y profundos trabajos de Torquemada, Vittoria y Suárez (3) en relación al derecho de gentes.

El derecho natural de Cicerón, no es otra cosa que lo que hoy entendemos por derechos humanos:

"Existe una Ley verdadera; es la recta razón congruente con la Naturaleza, la cual se extiende a todos los hombres y es constante y eterna. . ." (4),

cuyo texto total obviamos por espacio, pero confirma la trayectoria del sentir y existir de los derechos humanos en todo el camino histórico del hombre.

En toda la trayectoria histórica, el hombre estuvo consciente de la existencia del derecho humano, por el solo hecho de haber nacido hombre a semejanza divina, pero lo entendía para "su derecho". No conocía o no quiso conocer el derecho del otro hombre, ese otro, que analiza Buber, el "yo" frente al "tú" en "¿Qué es el hombre?" (5).

Podemos señalar que históricamente el "ver" con ojos de igual al "otro" —a todos los otros hombres— comenzó a surgir con los "Bills of Right" americanos de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producida por la Revolución Francesa de 1789.

Pero no fue sino con la contemplación de nuestros congéneres del presente siglo XX, del horror causado por el "Herrnvolk" de la Alemania Nazi y el "espectro en forma de hongo" de Nagasaki e Hiroshima, que el hombre, vio al Leviathan del que en su tiempo nos habló Hobbes, —en el plano de relación Hombre versus Estado— ahora en el plano humano global, el poder del Leviathan tiene otro enfoque de terror, y el hombre contemporáneo vio tan enormemente "crecido" en tan poco tiempo —a ese Leviathan ahora transformado en el "espectro en forma de hongo"—, que comenzó a ver al otro hombre, el "tú" como otro "yo". Ahora el derecho del "otro" hay que verlo, con la clari-

dad universal, como bien lo afirma don Antonio Trujol; con la "conciencia clara y universal", y se pudo producir ahora en nuestra generación, como una voluntad expresa por la humanidad, que se realizó el 10 de diciembre de 1948 como un bálsamo a las recientes heridas de la humanidad y se produjo la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", dentro del marco de la ONU, sea por el hombre universal.

Promulgada la Declaración, comenzó el peregrinaje de "hacer caminos" para sacar a ese derecho —inherente al ser del hombre— del "papel", y hacerlo realidad. La mayoría de los países han ratificado la declaración y se produjeron Declaraciones y Convenios de la Organización de las Naciones Unidas, que obviaremos detallar. Asimismo se produjeron Pactos Internacionales de los Derechos Humanos, y el mundo evolucionó al problema de esos derechos.

La Iglesia Católica, con su status especial en la ONU y la influencia real en el liderazgo mundial ha contribuido mucho con una serie de encíclicas —que no se enumeran— asimismo toda la concepción doctrinaria del Derecho Internacional, ha contribuido a la comprensión y conceptualización de los Derechos Humanos.

Sin embargo, los grandes problemas de ajuste de su derecho interno de los países signatarios ha dificultado la realización pragmática de la protección de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas, por múltiples razones políticas, y la falta de jurisdicción real en ese campo.

Comprendiendo bien esta situación, un grupo de países de la Europa Occidental, dentro del marco del Consejo de Europa firmaron el 4 de noviembre de 1950 la Convención Europea de los Derechos Humanos. Ratificada, entró en vigencia el 3 de setiembre de 1953.

Los veinte países miembros firmaron y ratificaron esta convención exceptuando España y Portugal. El 30 de octubre de 1979 se celebró en Strasburgo el XX Aniversario de la Corte Europea de Derechos Humanos y el XXV Aniversario de la Comisión Europea de Derechos Humanos (6).

-
- (2) BATAILLON, M. y SAINT-LU, A. "El Padre de Las Casas y la Defensa de los Indios". Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- (3) ANTOLOGIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO. Tomo I Pub. Univ. de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1971.
- (4) ANTOLOGIA. Op. cit.
- (5) BUBER, Martín. "¿Qué es el Hombre?". Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- (6) COUNCIL OF EUROPE, Human Rights. "Celebration of the XX Aniv. of the European Court of Human Rights", Palais de L'Europe, 30 oct. Strasburgo, 1980.

Otro grupo regional dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) suscribió en San José, Costa Rica en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue denominado "Pacto de San José", que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, al depositar Grenada su ratificación. Sobre estas convenciones, la Europea y la Americana, trataremos de hacer un breve análisis.

I. INTENTOS PREVIOS DE UNA REAL UNIVERSALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Muy pronto, las naciones se dieron cuenta que no basta haber promulgado la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 Dic. 1948) para que gobiernos e individuos de hecho se pongan a aplicar y realizar ese anhelo y hagan justicia real por donde quiera.

Como todo derecho, requería reglamentarse, instrumentarse, y dar facilidades y tiempo a los países para ajustar y adaptar su derecho interno, mediante legislación interna o mediante pactos internacionales con jerarquía superior a la ley interna, una vez aprobados y ratificados.

En este contexto han proliferado los distintos pactos, o convenciones. Surgieron declaraciones gubernamentales que proclamaban con ansiedad el deseo de la humanidad que exteriorizaron esa ansiedad y ese deseo universal —aunque hubo casos que los países que votaron los pactos o convenciones, no los ratificaban—.

Podemos enumerar la Convención de las Naciones Unidas contra el genocidio de 1948 (aún no ratificada por todos los países) contra la privación la nacionalidad de 1951, y 1954, contra el trabajo forzado de 1957, contra la esclavitud con sus variadas formas en que pueda disfrazarse de 1956; a la abolición de las discriminaciones por razón de sexo, y los derechos políticos de la mujer de 1953, sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957 y la muy importante convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, suscrito en 1965 por unanimidad, ya que México, que se había abstenido, retiró su abstención (7).

Otros pactos de más jerarquía son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El énfasis que quiso dar a este Pacto la Asamblea General de las Naciones Unidas, comprendiendo que es inútil reconocer y garantizar los derechos civiles si no se garantiza al mismo tiempo un mínimo de derechos económicos y sociales. El pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Protocolo facultativo del pacto internacional de esos derechos. Los acuerdos de la conferencia de Teherán de 1968 al cumplirse el vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Hombre. Todo lo cual hace ya un caudal "legislativo" sobre los derechos humanos, que necesitan un instrumental "ejecutivo" para realizarse.

Para darle vida y validez como una expresión real del organismo universal, bajo cuyas alas, se hacía difícil la real protección, las convenciones regionales han sido verdaderas creaciones pragmáticas —aunque, siempre con limitaciones de índole regional política— o sea abrieron las puertas para la realización del ideal de la defensa de los derechos humanos, de indudable progreso en un mundo paradójico, en constante lucha política del "acomodo" de la balanza ideológica, socio-económica y cultural ante el crecimiento demográfico, que producen y exigen graves decisiones en las bifurcaciones históricas de nuestro "acelerado" tiempo, se le presentan a los líderes, para elegir el "regreso" o el avance en bien del real progreso de la humanidad.

Podemos afirmar que con el ejemplo de la Convención Europea —o Tratado de Roma— sobre Derechos Humanos, dos décadas y media más tarde lo realizan los americanos, hay vivas esperanzas de la verdadera comprensión que pueda significar para la supervivencia, el que las naciones y los individuos sean protegidos, y respetados en sus inherentes derechos, que conducen a comprender el valor real de la paz.

El artículo 56 de la Carta de la ONU, que impone a los miembros procurar, sea que "se comprometen" a tomar medidas conjunta o "separadamente" para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55 de la Carta, puede ser el origen de emprender "separadamente" en regiones, para cumplir con lo indicado en el párrafo c) del art. 56 que ordena promover:

"Art. 56 . . . c) . . . el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de ra-

za, sexo, idioma, o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades" (8).

que es el "motor" que ha producido las convenciones europea y americana.

II. NECESIDAD DE REGIONALIZAR LA APLICACION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El problema principal de la efectiva tutela de los derechos humanos, tan solemnemente aprobados por la ONU, es el problema de la jurisdicción.

