

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 105

Septiembre 2012

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

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas 5

DEFENSA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA EN COSTA RICA

Dr. Fernando Zamora Castellanos 11

LOS CONTRATOS ILEGALES E INMORALES EN EL DERECHO CIVIL ALEMÁN

M.Sc. Yuri López Casal 23

LOS ORDENAMIENTOS NORMATIVOS INDÍGENAS DE HONDURAS

Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell..... 35

EL DELITO DE DAÑOS EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Dr. Álvaro Burgos 81

PROYECTO DE LEY

Adición de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393,
y derogación del inciso 2) del artículo 229, del código penal, ley n.º 4573,
de 4 de mayo de 1970, y sus reformas 101

EL DELITO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER, DERECHO DE LOS VENCEDORES Y LA MEMORIA HISTÓRICA EN WALTER BENJAMIN

Lic. Alonso Salazar 107

PRINCIPALES PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Lic. Luis Albán Arias Sosa. 125

LA IMPUTACIÓN PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LAS SEDES CIVIL Y PENAL

Lic. Javier Lisandro Madrigal Navarro 135

LAS NUEVAS FUENTES DE LA LEX MERCATORIA

Licda. Karen Castro Montero..... 153

EL CONCEPTO DE HACIENDA DESDE LAS CIENCIAS ECONÓMICAS Y EL DERECHO MERCANTIL

Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón..... 183

¿ES NECESARIO LA CREACIÓN DE UN CÓDIGO DE ÉTICA NOTARIAL EN COSTA RICA?

Licda. Irina Sibaja López 201

Reseñas bibliográficas:

**ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo,
DERECHO AGRARIO, Juruá, Curitiba.**

**ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, INTRODUCCIÓN AL DERECHO AGRARIO,
Contemporánea, San José.**

Dr. Román Duque Corredor.....217

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Al llegar a sus treinta y seis años de existencia, la Revista Judicial presenta trabajos sobre Derecho Constitucional, Derecho de Contratos, Historia del Derecho, Derecho Penal, Criminología, Derecho Laboral, Derecho de Daños, Lex Mercatoria, Derecho Comercial y Derecho Notarial.

En el Derecho costarricense, la vida es el valor supremo, sin el cual no podría hablarse de honor, imagen, salud ni de cualquiera de los valores fundamentales de la personalidad. Este valor, en nuestra opinión, en el caso del embrión humano está por encima de los llamados derechos reproductivos. Sobre este tema central presentamos DEFENSA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA EN COSTA RICA, gracias al aporte de Don Fernando Zamora Castellanos, autor de diversas obras jurídicas, Doctor en Derecho Constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en Derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT, Summa Cum Laude. Máster en Teología de la California Latin University of Theology. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias, entre ellas, en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica, hoy Ulatina. Expresa que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en Costa Rica el derecho a la vida es la proyección del valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Junto al valor de la vida humana, nuestro sistema constitucional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral. Nos recuerda que en defensa de la vida humana, el ordenamiento jurídico de nuestro país la tutela desde la concepción que, en mi criterio, coincide con la fecundación (momento en que se determina el programa genético del nuevo ser humano) de conformidad con la Convención de Derechos del Niño, según la cual, es niño el concebido.

En el campo del orden público, tenemos la fortuna de contar, una vez más, con el aporte científico de don Yuri López Casal, Máster en Derecho Civil de la Ruprecht Karls-Universität, Heidelberg (Alemania), esta vez con LOS CONTRATOS ILEGALES E INMORALES EN EL DERECHO CIVIL ALEMÁN. El autor nos explica que en contraposición con lo que sucede en los Ordenamientos jurídicos creados con base en el Código Civil francés, en Alemania la causa no es un elemento esencial funcional del contrato en particular ni del negocio jurídico en general.

De este modo, la divergencia de la programación de intereses (es decir, del contrato) con el bloque de legalidad o con las buenas costumbres no se explica ni se regula en relación con el tema de la causa del negocio jurídico, sino que el Código Civil alemán (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch) contiene dos normas generales (los parágrafos 134 y 138), aplicables a todo tipo de negocio jurídico, las cuales sancionan con la nulidad absoluta cualquier acto o contrato que sea contrario a la ley (gesetzliches Verbot) o a las buenas costumbres (Verstoß gegen die guten Sitten). El Máster López Casal estudia aquí los contratos ilegales y los casos en los cuales se presenta una desproporción entre la prestación y la contraprestación del negocio jurídico; también nos proporciona ejemplos concretos y delimita los efectos jurídicos de los negocios inmorales.

El Catedrático de la Universidad de Costa Rica, Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell, Premio Cleto González Víquez de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, colabora con LOS ORDENAMIENTOS NORMATIVOS INDÍGENAS DE HONDURAS. Nos ofrece una caracterización general de los Derechos de los pueblos indígenas de Honduras, en particular de la cultura maya y nos proporciona las fuentes para su conocimiento. Se refiere a las disposiciones sobre su organización política, a su sistema administrativo, a los mecanismos judiciales, al Derecho de Familia, a la propiedad, al comercio y a su sistema penal. Seguidamente, en relación con la época de la conquista, se refiere a los Lencas, comentando los diversos modos de organización jurídica. También estudia las normas del Área Intermedia de Honduras, de influencia chibcha. Sobre la época absolutista nos comenta que el dominio castellano produjo grandes y muy negativos cambios en la vida de las sociedades indígenas hondureñas, cuyas formas culturales propias empezaron gradualmente a desaparecer. Decenas de miles de indígenas de Honduras fueron ilegalmente enviados como esclavos a las Antillas y a Sudamérica. Finalmente, se refiere a los sistemas indígenas contemporáneos y, en especial, a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han reconocido la vigencia de los sistemas normativos indígenas, en el ámbito de la comunidad respectiva, por encima de las disposiciones del Derecho estatal. En sus conclusiones, afirma que es importante es que las facultades y escuelas de Derecho consideren el tema de los sistemas normativos indígenas en los programas de los cursos especialmente relacionados con los derechos de los indígenas, como Derecho Constitucional o Derecho Agrario y, eventualmente, en otros tales como Derecho Penal, Derecho de Familia, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal. Adoptar visiones más amplias que las tradicionales puede contribuir a afianzar el reconocimiento de la diversidad cultural y jurídica de Honduras.

Don Álvaro Burgos, Profesor de la Universidad de Costa Rica, participa nuevamente con EL DELITO DE DAÑOS EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE. El autor es Dr. Derecho Penal

y Criminología de la U. de Málaga y la U. Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José. Nos presenta su concepto del delito de daños, nos remonta a sus orígenes en el Derecho Romano y delimita la normativa de diverso rango que lo regula. Determina el bien jurídico protegido, así como los sujetos activo y pasivo. Describe la acción y el resultado y nos habla también de la tentativa y los elementos de este delito. También, trata el tema del concurso y los supuestos de daño agravado, sin dejar de lado el examen del proyecto de Ley que actualmente se encuentra en la Asamblea Legislativa.

El Profesor de la Universidad de Costa Rica, Lic. Alonso Salazar, nos ofrece EL DELITO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin. Su trabajo se fundamenta en el concepto de “memoria” de Walter Benjamin y sus tesis sobre el concepto de la historia. El autor logra, por medio de un análisis de algunas de estas tesis, una delimitación del concepto de delito como manifestación de poder del Estado, concibiendo el proceso de formación de la ley y del delito mismo, desde la perspectiva de los vencedores. No se ocupa el trabajo en general de todas las tesis del concepto de la historia de Walter Benjamin, sino únicamente de las denominadas tesis VIII, IX y X. Nos habla de salirnos de los marcos estrechos que nos fijaba la tradicional denominación de criminología, que nos mantiene dentro del círculo vicioso que consiste en seguir discutiendo sobre el objeto y el método que determinarían el carácter científico de la disciplina, apegada a la ideología penal que da origen a su existencia y condiciona su contenido; para denominar “sociología del control penal” al estudio de todas aquellas instancias, instrumentos, categorías y momentos sólo previstos por las normas jurídico-penales que promueven la legitimación del orden, pero no ya en su dimensión dogmática, sino en aquella dialéctica que pretende demostrar cuáles son los intereses socio-culturales y político-económicos que, articulados en el sistema de producción, están en su génesis, desarrollo y aplicación.

El Lic. Luis Albán Arias Sosa, Profesor de la Universidad de Costa Rica, nos brinda PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL. Se refiere el autor a los que, en su opinión, son los fundamentales en esta rama. Se propone como objetivos de este trabajo distinguir “principio jurídico” de sus aplicaciones usuales y estudiar, con un enfoque tripartito, algunos de los principios iuslaboralistas más importantes. Indique los principios cumplen tres funciones básicas: informadora, normativa e interpretativa. El principios proteccionista

esencial está integrado, el principio protector, por tres manifestaciones o reglas: in dubio pro operario, aplicación de la norma más favorable y condición más beneficiosa.

Del Licenciado Javier Lisandro Madrigal Navarro presentamos LA IMPUTACIÓN PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LAS SEDES CIVIL Y PENAL. Este material fue elaborado como parte del Curso de Medicina Legal de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica impartido por el Profesor Dr. Franz Vega Zúñiga. En su criterio, el derecho penal es inadecuado para resolver asuntos de poca gravedad, pues una sanción de pena privativa de libertad podría producir un daño social mayor que la reparación pretendida por la misma víctima, esto por cuanto además del mal ocasionado por un delito de poca gravedad, vamos a tener que sumar el mal causado al ofensor con una pena que en este caso no va a cumplir su papel de readaptación a la sociedad, y con la posibilidad de que el internamiento genere en el privado de libertad una cultura de desadaptación, cuando pudo haberse evitado mediante la utilización de otros instrumentos de carácter constructivo que permitieran no solo la compensación de la culpabilidad del ofensor, sino también una reparación socialmente constructiva, cosa que no puede lograr el mal impuesto con la pena. Por esa razón la respuesta puede estar fuera del proceso penal, pues una utilización de sus instrumentos para lograr objetivos materiales, esto es, por encima de la dignidad de la persona humana, pueden ser tan perversos como la misma inexistencia de posibilidades para que las personas obtengan una justa solución a sus problemas.

LAS NUEVAS FUENTES DE LA LEX MERCATORIA, es el tema que trata la Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, Licda. Karen Castro Montero. Para la autora, la nueva Lex mercatoria posee características que la distinguen del derecho estatal que la convierten en la regulación más adecuada para la ordenación del comercio. La propia experiencia les ha dado la razón a los juristas quienes han alzado la voz y han hecho ver que con la dinámica actual del comercio, tanto nacional como internacional, el derecho estatal se ve como una máquina oxidada que es incapaz de funcionar adecuadamente y brindar las soluciones inmediatas a las diversas situaciones del comercio. El objetivo de su trabajo es realizar un análisis de los aspectos generales que definen a la nueva Lex mercatoria, así como de las principales fuentes, entre las cuales se encuentran los INCOTERMS y las Reglas York Amberes 2004, en materia de avería gruesa.

La Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón, Abogada y Contadora Pública Autorizada, Especialista en Administración Pública y Máster en Gestión Pública colabora con EL CONCEPTO DE HACIENDA DESDE LAS CIENCIAS ECONÓMICAS Y EL DERECHO MERCANTIL. Nos explica que la figura de la Hacienda para la empresa se encuentra regulada por el derecho

mercantil como el conjunto de bienes, derechos, recursos, obligaciones y compromisos que posee la empresa para llevar a cabo su actividad lucrativa. La Hacienda como la globalidad de los elementos integrantes de la empresa según nuestro ordenamiento jurídico, posee una vinculación directa con los instrumentos propios de las ciencias económicas.

¿ES NECESARIO LA CREACIÓN DE UN CÓDIGO DE ÉTICA NOTARIAL EN COSTA RICA? es la cuestión que aborda la Licda. Irina Sibaja López, abogada y Profesora de Sociología en la Universidad de Costa Rica. La autora, una vez realizado el repaso de los temas éticos, morales y deontológicos, afirma que la existencia de un Código que rija la materia del Notariado en nuestro país, se hace cada vez más necesaria. Aún cuando se concluye que muchos de los principios éticos y la organización que presentan otros países, están cubiertos por nuestro ordenamiento jurídico. La Licenciada Sibaja considera necesario redactar un nuevo Código de Ética que cubra la profesión del Notario, pues en este momento solamente existe del Código de Ética de los Abogados. Si bien es cierto que la Dirección Nacional de Notariado ha creado los lineamientos del ejercicio de la profesión del Notario, en donde se mencionan los principios éticos, es necesario que un cuerpo colegiado administre en forma uniforme el quehacer de este profesional, concluye.

Ofrecemos finalmente dos reseñas bibliográficas acerca de dos recientes obras del Dr. Ricardo Zeledón Zeledón sobre Derecho Agrario Contemporáneo, a cargo del Dr. Román Duque Corredor.

DEFENSA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA EN COSTA RICA

*Dr. Fernando Zamora Castellanos**

En Costa Rica el Principio constitucional de inviolabilidad de la vida humana tiene su base constitucional en los artículos 21, 48 y 40 de nuestra Carta Magna. Este ideal, tantas veces violentado a través de la historia del hombre, abreva sin embargo en el ideal judeocristiano de la dignidad humana y posteriormente sobre el desarrollo doctrinario del derecho natural del hombre a que el poder respete y garantice, en su territorio de influencia, la vida humana.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en Costa Rica el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia

posible. Junto al valor de la vida humana, nuestro sistema constitucional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral.¹

La preeminencia del derecho a la vida en Costa Rica resulta claro del voto constitucional 4423-93 el cual determina:

“el derecho a la vida, ya que, sin duda alguna, la vida es el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia de la persona humana; es inherente a la persona humana. De ello se deriva el principio de la inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y el Estado

* Doctor en derecho constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Summa Cum Laude. Master en Teología de la California Latin University of Theology. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca su docencia en la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica hoy Ulatina. Autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) Principios de interpretación procesal legislativa costarricense (Editorial Juricentro 1998) y Los ideales constitucionales costarricenses (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) El origen del ideal constitucional 2011. Nominado al Premio Ulises Odio Santos de la Corte por sus obras jurídicas, según acuerdo de la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial No. 05-03 del 10 de Noviembre del 2003. Ha sido directivo bancario y asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Abogado litigante, notario público y consultor jurídico con extensa experiencia.

¹ Al respecto ver voto 972-90 de la Sala Constitucional de Costa Rica

su protección. Es el más elemental y fundamental de los derechos humanos y del cual se despliegan todos los demás.”²

Es conocido el hecho de que este derecho tan consagrado por la legislación internacional de los derechos humanos, es continuamente violentado en el mundo, aún por naciones, reconocidas mundialmente como supuestas paladines de la civilidad, pero que conservan aún prácticas atávicas como la pena de muerte para sancionar determinados delitos.

Nuestro ordenamiento establece expresamente la inviolabilidad de la vida humana. Esto obliga al Estado costarricense a protegerla por todos los medios jurídicos y constitucionales a su alcance. A manera de ejemplo y solo para ilustrar lo que afirmo, es esta razón por la cual, no existe posibilidad para el Estado de implantar la pena de muerte sin violentar este ideal consagrado en nuestra ley fundamental. Aún más, nuestra Constitución establece mecanismos para garantizar el respeto, por parte del estado, de la vida y la integridad física de los individuos, como lo es el recurso de habeas corpus, que garantiza la integridad física de los individuos. Así esta integridad vital, se entiende necesariamente en el sentido lato del término, lo que incluye, no solo el respeto a la vida como tal, sino también a la integridad física y mental del individuo, con lo cual este

principio alcanza a proteger a la persona contra la tortura física o psicológica.

La protección constitucional de la vida es un bien jurídico superior, y está por encima de la posibilidad de ampliar nuestro núcleo familiar. El derecho positivo es producto de la cultura, pero tiene su razón de ser en función de objetivos morales. Aunque existen otros como el bien común, el principal de ellos es la justicia. Tal y como ha afirmado Robert P. George³ con lo anterior no se afirma que el derecho sea absolutamente justo, -pues todo sistema jurídico contiene elementos de injusticia-, sino que es necesario que exista una base mínima de criterios morales para que exista un orden jurídico que se precie de auténtico. En el núcleo de la discusión sobre la terapia de la fecundación in Vitro, -en la cual indudablemente deben eliminarse múltiples embriones aunque algunos comercialmente interesados lo nieguen-, la cuestión esencial que debe ser contestada es: ¿quién o qué es un embrión humano y qué le debe a él, nuestro sistema jurídico? Esto no se trata simplemente de un debate teológico ni religioso, como algunos pretenden hacerlo ver. No es necesario apelar a una doctrina sobre la infusión del alma, ni preguntarse si los seres humanos somos o no seres espirituales, para determinar si el embrión es o no ser humano y por tanto acreedor de valor y dignidad implícitas. Para resolver este debate basta la luz que ofrece la

prueba científica y el derecho. La aplicación de principios jurídicos a la luz de hechos demostrados por la ciencia embriológica debe ser suficiente para el cometido. De acuerdo a la ciencia moderna, se infiere que el embrión es un ser humano que se encuentra en fase primigenia de desarrollo. Podría ser el mismo ser humano que es quien lee este escrito, con la única diferencia de que se encuentra en una etapa anterior de vida y desarrollo. En el caso de un lector adulto, es tan ser humano hoy, como lo fue cuando era sucesivamente muchacho, niño, bebe, feto y embrión. Y que lo será cuando sea anciano. Miembro integral de nuestra especie. Si bien es cierto entonces nuestro desarrollo era todavía potencial, cuando embriones ya éramos organismos integrales y diferentes. No éramos una simple parte de otro organismo. De conformidad con la prueba científica, salvo el caso de que el embrión se encuentre seriamente afectado, o se le prive de las condiciones apropiadas, un ser humano en su estado embrionario crece dirigiendo su propio funcionamiento orgánico, y de conformidad con la misma información genética que por sí solo ya contiene. Su organismo dirige intrínsecamente esa misma continuidad ininterrumpida llamada vida. La fase de embrión, -como lo es la de feto, niño, joven, adulto o anciano-, es simplemente un estadio de desarrollo, es simplemente lo que es, una etapa. No nos referimos a un ente diferente que no sea ser

humano, sino simplemente éste en una de sus etapas. Los textos científicos se refieren a esa fase, reconociendo que en ella ya el organismo está controlado y dirigido desde dentro, o sea, por sí mismo. Ahora bien, si el embrión humano no es organismo humano total y diferenciado, y por tanto acreedor del deber de protección por parte del sistema constitucional, entonces ¿qué es? Hay quienes afirman que es una forma intermedia y que será organismo humano integral pero sin serlo aún. Sin embargo, una vez que el embrión existe, no ocurre ningún factor o conjunto de factores, ni elemento ajeno a él que produzca un organismo novedoso. Así las cosas, no cabe duda que el ser humano, en estado embrionario, lo es ya en el sentido biológico del término. Y si es así, ¿por qué razón el sistema constitucional no le debe respeto moral? Negarle ese respeto por el solo hecho de que se encuentra en una fase de su desarrollo, necesariamente implica la presunción de que no todos los seres humanos lo merecen.⁴ No olvidemos que a lo que nos referimos, es a la posibilidad de considerar lícito el acabar con múltiples seres humanos en una de sus etapas de desarrollo y en función exclusiva del beneficio individual. El negar que los seres humanos en su estado primigenio de existencia, valgan y tengan dignidad por sí mismos, implicaría necesariamente afirmar que nuestro valor depende de facultades o capacidades adicionales. Es regresar a los

² Voto 4423-93. Jurisprudencia de la Sala Constitucional. Ediciones Jiménez y Tanzi.

³ George.Robert.P. Entre el derecho y la moral. Grupo Editorial Ibañez.2009.

⁴ George.Robert.P..Ob.cit.

tiempos preconstitucionales. Volver al mundo precristiano, en el que la igualdad inherente no se concebía, pues entonces el hombre valía de acuerdo a su potencia. Lo grave es que en el caso de los seres humanos en su fase de bebe, feto, o embrión, si bien no tienen plenamente desarrolladas sus capacidades, -por la clase de ente que son las poseen de forma radical o en su raíz. Recordemos que todas nuestras capacidades han sido originalmente potenciales. De ahí que el ordenamiento constitucional reconoce nuestros derechos no solo por la posibilidad inmediata de ejercerlos, sino también por el potencial de llegar a hacerlo. De hecho, más por la potencialidad del ser humano que por la inmediatez de nuestra capacidad, es que tenemos dignidad inherente y somos fines en nosotros mismos, y no meros objetos. La capacidad de derecho, considerada en abstracto, como atributo de la personalidad que es, reúne los caracteres de fundamental en tanto contiene potencialmente todos los derechos de que el hombre puede ser sujeto y en los cuales se traduce la capacidad), una, indivisible, irreductible, y esencialmente igual para todos los hombres. Sabemos que por el hecho de que un bebe de un mes de nacido no tenga la inmediata capacidad del pleno ejercicio de sus facultades, no por ello deja de ser pleno acreedor de respeto moral y constitucional. Y tanto respeto como lo tiene un joven que ya desarrolló con mucha mayor potencia sus facultades. Así, una diferencia puramente cuantitativa, -como lo es el menor desarrollo de una capacidad natural-

no puede convertirse jamás en justificación para tratar con tal grado de desigualdad a los seres humanos. Esta perspectiva del análisis debe considerarse en el tema de la fertilización in Vitro. Inaceptables son las presiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que pretende una condena al país dictando juicio absoluto sobre este tema. Aunque inusual frente a la práctica internacional, la posición de la Sala Constitucional al respecto fue valiente. Pero igual de inusual fue ante el mundo la disposición de Costa Rica de abolir su ejército en 1949. Y al fin y al cabo, el tiempo dio la razón al país. Aunado a lo anterior, amerita advertir una observación que no ha sido atendida hasta hoy, y es que desde una perspectiva constitucional, tratándose de legislación que afecta la vida humana, un cambio de esta naturaleza requeriría la reforma de nuestro artículo 21 de la Constitución Política, mediante un procedimiento legislativo agravado.

Desde su infancia histórica, Costa Rica se ha caracterizado como una nación celosa del derecho a la vida. Tanto del derecho a la vida del nacido como del concebido aún sin nacer. Por ello, no es casualidad que nuestro país estuviese entre los cinco primeros países del mundo que abolieron la pena de muerte para toda clase de delitos.

Defensa de la vida por nuestra proscripción de la pena de muerte.

De previo a analizar cómo es que Costa Rica ha defendido la vida del no nacido, es

importante hacer referencia a esa tradición costarricense de defensa de la vida en general, a través de la proscripción de la pena de muerte.

En Costa Rica durante el siglo XIX prevaleció la legislación de Indias que era el conjunto de leyes especiales para los pueblos indoespañoles. En dicho conjunto normativo al igual que en las leyes comunes españolas se establecía la pena de muerte, por lo que en Costa Rica dicha pena estaba instituida desde su independencia.

La historia costarricense reconoce en Tomás Guardia a estadista que da verdadero impulso a la defensa de la vida. Desde el momento en que asume el control de la nación, fue un vigoroso promotor de la abolición de la pena de muerte. Pese a ser un militar de carrera, el General Guardia Gutierrez, -como la gran mayoría de los estadistas costarricenses a partir de entonces-, se convirtió en un insigne defensor de la vida humana.

Tal y como ilustra Carmen Lila Gómez⁵ los diputados José Pinto, Manuel A. Bonilla, Manuel Moreira, Antonio Sáenz, Ramón I. Cabezas, Cleto González Víquez y Francisco G. Brenes, aceptaron la intención del Ejecutivo controlado por Guardia y propusieron al Congreso Constitucional, el 29 de mayo de 1873, que se reformase el artículo 45 de la Constitución, ya que el Presidente

Guardia *“deseaba que se consignase desde luego, en nuestro Código Fundamental, la abolición de la pena de muerte, para cuando hubiese en el país establecimientos penales suficientes para la represión de los delitos, sin necesidad de ocurrir, en los atroces, a aquella extrema pena...”*

El general Guardia en su Mensaje al Congreso Constitucional el 1 de mayo de 1876, sostuvo:

“Desde el principio de mi Administración, proclamé como un principio de mi conducta el respeto a la vida humana. Me horroriza el pensar en la ejecución de una pena que priva a la sociedad de un miembro susceptible de corrección, arroja a una familia en la orfandad, en la desesperación y acaso en la miseria, y que en caso de un error jamás puede repararse. Movido por estos sentimientos, elevé una exposición a la Asamblea Constituyente de 1871, manifestándole la conveniencia de suprimir de nuestro Código Fundamental esa horrible pena. Ya la Constitución estaba decretada; y mi exposición no pudo considerarse. Pero yo he sido consecuentemente con mi principio, y siempre que ha ocurrido el caso, he hecho uso de la facultad de hacer gracia que la misma Constitución del Poder Ejecutivo. Es para mí motivo de justa satisfacción el que durante el período de cerca de seis años que he ejercido el Poder Supremo en Costa Rica,

5 Gómez, Carmen Lila. La Pena de muerte en Costa Rica durante el Siglo XIX. Editorial CR. 1985.

ni una sola gota de sangre ha salpicado mi administración".⁶

El 24 de setiembre de 1877, se organizó un Consejo Nacional al que se le confirió funciones legislativas, -entre otras prerrogativas-, y que el 18 de octubre promulgó un decreto que instituye:

"La vida de los habitantes de Costa Rica es inviolable".

En razón de este ideal se estableció legislación en su defensa mediante un cuerpo normativo de garantías que fue publicado en la Gaceta oficial de Costa Rica del 31 de octubre del año 1877.

Desde ese momento quedó en nuestro país totalmente proscrita la pena capital. A criterio de la historiadora aludida⁷, la propaganda que estos ciudadanos y muchos más hicieron en Costa Rica por largos años a favor de supresión del patíbulo y el hecho de que, -en realidad-, en el país la pena capital se había aplicado relativamente en pocas ocasiones, hizo que en la mayoría del pueblo costarricense tuvieran fuerza esta idea y se consolidara un criterio general, con rarísimas excepciones, sobre la conveniencia de hacer desaparecer para siempre la terrible pena capital. De ahí que el entonces Secretario de la Cartera de Justicia

del año 1880, sostuviera: *"En la legislación penal justo es decirlo, hemos llegado al supremo grado de mejoramiento, al que ha sido posible llegar a las Naciones más cultas del Globo a la solución del gran problema de castigar sin envilecer y de corregir sin depresión de la dignidad humana: el sistema penal que hemos adoptado, tiene por objeto la enmienda, no la venganza"*.

Esta vocación en pro de la defensa de la vida estaba ya arraigada en la sociedad costarricense del Siglo XIX. De ahí que los costarricenses censuraran enérgicamente los fusilamientos masivos ordenados en Guatemala por Justo Rufino Barrios, acaecidos en el año 1877 con ocasión del descubrimiento de una conspiración contra ese gobierno centroamericano.

Dicha censura resulta evidente de un comunicado emitido por el entonces Expresidente de la República -y al mismo tiempo Canciller costarricense-, Dr. José María Castro Madriz quien comunica a sus subalternos en las sedes diplomáticas del extranjero su contundente condena de la pena de muerte y de todo atentado contra la dignidad y vida de los seres humanos. Merece ser recordada como una página decorosa de la tradición costarricense por la defensa de la vida:

"Estos acontecimientos en tanto más dolorosos al pueblo Costarricense y su gabinete, cuanto que ha sido una República hermana el teatro de ellos, y un gobierno amigo el que, contra sus nobles instintos, se ha lanzado en la tenebrosa senda de los fusilamientos de Estado.

Mas de diecisiete años ha que esto no se ve en Costa Rica, y que al través de una dilatada serie de conspiraciones de todo carácter, se ha estado firmemente respetando la existencia humana. Fresco está el hecho en que este respeto se llevó al extremo de romper con la ley escrita, y aún con el imperio preciso de la disciplina militar: la vida del cabo de guardia que auxilió el cruento asalto del 29 de julio último, se conserva; y esa vida está señalando, a qué altura llegan la filantropía de esta sociedad, y los sentimientos magnánimos de su actual gobernante.

Este quiso en seguida, que lo que ya estaba en el terreno de los hechos, pasase de los dogmas legislativos; éste propuso al Supremo Consejo Nacional la inviolabilidad absoluta de la vida humana, como lo había antes propuesto a la Constituyente de 1871; y de él procede, que semejante principio de la avanzada civilización del siglo, fulgure entre los fundamentales que hoy día rigen los destinos de este país.

Ninguna garantía hay con más títulos que esa, para ocupar el primer lugar entre las que componen en admirable combinación, lo que

puede llamarse el organismo democrático republicano. Ella, es no sólo el derecho del ciudadano, sino aún, el derecho de Dios, autoridad altísima, a la que parece reservada la facultad de introducir en los días del hombre, el pavoroso misterio de la muerte; ella, quebrantando el cadalso y poniendo los pueblos fuera de su silueta sombría, anuncia la buena nueva de la fraternidad universal; ella en una palabra, limpia la ley de las manchas de sangre, que no pueden menos de turbar su majestad, para todo corazón generoso. Un gran pensador advirtió, Jesucristo: ese sublime condenado a muerte, abolió al soportarlo un suplicio que puede ir envuelto en errores, y por el cual, la ley humana enclavó en afrentoso madero la ley divina, para memorable enseñanza del porvenir.

Todas estas consideraciones son más aplicables cuando se trata de delitos contra el Estado, que suelen castigarse con la muerte, habiendo tantas otras penas, que sin ser de imposible reparación, producen el efecto esencial de corregir, y son de mayor eficacia para encadenar los atentados políticos.

En esta materia es más débil y vacilante la escasa luz de que disponemos los hombres cuando nos constituimos en jueces de los demás. Llámese crimen al error, y aún a la verdad, cuando no recogen las palmas de la victoria; con cambiante criterio, que ondeen al capricho de la fortuna, se corona de laureles la cabeza que hubiera segado ayer la inexorable cuchilla; y después de todo,

⁶ Guardia Gutierrez, Tomás. Mensaje al Congreso Constitucional el 1 de mayo de 1876

⁷ Gómez, Carmen Lila. Ob.cit.

se incurre con frecuencia en el absurdo de pretender el triunfo de puras e inmaculadas ideas, por el intermedio de procedimientos que la vulneran, enviando vapores de sangre a la brillante aureola que les sirve de dosel y de diadema.

Suele decirse que pecan de abstractas estas saludables máximas; suele atribuírseles un carácter exclusivamente teórico; suele prescindirse de ellas, como de generosos delirios, para buscar ideal más práctico y que más se acuerde con las miserias de la realidad.

Más de un pueblo, y Costa Rica pudiera servir de ejemplo, tiene demostrada, con larga experiencia, la practicabilidad de la eminente garantía, ahogada tantas veces en los charcos de inútiles patíbulos.

La Historia dice que desde el Circo Romano, en que se arrojaban los primeros cristianos a las fieras, hasta la noche de San Bartolomé, ése que arcabuceó a los hugonotes, la espada ha sido siempre importante para despedazar las ideas. La Historia dice que ni María Tudor devoró el protestantismo con la llama de sus hogueras, ni extinguió Isabel de Inglaterra la creencia católica, con el hierro de sus verdugos; la Historia dice, que la lengua del primer hombre que gritó en las calles de París "Viva el Municipio", fue arrancada por sentencia de la ley; y que llegó un momento, en que el Municipio de París arrojó, bajo el hacha de su venganza todos los poderes seculares de la Nación. Y no se

entienda a que solo la verdad escapa ilesa de la persecución y del tormento, porque esto fuera lamentable extravío: católicos y herejes, republicanos y monárquicos, filósofos y fanáticos, hombres de la idea por venir, todos los que han soportado el martirio, todos los que han padecido por su fe, todos los que por su ideal, se quebrantaron y murieron, levantaron con el tormento su dogma, y lo convirtieron en la bandera de una adoración. El patíbulo es siempre un pedestal; en el patíbulo no perece ninguna idea, y cuando los errores, a pesar la grandeza de su martirio, se desvanecen o se ahuyentan al empuje irresistible de la discusión; en esta batalla, incruenta de luz contra las tinieblas, la verdad sin solio y sin espada, sin privilegios heredados y sin hierro homicida, tiene que vencer para que se cumpla la ley de la Providencia sobre la Tierra.