Siguiendo a Kelsen (9) a Bobbio y otros (10), y todos los positivistas, la fuente del derecho, es el Estado. Así las cosas, las garantías de los derechos individuales no deben encontrar otra fuente o apoyo que el que emane del mismo Estado. Coincidiendo los límites territoriales con la limitación jurídica de la persona que pueda reclamar sus derechos, lo que ha dado lugar, que vecinos contemplen indiferentes las violaciones de los Derechos Humanos por impotencia de acción al encontrarse estos fuera de la órbita jurisdiccional del Estado, o imposibilitados de usar los instrumentos jurídicos internos del Estado.

Esta situación —de hecho real— hizo ver la necesidad de la búsqueda de alguna forma de "renuncia" o "cesión" de una parte de la soberanía nacional —a la idea de Hobbes en el caso individual, dentro de cada sociedad— (11) con el mismo enfoque, los Estados cederían al derecho internacional, parte de su soberanía en el campo de los derechos humanos pudiendo entrelazar, y crear la posibilidad para que de alguna manera el individuo tenga acceso al requerimiento de instrumentos en defensa de sus derechos, aún fuera del límite de su propio Estado, con la autoridad y reconocimiento de la comunidad internacional.

Pronto los Estados promotores de los derechos humanos se dieron cuenta de que no va ser fácil progresar en el marco global de la ONU sin las

obvias frustraciones causadas por falta de jurisdicción eficaz.

En el marco de la ONU se tornó tan difícil ese problema por sus complejas situaciones políticas y con la extrema falta de sinceridad o falsa "delicadeza" política, la labor de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se tornó "delicada" e ineficaz. La falta de unidad de todos los pactos que protegen o afectan a los Derechos Humanos pudo ser solamente una de tantas causas de la ineficacia real, o haciendo parangón a lo que Herman Heller llamó la "Real-Politik" (12), sea realidades políticas que obstaculizaron la aceleración de las prácticas de protección. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (v.g.) tiene una "maquinaria" de aplicación distinta a la Comisión de la ONU de los Derechos Humanos. Esta Comisión de los Derechos Humanos en sus primeros veinte años no logró o no pudo —por las razones políticas apuntadas— realizar una investigación "in loco", efectuándose la primera visita a Guinea Ecuatorial (13).

Hace un tiempo guardábamos en nuestro pensamiento el ideal de un derecho unitario universal. Durante el curso de Filosofía del Derecho encontramos que la dimensión es demasiado extensa y demasiado aventurada, y encontramos que:

"El mundo jurídico, el Derecho es como una orquesta sinfónica, que no existe sin sus integrantes. Ni sus integrantes individuales son la orquesta. No se puede analizar y definir la orquesta sin la concurrencia del conjunto de voces, instrumentos y actos concordantes de cada uno de los miembros dedicados a la ejecución de su obra, que saldrá de la batuta del director; la realización de la pieza del maestro compositor; la realización del Derecho.

Asimismo es imposible definir el Derecho separado de toda su "orquesta" y su "compositor" (14).

En el marco internacional de los derechos humanos, era necesario regionalizar, para mejor "orquestrar" ese derecho, buscando la cercanía más homogénea, la vecindad y concepción del mundo,

(8) CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Servicio de Inform. Pública, Naciones Unidas New York, 1973, (subrayado nuestro).

(9) KELSEN, Hans. "Teoría del Estado", Editorial Nacional, México, 1957.

(10) KELSEN, Hans; BOBBIO y otros. "Crítica al Derecho Natural", Taurus Ediciones S.A. Madrid, 1966.

(11) HOBBS, Thomas. "El Leviathan" "Antología del Ciudadano Leviathan", Res. Pública Clásicos del Pensamiento Político, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1965.

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

(13) VOLIO JIMENEZ, Lic. Fernando. "Entrevista al Lic. Volio, ex Embajador de Costa Rica en la ONU, Experto designado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en Guinea Ecuatorial.

(14) BARUCH, Bernardo. "El Concepto de Derecho", Univ. de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1971.

—el “Weltanschauung” al que Kant dio tanto énfasis— para realizar la pieza; el ideal de los derechos humanos.

En esta forma grupos de países se acercan a través de convenciones, que una vez ratificadas, llegan a positivizarse esos derechos, penetran así en el derecho positivo nacional territorial. El problema de la jurisdicción internacional, sin embargo continúa latente mientras las altas partes contratantes no reconozcan la jurisdicción de la Corte Internacional de su Convención, ya que así queda reducido su ámbito a las tareas consultivas únicamente.

II-A. LA CONVENCION EUROPEA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Las Naciones Europeas lo comprendieron bien temprano, para crear lo que ahora llaman el “Sistema de Strasburgo” —“the Strasbourg System for the Protection of Human Rights”— o “European Bill of Rights” (15) que ahora en 1980 ya tienen acumulado un volumen considerable de jurisprudencia, en lo que llaman “case-law” —derecho de caso concreto— de la Comisión y de la Corte, y muchos trabajos doctrinarios sobre la convención, gracias a los grandes progresos hechos por la Comisión y la Corte de Derechos Humanos en ese marco (16).

Sin embargo a los distintos y abundantes elogios —bien merecidos— en la celebración del XX Aniversario de la Corte y el XXV de la Comisión, se puede deducir que la labor no ha sido fácil; fue ardua y lenta hasta lograr su status actual. Lo que nos confirma, es que el ideal de los Derechos Humanos en la dimensión universal es posible y realizable, pero se requiere regionalizar por razones histórico-políticas, y formación histórico-culturales de grupos de países vecinos que tienen “contactos” más continuos, que sus “problemas” políticos cotidianos les son de cerca, como lo han probado el grupo integrante de la Convención Europea, que constantemente amplían los convenios en su ámbi-

to regional como la implementación a la Declaración de los Derechos Humanos adoptada por los Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Europea el 27 de abril de 1978 ampliando la lista de los Derechos Humanos en lo individual, social, económico y cultural (17).

La base para regionalizarse la encontramos en el propio convenio en la exposición introductiva:

“Habiendo resuelto tomar, como gobiernos de Estados europeos que están animados de un mismo espíritu y poseen un patrimonio hereditario común de tradiciones políticas, ideales, libertad y la preeminencia del derecho. . .” (18).

La Convención Europea fue suscrita en el marco del Consejo de Europa —con el espíritu enunciado— en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de setiembre de 1953 ratificada por los veinte países exceptuando España y Portugal.

El Consejo de Europa, —organismo que en realidad facilitó histórica y políticamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos— es una organización regional creada por el Estatuto de Londres el 5 de mayo de 1949 con sede en Strasburgo. Sus dos órganos; El Comité de Ministros, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros y la Asamblea Consultiva, compuesta por representantes de los parlamentos de los Estados miembros en número de tres a ocho por Estado.

“La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros sobre una base democrática inequívocamente expresada ” (19).

Y para los fines que interesan al presente trabajo, es que el Consejo de Europa, en su artículo 3 condiciona al “posible miembro” el previo reconocimiento del “principio de preeminencia del derecho” y del “principio en virtud del cual toda persona colocada bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales” así como el compromiso de “colaborar sincera y activamente” en la consecución de aquella finalidad (20).

(15) KARASEK, Mr. F. Discurso; Srio. General Council of Europe, ob. cit.

(16) WALDOCK, Sir Humphrey, Presidente de la Corte Internacional de Justicia. “The Effectiveness of the Sistem set up by the European Convention of Human Rights”, Discurso pronunciado el 30 oct. 1979. COUNCIL of EUROPE, HUMAN RIGHTS, Strasbourg, 1980.

(17) KARASEK, Mr. F. Discurso; ob. cit.

(18) COUNCIL of EUROPE. “The European Convention of Human Rights”, Directorate of Press and Information, Strasbourg 1978, (subrayado nuestro).

(19) TRUYOL y SERRA, Antonio. “Los Derechos Humanos”, ob., cit. pág. 43.

(20) TRUYOL y SERRA, Antonio. ob., cit.

II-B. LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA".

Otro grupo regional, con la misma idea, o enfoque de unión, de un patrimonio histórico común; de los pueblos del Nuevo Mundo, con inconvertibles afectos a los valores espirituales y morales sobre la libertad individual, la libertad política, y de preeminencia del Derecho sobre los cuales fundan su credo democrático, bajo el marco de la Organización de Estados Americanos —OEA— también creó —con manifiesta voluntad hacia realizaciones positivas en el campo de los Derechos Humanos— una Comisión y una Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959, quedando aprobado el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Sesiones del Consejo de la Organización celebrada el 25 de mayo y 8 de junio de 1960. En la Segunda Conferencia Interamericana y por el Consejo de la Organización del 24 de abril de 1968 le fueron introducidas enmiendas y modificaciones.

El espíritu inquieto prevaleciente para crear dicha Comisión, mencionaba, entre otros; la violación de los Derechos Humanos o la falta del ejercicio efectivo de la democracia representativa, y las tensiones políticas que afectan la paz del hemisferio que tornó sus ojos en busca de soluciones en los Derechos Humanos. Lo expresivo de la propia declaración encierra el fundamento;

"...la armonía entre las Repúblicas Americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas" (21).

El paso gigantesco regional en el campo de los Derechos Humanos, se realizó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969, los Estados Miembros de la Organización de los Estados

Americanos en reunión en San José, Costa Rica, produjeron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue convertida en hecho el 22 de mayo de 1979 en ocasión del Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la OEA, cuando los Estados Partes de la Convención —Pacto de San José— eligieron a los siete jueces.

Después de reuniones preliminares, la Corte fue formalmente instalada en San José el 3 de septiembre de 1979 con las solemnidades propias de esos actos históricos (22).

No cabe duda alguna, que los Pueblos de América hacen grandes esfuerzos por "abrir brecha" en su camino histórico para realizar de hecho y de derecho el ideal de los derechos humanos, pese a todos los escollos jurídico-políticos y de realidades socio-políticas, el camino conduce a realizaciones positivas.

Como antecedente histórico del Pacto de San José, que se dio en el marco de la OEA, y que es una organización "creada por las Repúblicas Americanas a fin de lograr un orden de paz/justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia", podemos señalar el propio ideal de la unión panamericana inspirada por Simón Bolívar y Bernardo de Monteagudo (23), que se reunió en Panamá en 1826 en el Primer Congreso de Estados Americanos. Pero las actuaciones históricas más cercanas, se refieren a la reunión de los países de América, a finales de la Segunda Guerra Mundial en México donde decidieron que se elabore una Declaración sobre los Derechos Humanos. Unos tres años más tarde fue aprobada en Bogotá, Colombia (1948) la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Al mismo tiempo que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la cual no se le dio carácter convencional.

La Corte Interamericana que había sido creada desde 1959 no pudo comenzar a establecerse, sino hasta el 18 de julio de 1978, cuando entró en

(21) COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Manual de normas vigentes en materia de Derechos Humanos, Sría. General de la OEA, Washington, D.C., 1974.

(22) El autor del presente trabajo tuvo el privilegio de encontrarse presente en las reuniones de la Convención en 1969 y en las ceremonias de instalación de la Corte en 1979.

(23) DE VEDIA Y MIRRE, Mariano. "La vida de Monteagudo", Editorial Kraft, Buenos Aires, 1950 T. III pág. 177, cit. por Pablo A. Ramella en "Los Derechos Humanos", ob. cit.

vigor el Pacto de San José, ahora en plena vigencia y función, con el establecimiento de la sede de la Corte Interamericana, en lo que podríamos llamar Palacio de Justicia Interamericana de los Derechos Humanos.

III. ESTUDIO COMPARADO DE LAS DOS CONVENCIONES REGIONALES.

Basamos el fundamento que justifica y alienta la regionalización de la aplicación instrumental de la protección de los Derechos Humanos, en la necesidad de coherencia de la formación histórica-cultural tradicional, y política actual, del grupo regional, idea que mantenemos.

Desde este contexto, formalmente podemos situar al continente americano dentro de la órbita "occidental" de raíz cultural heredada del judeo-cristianismo. Y así, podríamos comenzar el presente análisis comparativo con una identidad o gran similitud filosófica-política de los países integrantes de las Convenciones Europea y Americana.

Sin embargo, la conformación humana del continente americano, si bien de origen europeo en su mayoría, no podemos ignorar los inmensos poblados de indígenas en muchos pueblos americanos que con tenacidad propia de pueblos viejos, pese a su abandono por los otros pobladores europeos durante cinco siglos, han sobrevivido como grupos étnicos bien definidos, que deberían ser los primeros "pacientes" en recibir las "dosis adecuadas" del Pacto Americano de Derechos Humanos. Debemos confesar, que muchos grupos indígenas aún viven con "reflejos" de sus antepasados a quienes no se les reconoció ser poseedores de "almas" (23).

Con la vigencia del Pacto de San José, en su avance se va a presentar la tarea de reivindicación del indígena americano. Lo que tradicionalmente se interpretaba, dentro del Manual de las inmigraciones europeas el concepto del indio (salvaje, bárbaro, etc.) indujo a muchos gobiernos "conquistar los desiertos" y reemplazar las poblaciones autóctonas por "otra de mejor calidad", (24) con lo cual vemos una problemática, distinta a la europea, en cuanto a posibles casos del ejercicio auténtico del indigenismo en la aplicación de las convenciones,

aunque dentro del contexto global, aparentemente hay homogeneidad cultural europea-americana. Las ratificaciones americanas a la Convención y con mucho más énfasis en la aceptación de la jurisdicción de la Corte, han sido mucho más lentas que la aceptación europea, por el "peso" de su problemática mucho más compleja.

Constitucionalmente, sea desde el análisis frío, jurídico, todas las Repúblicas americanas son iguales —o homogéneamente—, democráticas. Sin embargo existen diferencias de realización pragmática de la democracia en algunos países de América, y que tienen necesariamente su enlace con la realización del ideal de los Derechos Humanos.

Aunque la Convención Europea de Derechos Humanos pudo originar inspiración y ser modelo para la Convención Americana, su trayectoria histórica, y en estructuración económico-política probablemente tienen reservados otros casos, no necesariamente iguales o similares a los europeos.

Sí haremos un parangón —y alguno definitivamente tiene— con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 francesa con el "Bill of Rights" y la Declaración de Independencia de 1776 americana, podemos esperar que en la misma forma de interrelación de aquellas, los resultados de —las prácticas, y jurisprudencia que produzcan— los dos instrumentos regionales se interinfluencien y servirán de modelo e inspiración a otras regiones del mundo, como el concepto de independencia y libertad de aquellas revoluciones inspiraron a los pueblos con ansias de liberación, ahora podrá inspirar e influenciar a las naciones de generaciones nuevas, ansiosos de entrar a "practicar" los Derechos Humanos, en su plenitud, o por lo menos hacer algunos progresos en este campo.

III-A. FORMACION Y EJERCICIO REPRESENTATIVO JURIDICO, DE LA COMISION Y DE LA CORTE.

Hay un enfoque político con una extraordinaria sutileza, talvez inadvertida, que contiene visiones o enfoques históricos muy distintos dentro de la realización, acción o "motor que impulsa", a ambas convenciones analizadas. En el primer plano

(23) BATAILLON, M. y Saint-Lu, A. "El Padre de Las Casas. . .", ob. cit.

(24) BRETON E., Adrian y otros. "Antropología e Indigenismo", Cedal, Sem. y Documentos, San José, Costa Rica, 1974.

está la "edad madura" histórica de Europa, y la "juventud" histórica de los pueblos americanos de trasplante europeo, y mucho, propio.