Todo eso dice la Historia, y lo mismo dicen los anales de la América Central. Sus patíbulos no han consolidado jamás ningunas instituciones, ningún gobierno, ninguna doctrina; sus patíbulos no han hecho más que encarnar odios, inveterar venganzas, sustituir a la entereza del ciudadano, la abyección alevosa del esclavo; a la verdad y la franqueza, la simulación y el engaño: a la hidalguía, la ruindad; a la dignidad, la bajeza y en una palabra, a la moralidad, la corrupción; sus patíbulos, en fin, han sido los primeros en falsear el edificio social y en derribar solios presidenciales, tachados sólo de un rigor extremo, sin cuyo defecto

hubiera hecho la felicidad de sus naciones. Y mientras tal ha sido el resultado de sus patíbulos aquellos anales nos están también diciendo, que el que un día es su mejor sostén, o gobernante, de quien la patria reporta grandes bienes.

S.E. El General Presidente de Costa Rica, íntimamente convencido de estas verdades, tan concordantes con los sentimientos, que forman su carácter personal, lo está también, de que los actos de cualquiera otro de los Gobiernos de las Repúblicas hermanas, no figuran en la consideración de las naciones extranjeras, sino como actos de la América Central, afectando el nombre de todos los gobiernos en ella establecido.

Y no falta para esto razón; esas naciones saben, que los pueblos del centro de este continente tienen un mismo origen, una misma sangre, una misma lengua, unas mismas necesidades, unas mismas costumbres; saben que juntos soportaron la condición colonial como partes integrantes de un Virreinato, que juntos se emanciparon; que juntos, bajo una sola bandera, sufrieron por cerca de cuatro lustros la lucha de lo decrepito con lo naciente, y los errores inevitables de la adolescencia en sus primeros pasos bajo el sol de la libertad; saben que los intereses del otro, y que esos intereses son grandes, vitales, perdurables; saben que las familias de aquél están enlazadas con las de éste, y que esos enlaces se aumentan más y más

cada día; saben, en fin, que las diversas autonomías Centro Americanas de hoy, no fueron más que una sola ayer y que no serán más que una sola y para siempre, mañana.

De aquí la solidaridad, de aquí esta responsabilidad moral en cuya virtud el pueblo costarricense quiere y ha pedido que su Gobierno la levante a impulso de su propio espíritu y de la voluntad expresa de su comitente; pero la levanta no para intervenir en asuntos que son de la incumbencia de otro, no para hacer inculpaciones de ningún genero la levanta tan sólo para que no se le impute equiescencia, y la levanta.

Declarando:

Que imprueba como debe improbar, y deplora como debe deplorar, tanto la tentativa de conspiración verificada recientemente en Guatemala, como los fusilamientos ejecutados en los culpables de esa tentativa, cualquiera que hubiese sido la gravedad exacerbante de las causas que impulsaron al exterminio de tantas vidas..."⁸

El proceso de defensa constitucional de la vida se consolida mediante decreto del 26 de abril de 1882, mediante el cual cobra vigor nuevamente la Constitución de 1871 y se instituye, -ésta vez constitucionalmente-, dicho principio de inviolabilidad de la vida humana.

8 Gaceta oficial del 21 de diciembre de 1877. (en ob.cit. Gómez, Carmen Lila.)

Con ocasión del debate del proyecto constitucional redactado con la participación de Expresidentes de la República y que dio vida a la Constitución del 8 de junio de 1917, el tema de la pena de muerte y el de la inviolabilidad de la vida humana volvió a discutirse, conservándose plenamente vivo dicho principio constitucional de inviolabilidad de la vida.

Con el pasar de los años la tradición de defensa de la vida humana se consolidó definitivamente y nuestra actual Constitución Política, -promulgada en el año 1949-, mantiene incólume este caro ideal constitucional.

La defensa de la vida desde su concepción en Costa Rica.

En razón de la tradición costarricense de defensa de la vida humana, el ordenamiento jurídico de nuestro país defiende la vida humana desde su concepción.

Originalmente nuestro Código Civil determinaba que *“el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca y concebido trescientos días antes de su nacimiento.”* Por reforma posterior ocurrida a raíz de la promulgación del Código de Familia costarricense, hoy el artículo en examen expresa que la persona: *“... se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde trescientos días antes de su nacimiento”.*

Alberto Brenes Córdoba, egregio civilista costarricense de principios del Siglo XX, en su obra clásica Tratado de las Personas ilustra acerca de este ideal jurídico costarricense al afirmar

“...su nacimiento en las condiciones que el derecho exige, es lo que determina su personalidad. Pero aun antes de que la criatura nazca, ya la ley le extiende su protección en varios modos, entre los que se encuentran el erigir en delito el aborto maliciosamente provocado, y el reputarla nacida para todo lo que le aproveche, pues basta con que el ser concebido encierre el germen de la racionalidad, para que merezca de parte de las instituciones jurídicas, el apoyo que ha menester a fin de que pueda hacer su entrada a la vida libre y que ello se realice de modo favorable.

*Una de las aplicaciones del principio de que el feto se reputa nacido para todo lo que le aproveche, se acuerda en cuanto a la adquisición o conservación de la nacionalidad costarricense, en que ese principio es invocable por aquel a quien pudiera favorecer. (Art. 7 Ley de Extranjería y Naturalización)”*⁹

De ahí también que la sentencia # 101 de las 15 horas 15 minutos del 5 de octubre de 1955, del Tribunal de Casación determinó por mayoría, -en una situación específica de investigación de paternidad-, que la posesión notoria de estado puede producirse no solo después de nacido el hijo, sino también durante el período de gestación.

Y en función de este principio, es que el Código Civil costarricense, en su artículo 1400 establece la posibilidad al apenas concebido de recibir por donación. Esto significa que de acuerdo a dicho numeral, se da el caso de que la persona no nacida, tan solo concebida, -aún en su estado embrionario-,

ya es sujeta de derechos concretos como el de la posibilidad de recibir donaciones.¹⁰

Este principio de respeto a los derechos del no nacido y de respeto a la vida desde su concepción no es exclusivo de la tradición jurídica costarricense. Juristas de la estatura mundial de Marcel Planiol y Georges Ripert, la reconocen como un avance de la tradición jurídica occidental. En su Tratado Elemental de Derecho Civil establecen la clara posibilidad jurídica que le asiste a un padre, de reconocer a su hijo apenas concebido.¹¹

En esa misma línea de defensa de la vida, el artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, establece:

Derecho a la vida: La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.

Como vemos, del anterior precepto legal resulta claro que, desde el año 1998, el Estado costarricense se impuso, -como una de sus obligaciones jurídicas fundamentales-, garantizarle al recién concebido, condiciones dignas para su gestación. La única interpretación razonable de este principio es que el Estado costarricense pretende asegurar que no existan amenazas contra el nacimiento del concebido.

Esta vocación del Estado costarricense resulta evidente aún desde su temprana jurisprudencia constitucional. Contando con apenas unos meses de instaurado el Tribunal Constitucional costarricense, dicho Tribunal ya declaraba que:

“...En relación con el segundo de los problemas señalados al principio de este apartado, la Convención establece un derecho intrínseco a la vida del niño (artículo 6) que no es claro con respecto al período de vida anterior al nacimiento. Al mismo tiempo, introduce en su artículo 24, inciso f) una disposición ajena a los derechos del niño y su especial protección, cual es que los estados partes adoptarán las medidas apropiadas para desarrollar “la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”. Ambas normas deben entenderse e interpretarse en relación con los artículos 21 constitucional y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el principio de que la vida humana se protege desde la concepción, así como con lo expresado en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y citado en el Preámbulo de la Convención: “El niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”. POR TANTO:

Se evacua la consulta preceptiva en el sentido de que no hay objeción de constitucionalidad al texto de la Convención propuesta.... Que su

9 Brenes Cordoba, Alberto. Tratado de las Personas. 1933. Edición de la Editorial Costa Rica de 1974.

10 Código Civil de la República de Costa Rica. “Artículo 1400: Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación...” Editorial IJSA. 2001

11 Planiol Marcel, Ripert George. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor. México D.F. Edición 1981.

artículo 6 debe necesariamente interpretarse en el sentido de que esa protección abarca la del menor desde su concepción y que el inciso f) del artículo 24 excluye -como medios de planificación familiar- todos aquellos que pudieran tener carácter abortivo, ya que estarían en contraposición con lo dispuesto por el artículo 6...”¹²

La defensa de la vida en el derecho penal costarricense.

El sistema jurídico costarricense igualmente ejerce la defensa del derecho a la vida del no nacido, por la vía de su derecho penal.

La defensa de la vida del no nacido por la vía del derecho criminal se determina a través de la tipificación del delito de aborto, el cual sucede cuando se causa la muerte de un feto. Este tipo penal ofrece diversas gradualidades. El tipo criminal más grave sucede cuando el acto se comete sin el consentimiento de la mujer, -o si aún teniéndolo-, ésta es menor de quince años. El legislador consideró reducir el castigo si la madre ha consentido en la comisión del hecho delictivo. Igualmente en la figura del aborto procurado, la legislación costarricense castiga a la madre que procure su propio aborto, hasta con tres años de prisión. La única circunstancia en que la legislación costarricense justifica el aborto, sucede cuando éste debe realizarse con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por

otros medios. Si bien es cierto el aborto sin dolo o culposo tiene una pena muy reducida, la jurisprudencia lo ha distinguido claramente del homicidio culposo el cual se considera existe como tal si la muerte de la criatura sucede en el proceso de parto, entendido que es cuando el producto de la gestación ya ha adquirido la madurez necesaria para nacer. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense se ha inclinado por la tesis que lleva la protección jurídico penal al entender que -a efectos de determinar la calificación jurídica del hecho delictivo entre aborto culposo u homicidio culposo- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido la Sala aclaró que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior implica que en la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal, en dicha ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado -con la expulsión del claustro materno-, pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento.¹³

LOS CONTRATOS ILEGALES E INMORALES EN EL DERECHO CIVIL ALEMÁN

M.Sc. Yuri López Casal *

Introducción

En contraposición con lo que sucede en los Ordenamientos jurídicos creados con base en el Código Civil francés¹, en Alemania la causa no es un elemento esencial funcional del contrato en particular ni del negocio jurídico en general². De este modo, la divergencia de la programación de intereses (es decir, del contrato) con el bloque de legalidad o con las buenas costumbres no se explica ni se regula en relación con el tema de la causa del negocio jurídico, sino que el Código Civil alemán (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch) contiene dos normas generales (los parágrafos 134 y 138), aplicables a todo tipo de negocio jurídico, las cuales sancionan con la nulidad absoluta cualquier acto o contrato que sea contrario a la ley (gesetzliches Verbot) o a las buenas costumbres (Verstoß gegen die guten Sitten).

2. Los contratos ilegales (gesetzliches Verbot)

La primera norma general del Derecho Civil alemán que sanciona con nulidad absoluta

los negocios jurídicos que se oponen a leyes imperativas o prohibitivas es el parágrafo 134 BGB, que dice lo siguiente:

“§ 134 Gesetzliches Verbot. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

La traducción española de esa disposición normativa foránea es la siguiente:

§ 134 Prohibición legal. Un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo, salvo que de la ley se desprenda otra cosa.

La doctrina alemana³ considera que el § 134 BGB es una auténtica norma en blanco (Blankettgesetz)⁴, es decir, una disposición normativa que únicamente establece el efecto jurídico de la contradicción del negocio jurídico con la ley, pero la determinación de

¹² Voto 647-90. Sala Constitucional República de Costa Rica

¹³ Voto: 2005-01267. Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

* Máster en Derecho Civil de la Ruprecht Karls-Universität Heidelberg (Alemania)

¹ El artículo 1133 del Código Civil francés establece los tres supuestos en los cuales los contratos son absolutamente nulos por tener causa ilícita: a) Cuando son contrarios a la ley, es decir, cuando son contrarios a normas imperativas o prohibitivas; b) Cuando son contrarios al orden público y; c) Cuando contraríen las buenas costumbres.

² El Código Civil costarricense, creado con base en el Código Civil francés, sí establece la causa como elemento esencial funcional del contrato y de las obligaciones en general, según se desprende inequívocamente del artículo 627 inciso 3) del Código civil costarricense.

³ Al respecto ver Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 492, Rdnr. 12.

⁴ Sobre este tema puede consultarse Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seite 256.

los requisitos necesarios para que surja tal consecuencia jurídica debe buscarse en otras fuentes normativas.

3. Ámbito de aplicación del § 134 BGB

Se aplica el § 134 BGB en los casos de actos o contratos que, por ejemplo, pueden constituir un delito.

Ejemplo: Dos personas físicas celebran un contrato mediante el cual una de ellas se obliga a cooperar para cometer un delito de defraudación fiscal. Tal contrato sería absolutamente nulo con base en la norma bajo estudio.

Otra constelación de supuestos a los cuales les resulta aplicable el § 134 BGB son aquéllos en los cuales, dependiendo del sentido y finalidad de la norma prohibitiva, el acto o negocio jurídico puede considerarse como contrario a ese sentido y finalidad.

Ejemplo: El § 120 párrafo primero, oración segunda de la OWiG⁵ prohíbe la publicidad expresa de la prostitución. Por consiguiente, un eventual contrato celebrado entre un

proxeneta y el dueño o los dueños de un periódico cuyo objeto fuese la colocación, en el periódico, de un aviso en el cual, explícitamente, se brindara información para contactar y contratar prostitutas es, según el BGH (Bundesgerichtshof, Tribunal de Casación federal alemán), absolutamente nulo con base en el § 134 BGB⁶.

Por el contrario, no se aplica el § 134 BGB en aquellos casos en los cuales hubiese una norma de un código o de una ley especial que estableciera claramente las consecuencias jurídicas de la transgresión del negocio jurídico con tales normas.

Finalmente, debe tenerse presente que no toda norma que imponga una determinada obligación legal o contractual a una o a ambas partes del contrato o del negocio jurídico constituye una norma imperativa o prohibitiva en el sentido del § 134 BGB.

Ejemplo: En el contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil alemán, el § 568 párrafo segundo establece que si el arrendante quiere denunciar el contrato⁷, entonces debe indicarle al arrendatario en

5 La llamada Ley de Contravenciones e Infracciones administrativas (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) es una ley especial alemana que, en términos generales, contiene sanciones administrativas para evitar la comisión de ciertas conductas sociales que, aunque no revisten una dañosidad tan importante como un delito, sí se considera que deben prevenirse y eliminarse. Las sanciones que incorpora esa ley consisten, generalmente, en el pago de multas. Más información al respecto puede encontrarse en Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seite 999 ff.

6 BGH NJW 1992, 2559.

7 La denuncia o desistimiento unilateral del contrato es “una manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual una de las partes de la relación contractual informa a la otra su intención de poner fin al contrato válido y eficaz que, hasta el momento de la exteriorización del desistimiento unilateral, ha desplegado los efectos jurídicos correspondientes

continúa en la sgt. pág.

qué forma y dentro de cuál plazo puede ejercer su oposición a la denuncia del contrato de arrendamiento. Si el arrendante incumple este deber, esa omisión no acarrea la nulidad absoluta de la denuncia del contrato de conformidad con el § 134 BGB.

4. Otros casos de contratos ilegales

Entre otros, puede citarse los siguientes:

1) En el campo del tratamiento médico si, por ejemplo, un médico solamente está autorizado para trabajar en un hospital y celebra un contrato con una colega, quien es médico particular, en virtud del cual el médico del hospital asume el consultorio de la médico particular, la jurisprudencia alemana⁸ ha dicho que son inválidos, por transgredir el § 134 BGB, no sólo los contratos de servicios profesionales celebrados por el médico del hospital con los pacientes del consultorio médico particular, sino también el convenio para la asunción del consultorio particular celebrado por ambos galenos.

viene de la pág. anterior

a la programación de intereses de los contratantes. En el Derecho Civil alemán se le denomina “Kündigung” y se le considera como un derecho potestativo (Gestaltungsrecht) mediante el cual se pone fin a un contrato de ejecución sucesiva (Dauerschuldverhältnis). De acuerdo con la doctrina alemana, la finalidad de la denuncia del contrato consiste en evitar que las partes contractuales permanezcan ligadas durante un lapso indefinido y que, por lo tanto, ambas tengan la posibilidad de desvincularse del contrato válido y eficaz celebrado por ellas”. Más información sobre la denuncia del contrato está en Guerrero Díaz, Arturo y López Casal, Yuri. La finalización voluntaria de la relación contractual. En: Revista Iustitia No. 263-264, noviembre-diciembre 2008.

8 OLG Dusseldorf NJW 1988, 2308.

9 OLG München NJW 1984, 1826. Para obtener más información sobre el concepto y alcances de la Heilpraktikergesetz pueden consultarse los vocablos “Heilkunde” y “Heilpraktiker” en Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seiten 672-673.

10 Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 12, bajo la dirección electrónica www.indret.com

2) El contrato para el tratamiento médico (Behandlungsvertrag) celebrado con una licenciada en Psicología, la cual no cuenta con la autorización para dar tratamiento médico en los términos en que lo exige, en Alemania, el § 1 de la llamada Heilpraktikergesetz⁹

3) También los casos en los que se configure el fraude a la ley (Gesetzesumgehung) pueden perfectamente subsumirse en la previsión normativa del § 134 BGB.

5. Efectos jurídicos de los contratos ilegales

Como se ha mencionado ya, la consecuencia general que se establece en el § 134 BGB para los contratos ilegales es la nulidad (Nichtigkeit). No obstante, este efecto jurídico solamente se aplica en caso de que no se derive otra cosa de la norma infringida. Por ello es muy importante la interpretación teleológica de la norma prohibitiva de acuerdo, precisamente, con su sentido y su finalidad (Sinn und Zweck der Vorschrift)¹⁰. De este modo, la contravención de la norma

prohibitiva puede generar la nulidad total del contrato (totale Nichtigkeit) o su nulidad parcial (teilweise Nichtigkeit).

En relación con la nulidad parcial del contrato ilegal, debe añadirse que ésta se da cuando solamente una parte de todo el negocio jurídico es la que se contrapone con la norma prohibitiva. El Código Civil alemán contiene una norma general expresa que regula la nulidad parcial de los negocios jurídicos. Esa norma es el § 139 BGB, la cual establece lo siguiente:

“§ 139 Teilnichtigkeit. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”.

La traducción española es la siguiente:

“§ 139 Nulidad parcial. Si una parte del negocio jurídico es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula”

Directamente relacionado con el efecto jurídico anulatorio del contrato ilegal en el Derecho Civil alemán, es menester explicar qué debe suceder con las prestaciones que se hubiesen ejecutado con base en el contrato ilegal. Al respecto, la norma alemana que da solución a esta situación es el § 817 BGB (norma ubicada dentro del

título del “Enriquecimiento sin causa” (§§ 812 y siguientes BGB)). El § 817 BGB dice lo siguiente:

“§ 817 Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten. (1) War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. (2) Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solcher Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden”

La traducción española es la siguiente:

§ 817 Contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si la finalidad de una prestación se determinó de modo que el receptor mediante su aceptación ha contravenido una prohibición legal o las buenas costumbres, el receptor está obligado a la restitución. (2) La repetición queda excluida si dicha contravención es igualmente imputable a quien cumplió la prestación, salvo que la prestación consista en la asunción de una obligación; lo prestado en cumplimiento de una obligación tal no puede ser repetido.

De acuerdo con los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “Para la apreciación de la disciplina de las prestaciones deben

contemplarse dos normas diferentes e independientes colocadas en el mismo precepto. Por un lado, § 817 (1) que regula un supuesto independiente de la *condictio indebiti*, de acuerdo con el cual el *accipiens* de una prestación realizada mediante la contravención de la norma prohibitiva o de las buenas costumbres está obligado a la restitución. Por otro lado, el segundo párrafo establece una exclusión de la *condictio* que en el pasado fue considerada como una sanción de la conducta reprobable, pero que hoy en día se aprecia como un aspecto de la negación de la protección jurídica del derecho (*nemo auditur summa turpitudinem allegans*): quien se comporta de manera ilícita colocándose fuera del ordenamiento jurídico (*sic.*) no puede recibir la protección del derecho (*sic.*) ni tampoco pretender la restitución de la prestación que ha realizado. No se trata de otra regla que de la aplicación del aforismo latino *in pari turpitudine melior est causa possidentis*. Para que tenga lugar la aplicación de esta norma se exige un requisito subjetivo, que el sujeto que realiza la prestación conozca la ilegalidad o inmoralidad del acto o actúe con negligencia. Con la comisión del contrato contrario a la ley o a las buenas costumbres puede acontecer al mismo tiempo la lesión de los deberes precontractuales. En este caso el inductor del negocio ilegal o inmoral podrá ser demandado por los esfuerzos aplicados

por la otra parte para la celebración del negocio y los daños causados (*Aufwand- und Schadensersatz*)”¹¹

También dentro de las normas que regulan el enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil alemán, se encuentran dos párrafos que completan el efecto restitutorio estatuido en el § 817 oración primera del BGB. Dichas normas son las siguientes:

§ 818 Umfang des Bereicherungsanspruchs. (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.

(2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.

(3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

(4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

¹¹ Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 12, bajo la dirección electrónica www.indret.com

La traducción española es la siguiente:

§ 818. Alcance de la pretensión de enriquecimiento. (1) La obligación de restitución se extiende a las utilidades obtenidas, así como a aquello que el receptor obtiene con motivo de un derecho adquirido o con resarcimiento por la destrucción, daño o pérdida del bien adquirido.

(2) Si la restitución no es posible por la naturaleza de lo adquirido o el receptor no está en condiciones de restituirlo por otros motivos, debe resarcir el valor.

(3) La obligación de restitución o al resarcimiento del valor queda excluida en tanto el receptor ya no esté enriquecido.

(4) A partir de la producción de la litispendencia el receptor responde según las disposiciones generales.