Los europeos, —y este ha sido el propósito del Consejo de Europa— para sus veinte países miembros, la Convención sobre Derechos Humanos conlleva la "visión" de una posible unificación político-económica y cultural de Europa, "y en eso están los europeos", afirmamos nosotros. El paso más grande lo están tomando ahora con la formación de la "Unidad Monetaria Europea", ahora reconocida por entes bancarias "contablemente", es el "anillo de unión sacramental" futura de Europa. La convención también contiene esa "visión" por su forma representativa individual por cada Estado, con enfoque de ente parlamentario.

Para los americanos esta "visión" de posible unidad global, está excluida, —o muy lejana— sin descartar que el sueño de Bolívar, se torne "despierta realidad", y tiene el propósito actual, inmediato, a la "vista" de unión convencional para el propósito exclusivo de la protección de los Derechos Humanos dentro de sus diferencias políticas. De ahí, la representación delegada en un número reducido en la Comisión y la Corte, a nombre de la Organización de los Estados Americanos, de pensamiento burocrático administrativo de la delegación en "ejecutivos", la realización de tareas.

Con la idea de "representación de cada miembro" los europeos mantienen en la Comisión de veinte miembros, un representante de cada uno de los signatarios de la convención, mientras la Comisión Interamericana creada en 1959 en Chile, dispuso:

"Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se compondrá de siete miembros, nacionales de los Estados miembros de la organización, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto a tales derechos la cual sería organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste señale" (que resultó expresado en el art. 34 de la Convención) (25).

La Convención Europea en la formación de los órganos es "representativa" y así se expresa en la integración de la Comisión y la Corte, y la Americana "designa" a los integrantes de representa-

ción global, aunque en ambas convenciones los miembros integrantes son a título personal conforme lo indica el art. 35 que establece:

"La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos" (26).

En cambio en la europea no existe disposición expresa, y de la praxis se puede deducir, que en realidad son parlamentarios de su "distrito" electoral que ahora es el Estado Parte miembro de este parlamento.

Los artículos 35 de la Convención americana y 20 de la europea, nos indican con claridad esos aspectos que nosotros diferenciamos entre parlamentarios y designados ejecutivos, como lo expresa el numeral que citamos:

"Art. 20. La Comisión se compone de un número de miembros igual al de las altas partes contratantes. La Comisión no puede comprender más de un nacional del mismo Estado" (27).

En cuanto a la Comisión, el enfoque de cada una de las Convenciones es justificado en su visión-concepción convencional de limitar a un nacional a cada Estado Parte (arts. 37-2 am. y 20 europea).

Con referencia a la Corte, se da el caso similar. "El art. 38 de la Convención europea señala que se compone de jueces en cantidad igual a los miembros del Consejo de Europa, con la idea "representativa" cuando en realidad tratándose de jueces, de juzgadores de derecho, es de lugar analizar con más profundidad jurídica este problema analizando desde esta perspectiva jurídica y no de la representativa-política".

III-B. COMPOSICION Y COMPETENCIAS DE LA COMISION Y LA CORTE:

Los artículos 33 de la Convención americana y 19 de la europea son iguales, como muchos otros que han sido inspirados y guiados por la convención precedente en tiempo. En ambas se le da competencia a sus dos instrumentos de acción, la Comisión y la Corte. Las diferencias en lo formal y composición se manifiestan en el número de miembros, aunque los miembros ejercen los cargos en

(25) Manual de Normas Vigentes, ob. cit., págs. 13 y sig. citando arts. 2 a 6.

(26) Convención Americana sobre Derechos Humanos, su art. 35 ob. cit.

(27) Convención Europea, ob. cit.

ambas convenciones a título individual, en la americana representan a la OEA como organización y en la europea a su país. También en el tiempo, en la Comisión americana son nombrados por cuatro años (art. 37 inc. 1) y en la europea por seis años (art. 22 inc.1). En el caso de la Corte o Tribunal, se dan las mismas similitudes y diferencias de fondo. En lo formal del plazo, en la americana es por seis años, reelegibles solamente una vez (art. 54), y la europea elige a los magistrados por nueve años, reelegibles, sin mencionar límite (art. 40).

Sobre el número de miembros, ya quedó explicado anteriormente, en el análisis de fondo. Formalmente la composición de la Corte en la americana es limitada a siete jueces (art. 52) mientras la europea designa a un juez por cada país miembro (art. 38), aunque la forma de elección es similar en ambas Convenciones, sea son elegidos por la Asamblea General de la OEA (art. 53) y por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (art. 39). La elección de los integrantes de la Comisión en la americana es la Asamblea General de la OEA, (art. 36) y los europeos son elegidos por el Comité de Ministros (art. 21), obedeciendo al sentimiento y la "visión" política analizada anteriormente.

La función y competencia de la Comisión, si bien en ambas, quedaron facultados para elaborar su propio reglamento, (art. 36 europea y 39 americana), la convención americana deja a la Comisión elaborar su Estatuto para someterlo a la Asamblea General de la OEA. En realidad la Comisión americana tiene más independencia en su función y competencia, pudiendo "cualquier persona o grupos de personas, o entidad... presentar quejas y peticiones a la Comisión..." (art. 44) mientras que la europea "Toda parte contratante puede denunciar a la Comisión...; y debe hacerlo a través del Secretario General del Consejo de Europa..." (art. 24).

El artículo 41 de la americana designa funciones específicas del ejercicio como estimular la conciencia e informar sobre Derechos Humanos (41-a) formular recomendaciones a los gobiernos de la OEA para el ajuste interno de sus leyes o preceptos constitucionales (41-b) preparar estudios e informes (41-c) solicitar informes de los gobiernos sobre el estado y medidas adaptadas en materia de Derechos Humanos (41-d) atender consultas y asesorar (41-e) actuar a gestión de parte conforme a los arts. 44 al 51 (41-f) y rendir un informe anual a la OEA (41-g), mientras la europea guarda silencio, o no lo especifica, dejando toda la función de

la Comisión para canalizarla a través del Secretario General del Consejo de Europa (art. 57 siguiendo la pauta de los arts. 24 y 25).

No obstante, parece más viable la "entrada en acción" de la Comisión europea, que se rige por la sencillez de su art. 24, cuando la Comisión americana se rige por el complicado art. 45 que reduce las competencias y los sujeta a acondicionamientos previos. Sobre el problema del ajuste de los derechos internos de los países para la aplicación de las convenciones, parece que el Tratado de Roma suponía que el "ajuste" se hará de hecho y limitó este control a la posible excepción, disponiendo que "a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa toda alta parte suministrará las explicaciones pertinentes..." (art. 57) como una extensión del "brazo" del Tribunal, —toma más en cuenta que la disposición del art. 57 es una continuación de lo dispuesto sobre el Tribunal— mientras que el Pacto de San José, dispone una obligación automática —de indudable mayor control— disponiendo que "Los Estados Partes **deben** remitir a la Comisión copia de los... informes sobre derechos económicos sociales y culturales, y sobre la aplicación de la Convención en sus respectivos derechos internos" (arts. 42 y 43).

El análisis anterior es parcial —no parcializado— reducido solamente a algunos aspectos de las Convenciones de Roma y San José, ya que estos contienen muchos aspectos de similitud, pero también muchas diferencias que ahora no analizamos, pues se trata de un ejercicio académico limitado, que solamente puede ser útil como base para un estudio futuro más profundo, que pueda encontrar las raíces de estos dos "árboles" de posible producción frondosa de la "ramificación" de la sombra necesaria en la protección de los derechos humanos en el mundo.

III-C. JURISDICCION DE LA CORTE Y TRIBUNAL.

El punto álgido en todas las convenciones es el problema de la jurisdicción. En Derecho Internacional la jurisdicción alcanza dimensiones distintas, más sutiles, pues se trata de una cesión de soberanía otorgada por países soberanos. En principio, al fijar las convenciones, lo que las "Altas Partes Contratantes" aceptan que "se comprometen" en la americana (art. 1) y "reconocen" en la europea (art. 1) a todas las personas dependientes o sujetas

a su jurisdicción de los contratantes, garantizarles los derechos y libertades sobre los que versan las convenciones, conforme a esta obligación, de hecho el aparato estatal de cada "Alta Parte" debe ser ajustado para permitir, promover y alentar el ejercicio de esos derechos, usando su jurisdicción nacional, dentro del engranaje o aparato jurídico interno de cada país.

Esto crea conflictos entre las normas de derecho interno y los instrumentos internacionales, que varían según la estructuración de la pirámide jurídica interna del rango que la constitución otorga a las convenciones o pactos internacionales, que en nuestro país tienen rango superior a las leyes, pero no a la Constitución (28).

El problema en sí complejo varía según la estructura interna de cada país contratante y de la concepción sobre la interrelación de soberanía en Derecho Internacional que prevalezca en el país involucrado, sea la tesis kelseniana que el derecho es un mandato o conjunto de mandatos imperativos (29) o se mira al derecho como un conjunto de expresiones sociales de consenso, que facilita más los ajustes.

La interesante tesis de William Karl Geck que cita Carlos José Gutiérrez (30) que "el derecho internacional es básicamente un derecho de coordinación", lo que en gran parte confirma nuestra tesis de la necesaria regionalización de la aplicación de los Derechos Humanos para que así se universalicen, ya que en esta forma se mejora esta coordinación y facilita el ajuste.

Lo anterior pasa a "justificar" o explicar las razones o situación jurídico-política de los miembros del Pacto de San José en lo referente al entabamiento de ratificación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que ya fue constituida con jurisdicción reconocida

solamente por Costa Rica formalmente. Aunque fue ratificada desde 1977, hubo problemas "burocráticos" al no aparecer el instrumento en la OEA, fue nuevamente ratificado la presente semana —el 27 de junio—, sea que la Corte comienza a tener jurisdicción, al tiempo que estamos escribiendo el presente trabajo. La voluntad existe entre los miembros del Pacto, sólo es necesario la "madurez del tiempo" conforme al proverbial consejo de "lo que no hace la razón, lo hace el tiempo".

Con la "receta" del tiempo que todo lo resuelve, vemos que Venezuela sigue trámites constitucionales para poder ratificar la jurisdicción y Perú la ratificará automáticamente el 28 de julio presente, al entrar en vigor su nueva Constitución (31).

En esta forma, la Corte Interamericana, por ahora no entrará en una gran actividad, pudiendo pensarse que queda prácticamente sujeta a la actividad consultiva en el ejercicio de sus facultades. Sabemos que en los dos casos de intento de ejercitar la jurisdicción de la Corte, éstos no se ajustaron, ni tenían los requisitos necesarios para el "pase" (32). El Tribunal europeo, en cambio ya ha pronunciado treinta y cinco sentencias, tiene 10 casos en la lista, y completó la revisión de 21 otros (33). En este contexto el análisis comparado que tratamos de esbozar podrá hacerse en su aspecto institucional formal.

III-C-1. LA INCOACCION DE UN CASO ANTE LA CORTE Y TRIBUNAL.

Para ejercitar y poner en marcha el aparato jurisdiccional, hay similitud en ambas convenciones, si obviamos la sutileza semántica entre Altas Partes y Estados Partes. Las Altas Partes Contratantes y la Comisión en la europea (art. 44) y los Estados Partes y la Comisión en la americana pueden some-

(28) Constitución Política de Costa Rica (7 Nov. 1949), Imp. Nacional, San José, C.R., 1968 artículo 7 "que los convenios internacionales. . . tienen. . . autoridad superior a las leyes. . .".

(29) KELSEN, Hans. "Teoría General. . .", ob., cit. supra.

(30) GUTIERREZ, Carlos José. "Conflictos entre normas de Derecho interno y los instrumentos internacionales", Conf. en Sem. Regional sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, San José, C.R., 7 al 9 de Feb., 1979.

(31) Datos obtenidos en la Cancillería costarricense.

(32) Datos obtenidos en entrevista telefónica al Lic. José Martín Trejos, Procurador Penal Adjunto, Procuraduría General de la República, Julio, 7-1980.

(33) WIARDA, Mr. G. Discurso; Vicepresidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, XXV Aniv. de la Corte Council of Europe, ob., cit.

ter un caso a la Corte (art. 61) sea que hay identidad, aunque se puede interpretar que en la americana basta con ser miembro de la OEA, y en la europea se puede interpretar que solamente Alta Parte por las condiciones de los incisos b) c) y d) del art. 48 que restringe a condiciones previas. En ambas es necesario agotar los procedimientos ante la Comisión. Sin embargo en ambas convenciones existe la posibilidad por la vía indirecta a través de la denuncia de un particular ante la Comisión, incoar un caso ante la Corte Interamericana (art. 44) y Tribunal europeo (art. 25-1).

III-C-2 FUNCION INTERPRETATIVA DE LA JURISDICCION.

La jurisdicción de la Corte se extiende a los casos de interpretación y aplicación de la Convención, que tanto el art. 62-3 del Pacto de San José y el art. 45 condicionado por el 48 del Tratado de Roma otorgan jurisdicción interpretativa amplia, siempre que se cumplan las condiciones procedimentales de reconocimiento de la jurisdicción que puede ser por convenio especial (art. 62) en el primero y 46 y 49 del segundo. En Roma se otorga al propio Tribunal la decisión sobre su competencia de jurisdicción, disposición sobre la cual guarda silencio el Pacto de San José.

En la Convención americana, todos los Estados miembros y órganos de la OEA pueden consultar a la Corte interpretación en relación a la Convención y otros Tratados de Derechos Humanos. También pueden pedir opiniones sobre la compatibilidad de su derecho interno con las Convenciones (art. 64).

En la europea esta disposición fue incluida en el Protocolo No. 2 de los Protocolos Adicionales (34) el Tribunal puede evacuar consultas a solicitud del Comité de Ministros, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos (art. 1). Excluye los problemas y derechos que pueden ser tratados por el Tribunal, el Consejo de Ministros o la Comisión por los procedimientos estipulados en el Convenio (art. 1-2 del Protocolo No. 2).

El art. 65 del Pacto instituye la obligación de

la Corte de enviar un informe anual a la Asamblea General de la OEA, —una memoria anual—, haciendo recomendaciones y señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. El tratado no contiene disposiciones en este sentido.

Los fallos son obligatorios y los Estados se obligan a cumplirlos (art. 68 del Pacto) se les asigna actividad de ejecución activa. En cambio el Tratado (art. 53) usa "conformarse" sea aceptación pasiva.

IV. CONCLUSIONES.

Hacer un análisis comparado sobre dos Convenciones que se encuentran "sobre la marcha" sea en estado de avance, en la toma de posiciones, es sumamente difícil. La Convención Americana con propósito de alcanzar la europea, que ya recorrió un trecho histórico, ha de tomar mucha fuerza para lograr estos propósitos. El problema de "levantar la frente" ante un derecho internacional que conceda al ser humano su verdadero lugar en el mundo, que lo "enseñoree" en su dignidad irreductible, para ajustarlo, enfrentándose a órdenes jurídicos nacionales que en la praxis diaria limitan o niegan estos derechos, requiere de mucha tenacidad.

El hecho que el Pacto de San José, fuese inspirado en el tratado de Roma, como lo afirma el Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Máximo Cisneros (35) ha producido muchas similitudes. Sin embargo hay muchas diferencias tanto formales como de expresión conceptual. Lo positivo de las similitudes y diferencias, de las experiencias de ambas convenciones es que, la aplicación de los derechos humanos pueden realizarse por regiones y adaptarse a las circunstancias históricas, políticas y culturales de cada región del mundo, que en el conjunto se universalizan como afirma Harold Laski, que "La renovación del mundo tiene que verificarse" (36). Debemos aceptar que existen profundas razones, de divergencias políticas sociales y culturales en distintas regiones del globo, que precisamente por el esfuerzo regional se abre la esperanza de universalizar los Derechos Humanos.

(34) Firmados en España el 23-2-78 hecho en Strasbourg el 6-5-63. Fuente: Ministerio Asunt. Exteriores de España, sup. cit.

(35) CISNEROS, Dr. Máximo; Discurso, XXV Aniv. Corte Europea, Council of Europe ob., cit. y entrevista personal.