Por su parte, el § 819 BGB prescribe:

“§ 819 Verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß. (1) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

(2) Verstößt der Empfänger durch die Annahmeder Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfang der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

La traducción española sería la siguiente:

§ 819 Responsabilidad agravada por conocimiento y contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si el receptor conoce la falta de causa jurídica en momento de la recepción o si la conociera posteriormente, queda obligado a la restitución desde el momento de la recepción o de la toma de conocimiento, como la pretensión a la restitución estuviera en situación de litispendencia en ese momento.

(2) Si el receptor contraviene una prohibición legal o las buenas costumbres con la aceptación de la prestación, queda igualmente obligado de la misma manera desde la recepción de la prestación.

6. Los contratos inmorales (Verstoß gegen die guten Sitten)

La otra norma general del Derecho Civil alemán que sanciona con la nulidad absoluta los negocios jurídicos que se opongan al Ordenamiento Jurídico es el § 138 BGB. Este párrafo dice lo siguiente:

“§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen”.

La traducción española es la siguiente:

§ 138 Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura. (1) Un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo. (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto a dicha prestación.

La primera aproximación que debe hacerse para comprender y aplicar el § 138 BGB consiste en definir qué debe entenderse por “buenas costumbres” (gute Sitten). Al respecto, la doctrina alemana ha dicho que se trata de un concepto jurídico indeterminado y

que la valoración sobre si un negocio jurídico es o no contrario a las buenas costumbres en los términos del § 138 I BGB debe hacerse caso por caso y debe también tenerse en cuenta las normas sociales y éticas que prevalecen en una determinada sociedad en un concreto momento histórico. Además de lo anterior, la jurisprudencia civil alemana ha hecho eco de importantes sentencias del Tribunal Federal constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht), de acuerdo con las cuales se ha concluido que un negocio jurídico que sea contrario a normas y valores consagrados en la Ley Fundamental de la República Federal alemana (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) es absolutamente nulo en los términos en que lo establece el § 138 BGB¹². Esto es lo que en Alemania se conoce como la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a terceros (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)¹³. Ahora bien, como lo expresan los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “no puede irse tan lejos como para considerar cualquier colisión entre el negocio jurídico y el mandato constitucional como una vulneración de las buenas costumbres: debe realizarse un enjuiciamiento conjunto y determinar si el negocio jurídico deriva de una limitación consentida del derecho fundamental o si por el contrario supone una violación del principio constitucional”¹⁴

12 Jauernig, Othmar. BGB Kommentar, 11. Auflage, 2004, § 138 BGB, Seite 88, Rdnr 6.

13 BVerfG 81,256. Ver también Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006, Seite 418, Rdnr. 1107.

14 Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 10, bajo la dirección electrónica www.indret.com

La redacción del § 138 I BGB brinda un amplio margen de aplicación jurídica a los Jueces con el fin de que éstos decidan si un determinado negocio jurídico es o no contrario a las buenas costumbres. Pese a la indeterminación característica del concepto “buenas costumbres”, es importante mencionar que la jurisprudencia civil alemana ha acuñado el siguiente criterio o fórmula general para aprehender la esencia de las “buenas costumbres” en el sentido del § 138 I BGB:

“Die guten Sitten sind das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden”¹⁵

La traducción española es la siguiente:

“Las buenas costumbres consisten en la decencia de toda persona que se comporta justa y equitativamente”

7. Grupos generales de casos en los cuales la jurisprudencia alemana ha aplicado el § 138 BGB

7.1. Constelaciones relacionadas con la libertad de disposición de las partes: Dentro de este primer grupo se encuentran los siguientes supuestos:

7.1.1. Contratos tendientes a transmitir todo o parte del patrimonio futuro o a

gravarlo con usufructo: Este primer caso se encuentra expresamente regulado en el § 311 b párrafo segundo BGB, norma que dice lo siguiente:

Ein Vertrag, durch den sich eine Teile verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ist nichtig”.

La traducción española sería la siguiente:

“Un contrato mediante el cual una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o una cuota de su patrimonio futuro o a gravarlo con un usufructo es nulo”

De acuerdo con la doctrina alemana, esta prohibición lo que persigue es evitar que una persona renuncie a su capacidad patrimonial (Vermögensfähigkeit) y que pierda su actividad lucrativa.¹⁶

7.1.2. Los contratos leoninos (Knebelungsverträge): De acuerdo con la jurisprudencia alemana, los contratos leoninos son aquéllos en los cuales el desenvolvimiento económico de una parte contractual se ve cercenado de una manera tal que pierde, total o parcialmente, su autonomía y libertad de contratación.¹⁷

¹⁵ RGZ 48,114,124; BGHZ 69, 297.

¹⁶ Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 501, Rdnr. 33.

¹⁷ BGH NJW 1993, 1587, 1588.

7.1.3. Contratos o relaciones jurídicas a largo plazo (Langfristbindungen): En Alemania se ha considerado que la libertad de decidir ser parte de un contrato también puede verse perjudicada cuando la parte contractual permanece vinculada en forma excesivamente amplia al negocio jurídico pactado¹⁸. La causa por la cual relaciones jurídicas extensas podrían convertirse en nulas por contravenir la norma del § 138 BGB yace en que, dependiendo del clausulado contractual, sobre todo si se ha pactado alguna cláusula de exclusividad, podría afectarse el derecho de negociar con otros oferentes del producto o servicio y así satisfacer, de manera diferente o en condiciones más beneficiosas, los deseos y preferencias de los consumidores.

7.2. Casos en los cuales se presenta una desproporción entre la prestación y la contraprestación del negocio jurídico (Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung des Rechtsgeschäfts)

Los casos que se subsumen dentro de este grupo deben analizarse con base en lo dispuesto en el § 138 párrafo segundo BGB de la siguiente manera:

1. La desproporción entre prestación y contraprestación debe ser evidente

(auffällig). Tal atributo surge, según la doctrina alemana, cuando la retribución o precio pactado duplica, al menos, aquél que usualmente predomina en el mercado.¹⁹

2. Con respecto a la parte perjudicada, es decir, aquélla que sufre el abuso cometido por la contraparte del negocio jurídico, el Derecho Civil alemán distingue cuatro situaciones:

2.1. Situación de necesidad (Zwangslage): En el contexto de los contratos ilegales por ser contrarios a las buenas costumbres, la “situación de necesidad” no sólo consiste en que una persona pueda ver peligrar su situación económica actual, sino que también puede configurarse cuando el perjudicado esté amenazado por severas desventajas económicas.

2.2. Inexperiencia (Unerfahrenheit): Se equipara a la ausencia del conocimiento de la vida y de la práctica o dinámica de los negocios. Factores como la joven edad de una de las partes del negocio o bien el hecho de ser extranjero pueden subsumirse dentro de la “inexperiencia” a la que hace alusión el § 138 párrafo segundo BGB.

2.3. Falta de juicio o de capacidad de discernimiento (Mangel an Urteilsvermögen):

¹⁸ Ejemplo de esta constelación de casos es el llamado “Bierlieferungsvertrag”, relacionado con un contrato de suministro de cerveza entre los fabricantes de cerveza (Brauereien) y los restaurantes (Gaststätte). El Tribunal Federal de Casación alemán (BGH) ha considerado, en un caso como el del “Bierlieferungsvertrag”, que la duración razonable de un contrato de suministro similar a ese puede oscilar entre 15 ó 20 años. Al respecto ver BGH NJW 1992, 2145; BGH NJW 1970, 2243; BGH JuS 1995, 1132.

¹⁹ Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 501, Rdnr. 33.

Significa que la parte negocial o contractual perjudicada no está en la situación de reconocer ni de sopesar correctamente las ventajas y desventajas del negocio jurídico propuesto. Puede darse debido a la poca formación educativa o propiamente a la baja inteligencia o bien cuando el negocio propuesto se dirigía a un verdadero experto del objeto contractual o negocial ²⁰

2.4. Presencia de un vicio importante de la voluntad (erhebliche Willensschwäche): Se presenta cuando la parte perjudicada no se encuentra en la posición de actuar racionalmente ante el negocio que se le propone. Ejemplos típicos de esta situación son las personas adictas al licor o a las drogas.

Con respecto a la parte contractual que se aprovecha de la situación de necesidad, inexperiencia, la falta de juicio o de un vicio importante de la voluntad, es menester indicar que ese abuso o explotación es, lógicamente, un comportamiento doloso, pues implica que conocía la presencia de alguno de esos cuatro supuestos y, consecuentemente, se aprovechó de alguno de ellos en perjuicio de su contraparte contractual.

8. Ejemplos concretos de negocios inmorales

8.1. Contrato de cuota litis (Erfolgshonorar): El contrato de cuota litis es prohibido en Alemania. Antes de 1994, la jurisprudencia alemana le daba esa sanción legal con base en el § 138 BGB²¹. La razón de esa sanción yacía en la creencia de que este tipo de contratos pone en peligro la independencia del abogado y su función como servidor de la justicia. Con posterioridad a 1994, el contrato de cuota litis está expresamente prohibido en Alemania con base en el § 49b del Reglamento Federal de ejercicio de la abogacía (Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)), el cual remite directamente al § 134 BGB.

8.2. Contrato de alquiler de vientre materno (Leihmuttervertrag)²²: El contrato de madre de alquiler o de alquiler de vientre materno es absolutamente nulo, con base en el § 138 BGB, porque en Alemania se considera contrario a las buenas costumbres ya que, en el fondo, implica la comercialización de la reproducción humana y atenta contra la dignidad de la “madre de alquiler” y la del niño(a) que nace como consecuencia de ese contrato y del procedimiento médico que se aplica en esos casos.

8.3. Contratos de crédito usurarios (wucherische Kreditverträge): Relacionado con el tema de la desproporción entre la prestación y la contraprestación emerge la situación de usura en los contratos a crédito o de crédito. En términos generales, los contratos de crédito usurarios se caracterizan en Alemania por el hecho de que el interés pactado en el contrato sobrepasa en cerca del cien por ciento la tasa de interés efectivo relativo predominante en el mercado y en términos absolutos el doce por ciento²³. Esto último rige, sobre todo, en el negocio de crédito a plazo (Ratenkredit), en el crédito en cuenta corriente (Kontokorrentkredit) y en los préstamos de dinero.

8.4. La situación especial del contrato de fianza (Bürgschaft): La jurisprudencia alemana se ha dado cuenta de que en el contrato de fianza es posible que se den situaciones de desproporción o de usura que repercuten directamente en la situación económica del fiador. Es bastante frecuente que los fiadores sean familiares o personas muy cercanas al deudor, de modo que ello suele traducirse en ausencia de criterios para valorar la existencia o inexistencia de equilibrio entre la prestación y la contraprestación que tiene el deudor frente a su acreedor.