(36) LASKI, Harold J. "Los Derechos Humanos", Editorial Univ. de Costa Rica, San José, C.R., 1978, pág. 79.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLOGIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO.** Tomo I. Pub. Univ. de Costa Rica, Ciudad Univ. Rodrigo Facio, 1971.
- BARUCH, Bernardo.** "El Concepto de Derecho". Univ. de Costa Rica, Fac. de Derecho, 1971.
- BATAILLON, M. y SAINT-LU, A.** "El Padre de Las Casas y la Defensa de los Indios". Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- BIBLIA.** "TNAJ" en Yidish - Yehoash Ferlag Gezelschaft Forward Cd. U.S.A., 1957.
- BREONE, Adrian y otros.** "Antropología e Indigenismo". Pub. CEDAL, San José, Costa Rica. 1974.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS y Estatuto de la Corte Int'l de Justicia.** Serv. de Inf. Pub. Naciones Unidas, New York, 1973.
- CISNEROS, Dr. Máximo.** Discurso —XXV— Aniv. Corte Europea Derechos Humanos. —Council of Europe of Human Rights— Palais de Europe, Strasbourg, 1980.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** "Manual de Normas Vigentes en materia de Derechos Humanos", Sría. de la OEA; Washington DC, 1974.
- CONSTITUCION POLITICA.** "Constitución Política de la República de Costa Rica, (7 nov. 1949) Imp. Nacional, San José, C.R. 1968.
- COUNCIL of EUROPE.** "The European Convention of Human Rights" Directorate of Press and Information, Strasbourg 1978.
- COUNCIL of EUROPE.** "European Convention of Human Rights Collected Texts, 9a. Edic. Strasbourg, March 1974.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** "Memoria de la Instalación" San José Costa Rica, 1979.
- DUNSHEE de ABRANCHES, C.A.** Presid. de la C.I.D.H. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos" San José Costa Rica, Feb. 1979.
- EUROPEAN HUMAN RIGHTS REPORTS.** A European Law Centre Publication, Jan. 1979 Part. I.
- FIGUERES, José.** "Fundamentos Económicos de los Derechos Humanos", Trabajo Pres. a la Conf. sobre Derechos Humanos. Teherán 1968, Pub. P.L.N. sin fecha.
- GARCIA BAUER, Dr. Carlos.** "La Observancia de los Derechos Humanos y la Estructuración del Sistema Internacional de Protección en el ámbito Americano", Conf. Sem. Derechos Humanos San José, Feb. 79.
- GUTIERREZ, Carlos José.** "Conflictos entre las Normas de Derecho Interno y los Instrumentos Internacionales" Conf. en Sem. Regional sobre la Conv. Americana de Derechos Humanos. San José, C.R. 7 al 9 feb. 1979.
- HELLER, Herman.** "Teoría del Estado" 5a. Edición Fondo Cultura Económica, México, 1963.
- HOBBS, Thomas.** "El Leviathan - Antología del Ciudadano Leviathan", Res. Publica Clásicos del Pensamiento Político, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.
- INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS.** "European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms" mimeografiado Strasbourg, sin fecha.
- KARASEK, Mr. F.** Discurso, Srio. General del Consejo de Europa - Council of Europe Human Rights Strasbourg, 1980.
- KELSEN, Hans.** "Teoría General del Estado". Editorial Nacional, México, 1957.
- KELSEN, Hans, BOBBIO y otros.** "Críticas del Derecho Natural" Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1966.
- LASKI, Harold.** "Los Derechos Humanos". Ed. Univ. de Costa Rica, San José, C.R., 1978.
- LEA, James F.** "La Doctrina Carter sobre los Derechos Humanos", mim. sin fecha - Material seminario s/Conv. Am. de Derechos Humanos. Feb. 1979.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, ESPAÑA, Dirección de Tratados Internacionales.** "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Protocolos Adicionales", Madrid, 1978.
- RAMELLA, Pablo A.** "Los Derechos Humanos" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ROUSSEAU, Charles.** "Derecho Internacional Público". Ediciones Ariel, Barcelona, 3a. Edic. 1966.
- TRUYOL y SERRA, Antonio.** "Los Derechos Humanos". 2a. Edición Ed. Tecnos, Madrid, 1977.
- TRUYOL, Antonio,** "Dante y Campanella, Dos Visiones de una Sociedad Mundial", Tecnos Madrid, 1977.
- URIBE VARGAS, Diego.** "Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano". Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1977.
- VIELLARD BARON, Alain.** "Temas de Historia de la Cultura". Pub. Univ. de Costa Rica, No. 118 Ciudad Univ. R. Facio, 1964.

VOLIO JIMENEZ, Fernando. "La Comisión Inter-americana de Derechos Humanos - Pacto San José, C.R.". Sem. Derechos Humanos, San José, C.R. Feb. 1979.

WALDOC, Sir Humphrey. "The Effectiveness of the Sistem Set. up by the European Convention of Human Right, Council of Europe, Strasbourgo, 1980.

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera.

TENDENCIAS UNIFICADORAS DE LOS TERMINOS COMERCIALES EN MATERIA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Dr. Víctor Pérez Vargas

La práctica comercial ha venido a establecer la existencia de un conjunto de términos o cláusulas comerciales que, en forma sintética, expresan el conjunto de consecuencias jurídicas para los contratantes, según la modalidad que en cada caso se adopte. El recurso a estos términos sirve para dejar establecido el momento en que se transmiten los riesgos al comprador y en que éste asume los gastos de la operación.

La importancia del conocimiento de estos términos es grande, pues a ellos se refieren constantemente las disposiciones aduaneras y fiscales. Por otro lado, para las partes que intervienen en el contrato de compraventa internacional tiene gran interés el cálculo relativo a los costos de una determinada operación, por ejemplo para un importador que utiliza el término "C.I.F." y para un exportador que utiliza el término "F.O.B."

El uso reiterado de estos términos poco a poco fue adquiriendo gran importancia, con el desarrollo del comercio; de estas expresiones sintéticas era posible deducir las obligaciones y derechos de los contratantes. Sin embargo, los problemas interpretativos eran múltiples y constante fuente de discrepancias en la práctica.

Todas estas divergencias señalaron la necesidad de tratar de lograr una uniformidad de contenidos de las cláusulas citadas. Estos trabajos de recopilación unificadora de los usos se llevaron a cabo principalmente en los Estados Unidos de América y Europa.

El primer intento se realizó en los Estados Unidos. En una conferencia celebrada en Nueva York el 16 de diciembre de 1919, se dio interpretación precisa a los términos "F.O.B.", "F.A.S.", "C.F." y "C.I.F.". Ello sin embargo fue insuficiente para el logro de la ansiada unificación.

Consciente del estado insatisfactorio de la cuestión, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, con la colaboración de los Comités nacionales, intentó una codificación de las cláusulas "C.I.F." y "F.O.B.", por ser las de uso más frecuente; para ello nombró en París en 1920 un Comité que informó luego en un Congreso en Londres en junio de 1921.

No fue, sin embargo, hasta 1936 que la Cámara de Comercio Internacional publicó las reglas de interpretación de las cláusulas comerciales, bajo el nombre de "INCOTERMS" (abreviación de International Chamber of Commerce Trade Terms), reglas que fueron más adelante revisadas, actualizadas y adecuadas a las prácticas más generalizadas en las relaciones comerciales internacionales. El resultado fue los llamados "INCOTERMS 1953". Esta edición ha recibido ampliaciones, tanto en 1967, con la incorporación de las cláusulas "DELIVERED DUTY PAID" y "DELIVERED AT FRONTIER", como en 1976 con la cláusula "F.O.B. AIRPORT".

Paralelamente a este proceso, en los Estados Unidos de América se han publicado las "AMERICAN FOREIGN TRADE DEFINITIONS" que

fueron adoptadas el 30 de julio de 1941 por un Comité donde había representación de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, del Consejo Nacional de Comercio Exterior y del Consejo Nacional de Importadores Americanos. Estos términos fueron revisados en 1974 y se han publicado bajo el nombre de "Revised American Foreign Trade Definitions".