En relación con este tema, el jurista alemán Wolfgang Däubler habla de una „strukturelle Unterlegenheit”²⁴ (inferioridad estructural) y manifiesta que, en el contrato de fianza, dicha inferioridad estructural se presenta si el fiador fue una persona sin experiencia en los negocios o si se encontraba en una situación que lo colocaba en una posición moralmente comprometida en caso de que se hubiera negado a constituirse en fiador. Ante estas situaciones y variantes que pueden darse con los fiadores, es que la jurisprudencia alemana, desde mil novecientos ochenta y siete, ha determinado que el contrato de fianza puede ser absolutamente nulo por ser contrario a las buenas costumbres ²⁵

9. Efectos jurídicos de los negocios inmorales

De acuerdo con los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “A diferencia de la reacción del ordenamiento frente a los negocios ilegales, los cuales pueden alcanzar el grado de eficacia previsto legalmente o que resulte del sentido y finalidad de la norma de prohibición, en el caso de los negocios inmorales la consecuencia prevista por el § 138 BGB es siempre la nulidad. Esta consecuencia vale tanto para el supuesto

²⁰ OLG Stuttgart FamRZ 1983, 499.

²¹ Al respecto ver las siguientes sentencias: RGZ 115, 141, 142; BGHZ 133, 90, 93; BGHZ NJW 1996, 2499,2500.

²² OLG Hamm NJW 1986, 781.

²³ Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 510, Rdnr. 55.

²⁴ Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 513, Rdnr. 61 a.

²⁵ Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 11, bajo la dirección electrónica www.indret.com

general de inmoralidad (párrafo primero) como para el supuesto especial de los negocios usurarios (párrafo segundo). En principio, sólo es nula la parte inmoral del negocio jurídico siempre que sea posible aislarla, pero en caso de duda debe decretarse la nulidad de todo el negocio jurídico según ordena el § 139. Considerado un negocio jurídico de modo unitario, si resulta la inmoralidad de la totalidad de su carácter, la nulidad será total. En el caso de los negocios usurarios, la nulidad del negocio por su calificación como usurario de acuerdo con el § 138 párrafo segundo conlleva la nulidad de la prestación de la víctima de la usura, pero la prestación a realizar o realizada por el usurero es válida (nulidad parcial), como por ejemplo, en el caso del mutuo, se mantiene la validez de la cantidad prestada.²⁶

En cuanto a la restitución de las prestaciones efectuadas con base en el contrato inmoral, son aplicables los parágrafos 817, 818 y 819 BGB, en los mismos términos en que fueron transcritos y explicados en el acápite de los efectos jurídicos del contrato ilegal.²⁷

BIBLIOGRAFÍA

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006.

Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002
Däubler, Wolfgang, BGB kompakt, 2. Auflage, 2003.

Guerrero Díaz, Arturo y López Casal, Yuri. La finalización voluntaria de la relación contractual. En: Revista Iustitia No. 263-264, noviembre-diciembre 2008.

Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: Indret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, bajo la dirección electrónica www.indret.com

Jauernig, Othmar, BGB Kommentar, 11. Auflage, 2004.

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002.

Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 3. Auflage, 2004.

LOS ORDENAMIENTOS NORMATIVOS INDÍGENAS DE HONDURAS

*Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell
Catedrático de la Universidad de Costa Rica*

I.- CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LOS ORDENAMIENTOS NORMATIVOS INDÍGENAS DE HONDURAS Y FUENTES PARA SU CONOCIMIENTO

En los albores del siglo XVI, cuando los españoles llegaron por primera vez a las costas caribeñas centroamericanas, Honduras no existía como unidad. En esa época, el actual territorio hondureño estaba habitado por una gran variedad de pueblos independientes, cuyas respectivas culturas tenían grados muy diferentes de complejidad y desarrollo.

Los arqueólogos han dado el nombre de América Nuclear a la región del continente que se extiende desde el centro de México hasta el norte de Chile y el noroeste de la Argentina, ya que fue en ella donde se desarrollaron las culturas más complejas del hemisferio antes de la llegada de los europeos¹. Dentro de la América Nuclear se le da el nombre de Mesoamérica o Área Mesoamericana al área cultural que va desde el México central hasta las riberas del golfo de Nicoya en el Pacífico costarricense

y hasta la costa noroeste de Honduras inclusive. El resto del territorio hondureño, es decir, las regiones del noreste y el este, pertenecía a la llamada Área Intermedia, que comprende el oriente de Honduras, la costa caribeña y el centro de Nicaragua, Costa Rica con excepción de la península de Nicoya y la región aledaña al golfo de ese nombre, Panamá, la mitad occidental de Colombia, las tierras altas y la costa del Ecuador y la región de Venezuela que rodea el Lago de Maracaibo². Esta área cultural, según el arqueólogo norteamericano Gordon Randolph Willey, no tiene patrones distintos tan fuertes como Mesoamérica o el Área Peruana y por eso se la ve como intermedia entre esas dos áreas y las culturas agrícolas más simples que se dan fuera de la América Nuclear³.

Entre las áreas mesoamericana e intermedia no hubo una frontera estrictamente delimitada

²⁶ Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Loc. cit., página 12.

²⁷ Con respecto a la aplicación de las normas del enriquecimiento sin causa que establece el Código Civil alemán en los casos de los contratos ilegales o inmorales ver Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002, Seite 250 ff. y Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 3. Auflage, 2004, Seite 35 ff.

¹ REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo, Arqueología de Colombia, en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/arqueologia/arqueolo/cap1.1.htm>

² V. CONSTENLA UMAÑA, Adolfo, Las lenguas del Área Intermedia. Introducción a su estudio areal, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1ª. ed., 1991, p. 5. Este autor además indica que el término Área Intermedia fue acuñado por el arqueólogo Wolfgang Haberland en 1957, pero que su uso posiblemente se consagró debido a que fue usado en 1971 por el arqueólogo Gordon R. Willey, en su importante obra An Introduction to American Archaeology.

³ Ibid., p. 7.

y debieron ser frecuentes los contactos y la transculturación entre ellas, sobre todo en las zonas de confluencia. Varios investigadores han señalado que

*“... la frontera de Mesoamérica no debe ser concebida como un corte tajante, sino como una amplia zona de interacción entre grupos Mesoamericanos y no-Mesoamericanos. Como gran parte de Honduras estaba ubicada dentro de esa zona de interacción, las fronteras intergrupales en la época de la conquista son difíciles de establecer.”*⁴

Un vivo ejemplo de ello lo encontramos en el caso de la nación lenca, sobre cuya filiación cultural ha habido considerables discusiones, al extremo que todavía hoy no se ha definido con absoluta certeza si era de un pueblo de raíz netamente mesoamericana o si, como parecen sugerirlo las características de su idioma, era una nación del Área Intermedia que adoptó patrones culturales mesoamericanos⁵

Dada la importancia y especificidad de la cultura maya, algunos estudiosos subdividen el Área Mesoamericana de Centroamérica en dos zonas: la Zona Norte o área maya,

donde imperaba esa cultura, y que en el caso de Honduras incluía la ciudad de Copán y los territorios vecinos, y la Zona Central, que se extendía desde el sudoeste del territorio hondureño hasta las riberas del golfo de Fonseca⁶.

Hasta donde se tiene noticia, ninguna de las culturas autóctonas americanas existentes en el momento del contacto con los europeos había experimentado un fenómeno de diferenciación entre el Derecho y otras esferas normativas. Tanto en las refinadas culturas de la América Nuclear como en las mucho menos complejas del resto del continente y de las islas del Caribe, la conducta humana en sociedad estaba regulada por un conjunto indiferenciado de normas. Entre ellas había, por supuesto, normas e instituciones de índole jurídica, pero no eran vistas como algo distinto o separado de las demás. Por esta circunstancia, *desde una perspectiva jurídica occidental* sólo puede hablarse de normas de naturaleza estrictamente jurídica a partir del inicio de la dominación europea, implantada progresivamente en América desde fines del siglo XV y principios del XVI⁷. El mismo fenómeno de indiferenciación de las normas es visible en las culturas

4 NEWSON, Linda, El costo de la Conquista, Tegucigalpa, Editorial Guaymuras, 1a. ed., 2007, p. 41.

5 V. CHAPMAN, Anne, Los Hijos del Copal y la Candela. Ritos agrarios y tradición oral de los lenca de Honduras, México, UNAM y Centre d'Études Mexicaines et Centraméricaines, 2ª ed., 1992, pp. 84-86. Sobre las características de la lengua lenca y sus relaciones con idiomas sudamericanos, V. CONSTENLA UMAÑA, Adolfo, “Acerca de la relación genealógica de las lenguas lenca y las lenguas misumalpas”, en Filología y Lingüística, 2002, XXVIII (1), pp. 189-205; CONSTENLA UMAÑA, Adolfo, “¿Existe relación genealógica entre las lenguas misumalpas y las chibchenses?” en Estudios de Lingüística Chibcha, XXIV, 2005, pp. 7-85; CONSTENLA UMAÑA, Adolfo, Las lenguas... , op. cit.

6 FONSECA, Elizabeth, Centroamérica: su historia, San José, FLACSO y EDUCA, 1a. ed., 1996, pp. 21 y 38-39.

7 V. SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, Historia del Derecho costarricense, San José, Ediciones Juricentro, 1a. ed., 1997, p. 18.

indígenas de Honduras, tanto en el pasado como en la época contemporánea.

Los ordenamientos de las sociedades indígenas hondureñas han sido de carácter predominantemente consuetudinario. Esta circunstancia, unida a la destrucción o pérdida de las fuentes escritas y a la paulatina desaparición de las costumbres y tradiciones indígenas, hacen prácticamente imposible, en el estado actual de las investigaciones, caracterizar las instituciones jurídicas de la mayoría de los pueblos que habitaron el actual territorio de Honduras en épocas anteriores a la llegada de los europeos o que no tuvieron contacto con éstos, aunque los descubrimientos arqueológicos permitan arrojar luz sobre otros aspectos de su vida⁸

Los mayas que habitaron Copán, cuya época de esplendor va del siglo V al IX, contaron con un complejo sistema de escritura, que ha podido ser descifrado en años recientes, pero en sus inscripciones no han aparecido textos de índole normativa. Gracias a esas inscripciones es posible conocer algunos elementos de la organización política de Copán y formular conjeturas sobre su sistema normativo; sin embargo, la

mayor parte de lo que se conoce sobre el ordenamiento normativo maya se debe a la información recogida por los españoles en Yucatán a partir del siglo XVI, es decir, que corresponde a una cultura posterior en siete siglos a la de Copán. Podemos suponer que algunos aspectos de la cultura maya copaneca estaban todavía presentes en la yucateca, pero otros pueden haber cambiado muchísimo en esos siete siglos, del mismo modo que la España del siglo XVI conservaba unos elementos similares a los de la España visigoda del siglo VIII y en otros aspectos se había transformado totalmente. También es posible que los chorotegas que habitaban en las vecindades del golfo de Fonseca a la llegada de los españoles conservasen por escrito parte de su ordenamiento, ya que consta que en esa misma época los chorotegas de Costa Rica y Nicaragua contaban con escritura y libros; sin embargo, no se conservó ningún vestigio de ello⁹.