La elección de la cláusula más adecuada corresponderá a los mismos contratantes en función de sus intereses prácticos. Sin embargo, es importante, al usarse cualquiera de los términos, agregar a cuál de las recopilaciones citadas se hace referencia para evitar confusiones interpretativas, ya que en algunos casos una misma expresión tiene diversos sentidos según la recopilación a que se refiera. Así por ejemplo, en las definiciones

norteamericanas la cláusula "F.O.B." designando un punto interior del país de importación no tiene nada que ver con la cláusula "F.O.B." de los Incoterms, que equivale más bien en las definiciones americanas a la cláusula "F.O.B. VESSEL".

Una última observación: si bien la presente sección de la Revista Judicial se titula "Reseña legislativa extranjera", queremos dejar en claro que las recopilaciones referidas, tanto las americanas como los "INCOTERMS" de la Cámara Internacional de Comercio, carecen de fuerza legislativa y son simplemente intentos de uniformación del significado de los usos más frecuentes en la vida comercial práctica. Su fuerza normativa depende únicamente de la incorporación al contrato realizada por las partes.

Sección III.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino
Jacques Maritain y la sociedad comunitaria.
Monte Avila Editores. Caracas, 1980.

Monte Avila Editores ha publicado un nuevo libro del profesor **Lino Rodríguez-Arias Bustamante: Jacques Maritain y la sociedad comunitaria.**

Pocas veces podemos contar en nuestra lengua con un estudio tan amplio y a la vez tan directo sobre una personalidad como la de Jacques Maritain. Maritain representa en nuestro siglo toda una corriente de pensamiento que fundamenta el humanismo integral en la lógica concreta de la historia, dentro de una tradición cristiana que incorpora los principios epistemológicos tomistas.

La obra de Maritain distingue claramente la individualidad de la personalidad, la primera anclada en la materia según Tomás de Aquino, mientras que la segunda está arraigada en el espíritu.

Dentro de los múltiples aportes de la filosofía de Jacques Maritain se afirma que es esencial en la persona su tendencia a la comunión, pues ésta es básicamente un ser de relación.

Dentro de esta perspectiva se formula una democracia orgánica, una democracia de la persona que también incorpora el concepto tomista de la libertad.

La obra del profesor Rodríguez destaca estos aspectos y muchos otros. Se afirma el comunitarismo como una tercera vía que ubica al hombre en su perspectiva omega, afirmando en "nosotros" como uno de los aspectos del yo, lo que da la base para la indisoluble integración de los términos personalismo y comunitarismo, que se oponen tanto al individualismo liberal como al totalitarismo co-

lectivista. Cabe destacar en este punto el gran aporte de Mounier en aspectos como la conversión íntima, el afrontamiento, la libertad y dignidad de la persona y el compromiso.

El autor reseñado hace notar la influencia de Charles Péguy, "rebelde de causas justas", sobre el pensamiento de Maritain. El papel de Bergson en el plano gnoseológico es también de gran importancia pues enfatiza el sentido intuitivo del hombre a la par de su capacidad analítica, pero sobre todo en el plano ético con su tesis de la moral de aspiración o "abierta".

De especial interés es el capítulo "Comunitarismo y Democracia" donde el autor hace ver que con el comunitarismo se supera el concepto individualista del hombre con libertad absoluta y el marxista del hombre como ser colectivo, y se concibe un "hombre participativo" "con libertad institucional". La persona aparece así enmarcada en una pluralidad de organismos intermedios que pueden llevar a una redistribución de la autoridad en las fuerzas sociales y locales. La sociedad comunitaria, considera el autor, con la instauración de este tipo organizativo de la sociedad conlleva una estructuración orgánica muy significativa que supone una apertura de iniciativa a todos los estratos populares que requiere una concientización cultural.

La obra del profesor Rodríguez merece una muy positiva valoración y representa una importante contribución latinoamericana a una concepción integral del ser humano y de la vida social.

Dr. Víctor Pérez Vargas.

Sección V: La Ciencia al Servicio de la Justicia.**VALIDEZ DE LOS RESULTADOS DE UN ANALISIS**

*Dr. Rigoberto Blanco Sáenz.
Sección de Investigaciones Toxicológicas. Depar-
tamento de Laboratorios de Ciencias Forenses.
O.I.J.*

En algunas oportunidades el legista se ve en la necesidad de tomar decisiones con base en el resultado de un análisis, y para que sus conclusiones sean válidas, su interpretación debe ser fiel a lo que el analista ha expresado a través de ese resultado.

Todo resultado de un análisis acarrea un cierto grado de incertidumbre. Esta incertidumbre proviene de dos fuentes: los errores que se cometen al obtener las mediciones y las limitaciones inherentes al proceso de medición. Los errores pueden ser sistemáticos, que en principio pueden asignarse a causas identificables y corregibles; e indeterminados o al azar, ocasionados por variables no controlables. Mientras que los primeros pueden evitarse, los segundos son la causa mayor de la dispersión en los resultados. Por otro lado, la certeza con que se conoce el resultado de una medición depende también del instrumento de medida: de la fineza de su escala y de su sensibilidad a la propiedad física que se utiliza como índice de medición. Podemos ilustrar lo anterior considerando el proceso de medición más simple: la medida de una longitud. Podemos utilizar varios instrumentos de medida: la mano, una regla escolar, o un catetómetro. Al utilizar cualquiera de los anteriores aparatos siempre hacemos lo mismo: comparamos el objeto medido con la escala del

aparato, haciendo uso de nuestra vista para decidir el comienzo y el fin de la distancia que deseamos medir. Nuestro resultado estará tanto más cercano al valor real desconocido, cuanto más fina sea la escala del instrumento y mejor podamos discernir la coincidencia del cero de nuestra escala con el inicio del objeto y la división de la misma que mejor coincida con el final. Podemos mejorar ambas cosas: el instrumento de medida y la sensibilidad, sustituyendo al ojo por un instrumento óptico más sensible.

El analista trata de estimar el efecto de estos factores haciendo medidas duplicadas y demostrando su reproducibilidad, para así aumentar la confianza en el resultado. De esta manera expresa la reproducibilidad de los resultados por medio de la precisión y la coincidencia con el valor real mediante la exactitud. Tanto precisión como exactitud son dos términos usados por el lego en forma indiscriminada y dan lugar a mucha confusión, pues designan cosas diferentes: el resultado de un análisis puede ser preciso pero poco exacto. Esto lo podemos ilustrar con el juego de dardos: un jugador es preciso si logra que todos sus tiros caigan en una pequeña área, pero sólo será preciso y exacto si esta área coincide con el centro del blanco; asimismo, un jugador poco preciso, cuyos

tiros se dispersan por todo el blanco, puede, por azar, ser exacto en uno de sus tiros al atinar el blanco.

De lo anterior se ve que la mayor dificultad al interpretar un análisis es estimar su error, o diferencia con el valor real, a partir de la precisión de las medidas hechas. Para hacer esto el analista controla las condiciones experimentales de tal manera que solamente se presenten errores fortuitos, esto le permite utilizar planteamientos estadísticos en la evaluación de sus resultados.

(La suposición básica es que la pequeña muestra de datos es representativa de una población muy grande y puede relacionarse con ésta a través de métodos estadísticos).

Un ejemplo: el asesinato de John F. Kennedy.

Uno de los informes rendidos por la comisión Warren sobre el asesinato del presidente Kennedy nos permite ilustrar los conceptos anteriores.

Los rasgos generales son conocidos por la mayoría, lo mismo que las conclusiones más impor-

tantes: se comprobó que el rifle Mannlicher-Carcano encontrado en el depósito de libros pertenecía a Oswald (se encontró la huella de su palma en el mismo); que los casquillos Western Cartridge Co (WCC) de 6.5 mm encontrados en el mismo lugar donde se encontró el rifle se dispararon con él; y que el proyectil extraído del gobernador Connally, así como dos fragmentos grandes encontrados en la limosina presidencial, habían sido disparados por el rifle en cuestión. Claramente Oswald parecía ser el único asesino o al menos uno de los asesinos. También se recuperaron otros fragmentos en la limosina, en el cerebro del presidente y en la muñeca del gobernador. Estos fragmentos se sometieron a un análisis químico no destructivo, para determinar si provenían del mismo proyectil, o tipo de munición, para descartar la participación de más de un tirador en el asesinato.

Los resultados de este análisis se dan en la tabla 1.

Muestra	ppm Ag	grupo 1	ppm Sb		
			grupo 2	grupo 4	grupo 4
Q1	9,4 0,3	945 16	1002 13	813 43	705 54
Q9	9,2 0,1	977 24	1090 37	773 22	676 14
Q2	7,9 0,9	745 16	747 20	626 57	534 30
Q4,5	8,5 0,4	784 5	858 46	614 37	561 32
Q14	8,5 0,2	793 10	879 33	629 18	562 21

TABLA 1. Resultados del análisis de fragmentos de proyectil realizados por el FBI en 1964. Como criterio se toma el contenido de plata (Ag) y antimonio (Sb), en varios grupos de mediciones, expresado como partes por millón (ppm), es decir, miligramos por kilogramo.

Los datos se dan con un más menos, éste se llama desviación estándar y es una medida de la dispersión de los resultados de una misma determinación. Es una medida de la precisión; por ejemplo, en la muestra Q2 se obtiene un valor para la plata de 7,9 0,9 ppm, ¿cómo se interpreta esto? Se puede interpretar como que el contenido real de plata está en el intervalo 8,8 a 7,0 ppm; pero de una manera más correcta, se debe interpretar que de 1000 mediciones que realice el analista, puede esperar que 317 se encuentren fuera del ámbito; o de otra manera, que en una medición en particular, hay una probabilidad de 0.683 de que la medida caiga dentro del ámbito determinado por la desviación estándar. La única manera de mejorar el resultado es aumentar el número de mediciones, controlando los errores sistemáticos, de tal manera que la desviación estándar refleje el comporta-

miento fortuito del error, y los resultados puedan evaluarse utilizando pruebas de significación, que consideran el tamaño de la muestra y la dispersión de los resultados.

Consideremos los resultados para el antimonio (Sb). En este caso diferentes grupos de análisis para una misma muestra dan resultados que no coinciden, es decir, son poco precisos, y por lo tanto no son útiles para concluir algo. Este comportamiento se debe a que la técnica utilizada en esa oportunidad no había sido bien desarrollada, no se habían controlado los errores sistemáticos y los instrumentos de medición no eran muy sensibles. Sin embargo, podríamos concluir que los fragmentos son cualitativamente "similares" en composición y podrían provenir todos del mismo proyectil. De esta manera en el informe de la comisión

Warren no se excluyó la posibilidad de que fueran varios los proyectiles y los francotiradores.

Trece años después, cuando la tecnología permitió aumentar la sensibilidad de los instrumentos,

y se detectaron y eliminaron fuentes de error sistemático, los fragmentos se sometieron a un nuevo análisis, obteniéndose en esa oportunidad los resultados de la tabla 2.

Muestra	ppm Ag	ppm Sb	Descripción de la muestra
Q1 CE-399	8,8 0,5	833 9	Proyectil extraído del gobernador Connally.
Q9 CE-842	9,8 0,5	797 7	Fragmentos de la muñeca del gobernador.
Q2 CE-567	8,1 0,6	602 4	Fragmento grande encontrado en la limosina.
Q4,5 CE-843	7,9 0,3	621 4	Fragmentos encontrados en el cerebro del presidente Kennedy.
Q14 CE-840	8,2 0,4	642 6	Fragmentos pequeños encontrados en la limosina.

TABLA 2. Resultados del análisis de los fragmentos de proyectil realizados en la Universidad de California en 1977. Se utiliza el mismo criterio de la tabla 1. (1).

Veamos lo que comenta el analista sobre sus resultados: *"Las conclusiones que se derivan de este resultado —interpretadas en el contexto de mis anteriores mediciones utilizando proyectiles WCC disparados por rifles MC— son definitivas y claras: todas las muestras procedentes de Dallas están en el ámbito de concentraciones poco frecuente (aunque no necesariamente único) de los proyectiles de plomo WCC/MC; y los especímenes muestran clara evidencia de la presencia de dos, y sólo dos, proyectiles WCC/MC uno de composición 815 ppm de Sb y 9,3 ppm de Ag, y otro de composición 622 ppm de Sb y 8,1 ppm de Ag"*.

¿Qué le permite concluir de manera tan definitiva, si viendo los resultados de la tabla 2 pareciera

que las muestras son diferentes (por ejemplo, las muestras Q2, Q4 y Q14 en contenido de antimonio)? A esta conclusión se llega por medio de una prueba de significación estadística, que toma en cuenta la dispersión de los resultados —su desviación estándar— eliminando la posibilidad de cualquier duda razonable. El problema en la interpretación está en lo que se va a entender por duda razonable. Para esto se utilizan diferentes niveles de confianza: 95, 99, 99,9 por ciento. Generalmente se utiliza un nivel de confianza del 99 por ciento, con el que se garantiza la confianza de equivocarse solo una vez en cada cien.

Ilustremos esto con los resultados para la plata (tabla 2) en las muestras Q1 y Q9:

Muestra	Número de determinaciones	Promedio	Desviación estándar
Q1	4	8,8	0,5
Q9	5	9,8	0,5

y supongamos que planteamos la hipótesis de que ambos fragmentos provienen del mismo proyectil, eliminando la posibilidad de cualquier duda razonable bajo un nivel de confianza dado: 95, 99, 99,9

por ciento. La prueba consiste en calcular una cantidad que llamaremos t y compararla con un valor ya establecido por la teoría estadística:

Nivel de confianza	t calculada	t predicha (2)	hipótesis
95 por ciento	4,97	2,365	rechazada
99 por ciento	4,97	3,355	rechazada
99,9 por ciento	4,97	5,041	aceptada

De acuerdo con los resultados la hipótesis se acepta bajo un nivel de confianza del 99,9 por ciento, pero se rechaza bajo los niveles de confianza de 95 y 99 por ciento. La aparente contradicción se aclara si consideramos que este nivel es una medida de la confianza del analista en sus métodos y procedimientos de análisis. Este tipo de conclusión nos muestra que los criterios estadísticos no son más que eso: criterios. No nos pueden decir con absoluta certeza si un resultado es absolutamente válido o no. Solamente podemos dar la probabilidad de que sea válido, basándose en las hipótesis fundamentales de interpretación del resultado de un análisis: primero, que el mismo tiene incertidumbre, segundo, que el valor absoluto de cualquier propiedad característica no es medible, y tercero, que la pequeña muestra con la que podemos humanamente trabajar es estadísticamente representativa.

Otro ejemplo: para meditar.

Un fiscal de juicio usó como su principal prueba la presencia de pequeños fragmentos de vidrio, que se encontraron en las ropas del acusado, y los

que se suponía eran idénticos en composición química a los de un cristal poco común que se encontraba formando parte de una ventana quebrada durante el crimen.

El resultado del análisis químico realizado para cinco elementos, y por triplicado, fue el que se muestra a continuación:

Elemento	Concentración (ppm)		Desviación estándar
	ropas	ventana	
Arsénico	1290	1090	95
Cobalto	0,45	0,60	0,17
Lantano	3,92	3,61	0,09
Antimonio	2,75	1,50	1,46
Torio	0,61	0,81	0,08

¿Con base en este informe podrá el abogado defensor alegar duda razonable en favor del acusado? ¿Es adecuado un nivel de confianza del 99 por ciento?

El lector tiene la palabra.

BIBLIOGRAFIA

1—V.P. Guin, *Analytical Chemistry*, 51, 484A, (1979).

1—B. Ostle, *Estadística Aplicada*, Limusa, México D.F., 1979.