Esta ausencia de fuentes escritas hace que al tratar de los ordenamientos indígenas antiguos de Honduras posteriores al declinar de Copán, nuestro estudio se refiera principalmente a los pueblos que habitaban

8 STONE, Doris, Arqueología de la costa norte de Honduras, San Pedro Sula, Compañía Editora de Honduras, 1a. ed., 1943.

9 El cronista Antonio de Herrera escribió que los chorotegas de Nicaragua tenían voluminosos libros de papel y pergamino, donde consignaban hechos memorables y tenían pintadas sus leyes y ritos; Gonzalo Fernández de Oviedo indicó además que poseían libros de cuero de venado, donde con tinta roja y negra consignaban sus términos y heredamientos, y a principios del siglo XX se halló en la isla costarricense de Chira, que fue habitada por los chorotega misma nación indígena, un libro cuadrado con jeroglíficos, que fue llamado “el misal chorotega”, pero cuyo paradero se ignora. V. SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica, Santo Domingo de Heredia, 2ª. Ed., 2008, p. 38.

el territorio en el siglo XVI y que tuvieron contacto con los castellanos.

¿Cómo eran las instituciones normativas de esos pueblos? En rigor de verdad, sabemos poco de ellas y ese reducido conocimiento deriva casi todo de informes y cartas escritos por los conquistadores y misioneros españoles, personas cuya formación y mentalidad partían de patrones culturales muy diferentes a los de las sociedades indígenas y cuya visión de éstas a veces estaba deformada por prejuicios, conveniencias personales o mera ignorancia. Los documentos no son muy numerosos, y las referencias que contienen sobre temas jurídicos son someras, fragmentarias y muy generales. Como si fuera poco, esas fuentes versan sobre un número muy pequeño de los grupos indígenas existentes y en ocasiones ni siquiera identifican con precisión a cuál se refieren.

La escasez o ausencia de fuentes documentales es muy notoria con respecto a las comunidades del Área Intermedia, donde los españoles nunca pudieron establecer su dominación de modo efectivo. Sobre las instituciones normativas del Área Mesoamericana se conoce más; pero tampoco la información disponible es abundante.

II.- COPÁN Y EL SISTEMA NORMATIVO MAYA.

Tradicionalmente se distinguen tres períodos en la historia de la cultura maya: el Preclásico, desde unos 2000 A. C. hasta el 250 D. C.; el Clásico o Viejo Imperio, aproximadamente entre 250 y 900, y el Postclásico o Nuevo Imperio, desde 900 hasta 1500. La etapa de esplendor de los mayas en Honduras corresponde al segundo de esos períodos, y tuvo su máximo exponente en la cultura que floreció en la ciudad de Copán, que sus habitantes posiblemente designaban con el nombre de Oxwitik o Ux Witik¹⁰.

Aunque la presencia humana en el fértil valle del río Copán se remonta a unos 1100 años antes de Cristo, en realidad se sabe muy poco de la historia del lugar antes del reinado de K'inich Yax K'uk' Mo' (Azul Quetzal Guacamayo), el primer monarca cuyo nombre está conservado en las inscripciones y que aparentemente procedía de Tikal. K'inich Yax K'uk' Mo', que quizá contrajo nupcias con una integrante de la antigua familia real de Copán, fundó en 426 una dinastía que se mantuvo en el poder durante cuatro siglos, hasta derrumbarse con el decimoséptimo monarca, U Cit Tok, entronizado en 822¹¹.

¹⁰ STUART, David, Hieroglyphs and History at Copán, en <http://140.247.102.177/copan/text.html>

¹¹ SCHELE, Linda, y FREIDEL, David, Una selva de reyes. La asombrosa historia de los antiguos mayas, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. de la 1ª. ed., 2000, pp. 406-455.

Organización política

Muchas comunidades mayas del Preclásico formaban confederaciones tribales con propósitos militares, pero no reconocían poderes superiores a los patriarcas de su aldea. Hacia el siglo I A. C. en esas aldeas empezó a surgir la institución de la realeza,¹². Sin embargo, aunque algunas de esas comunidades llegaron a ser muy populosas, ricas y poderosas, no se llegó a constituir un imperio en el sentido tradicional de un poder político y militar hegemónico y expansivo. Prevalció el sistema de ciudades-estado más o menos independientes entre sí, aunque entre algunas de ellas hubo vínculos de alianza o de vasallaje.

Estas ciudades estaban gobernadas por una poderosa nobleza hereditaria cuyos integrantes se hacían llamar ahau (en plural, ahauob). Los arqueólogos Schele y Freide indican que

“... estos reinos estaban organizados jerárquicamente... sus poblaciones estaban formadas por gente de distintas clases. La mayoría de ellos tenían un centro principal o capital, pero también lugares subordinados: desde pueblos de mediano tamaño hasta complejos muy grandes de palacios, y eventualmente caseríos y

granjas... Las inscripciones jeroglíficas nos proporcionan otra clase información acerca de las jerarquías gobernantes en estos reinos, aunque aparentemente existía cierta variación en la organización de una región a otra. El rey principal era llamado ch'ul ahau. Éste siempre tenía el rango de ahau, pero también había otros ahauob menores dentro del mismo reino que tenían responsabilidades diferentes. Los ahauob regían centros de población subordinados dentro del estado mayor y ocupaban puestos importantes, tales como jefe de guerra, dentro del centro principal... En Copán, el medio hermano del último gran rey rigió parte de esa ciudad.”¹³

La realeza no era electiva y por lo general el primogénito del ch'ul ahau era quien le sucedía, después de cumplir con peligrosos requerimientos rituales. Sin embargo, el principio de la primogenitura no era absolutamente estricto, ya que en ocasiones el trono lo heredaba un hermano y no el hijo del rey¹⁴. Además, a pesar del importante papel de los monarcas en los rituales y en la conducción política y militar, su poder no era absoluto, sino que debía negociar y compartir su autoridad con otros ahauob¹⁵. Se ha discutido sobre si las élites políticas de Copán estaban separadas de los plebeyos de modo tajante o si más bien había relaciones de parentesco que vincularan a personas

¹² Ibid., p. 57.

¹³ Ibid., p. 59.

¹⁴ Ibid., pp. 60-61.

¹⁵ WEBSTER, David, y otros, Copán. The rise and fall of an ancient Maya kingdom, Belmont, Wadsworth Group/Thomson Learning, 1a. ed., 2000, p. 178.

de diversas categorías sociales. En esta última hipótesis, que parece más probable, las grandes familias, respaldadas por sus parientes plebeyos, habrían constituido poderosas facciones políticas, con sus propias tierras y otros elementos de riqueza y con su autoridad propia, no derivada de los reyes¹⁶ :

En Copán no parece haber existido una burocracia propiamente dicha, sino que posiblemente la administración se llevaba a cabo de modo casuista por los parientes del rey u otros ahauob¹⁷ . El respaldo de los ahauob era muy importante para la sucesión, y también para mantenerse en el poder, ya que los reyes debían hacer frente a intrigas, catástrofes naturales y continuas y sangrientas guerras con los reinos vecinos¹⁸ Por ejemplo, en 738, después de un largo y al parecer próspero reinado, el Rey de Copán Uaxaclajuun Ub'aah K'awiil, conocido con el sobrenombre de 18 Conejo, fue ejecutado en el mucho menos importante reino de Quiriguá, posiblemente después de una derrota militar¹⁹.

El rey de Copán, además de gobernante y caudillo militar, tenía un importante papel sacerdotal, como conductor y protagonista de variados ritos, entre ellos el de ofrendar sangre de diversas partes de su cuerpo²⁰ y diversas ceremonias que conllevaban frecuentes sacrificios humanos y quizá también antropofagia ritual²¹. La compleja religión maya, de la que eran importantes elementos la arquitectura monumental, las posiciones de los astros, los sacrificios humanos y el juego de pelota, daba al monarca un papel significativo como manifestación viviente de la alianza especial entre el pueblo maya y sus antepasados sobrenaturales²².

Grupos sociales

Además de los ahauob nobles, en la sociedad maya había sacerdotes, comerciantes, artesanos y una gran masa de agricultores que pagaba tributos. El último estrato de la pirámide social lo constituían los esclavos, cuya condición derivaba de la guerra, de la venta de niños, de haber nacido como tales, o de decisiones judiciales que castigaban

16 Ibid., pp. 180 y ss.

17 Ibid., p. 179.

18 SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. 60-61.

19 CORTEZ, Constance, The Mayan enigma, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1a. ed., 1997, pp. 30 y ss; SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. .

20 Al respecto V. SCHELE, Linda, y MILLER, Mary Ellen, The blood of the kings. Dynasty and Ritual in Maya Art, Nueva York, George Braziller, Inc. y Kimbell Art Museum, 1a. ed., 1986.

21 V. GONZÁLEZ TORRES, Yolotl, El sacrificio humano entre los mexicas, México, D. F., Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1ª. Ed., 1985, pp. 68 y ss; GUTIÉRREZ SOLANA, Nelly, Los Mayas. Historia, Arte y Cultura, México, D. F., Panorama Editorial, S. A: de C. V., 6ª. reimpr., 1998, pp. 72-74; SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. 95-98.

22 Ibid., p. 414.

con esclavitud temporal o perpetua algunos delitos²³.

Administración de justicia

No hay datos fidedignos de cómo se desarrollaban los procesos judiciales en Copán u otros lugares del Clásico, pero es posible que el proceso fuera oral y la justicia se administrara en única instancia, de modo simple, rápido y efectivo, como sí consta que ocurría entre los mayas del Posclásico. Según escribió un cronista del siglo XVI:

*“... tenían sus almotacenes o jueces en una casa junto a un canto de la plaza, a manera de consistorio, donde se determinaban todos los litigios en pocas palabras, sin alzada ni apelación, sino del pie a la mano sin que el sol se pasase ni hora entera se cumpliese, ni cosa se escribiese, ni derechos ni tuertos se llevase a ninguna de las partes dando a cada uno lo que era suyo justamente.”*²⁴

Fray Diego de Landa, Obispo de Yucatán de 1572 a 1579, escribió que los señores mayas

*“...regían el pueblo concertando los litigios, ordenando y concertando las cosas de sus repúblicas, todo lo cual hacían por manos de los más principales, que eran muy obedecidos y estimados, especialmente de la gente rica a quienes visitaban; tenían palacio en sus casas donde concertaban las cosas y negocios, principalmente de noche...”*²⁵

Por su parte, en el siglo XVII el obispo López de Cogolludo consignó que los reyes mayas nombraban en los pueblos

*“...una persona principal para oír los pleitos y públicas demandas. Este recibía a los litigantes, o negociantes, y entendida la cusa de su venida, si era grave la trataba con el Señor. Para haber de resolverla, estaban señalados otros Ministros, que eran como Abogados, y Alguaciles, y asistían siempre en presencia de los Jueces... No acostumbraban escribir los pelitos, aunque tenían caracteres con que se entendían (de los que se ven muchos en las ruinas de los edificios) resolvíanse de palabra, mediante los Ministros referidos, y lo que allí se determinaba quedaba rato, y permanente, sin que se atreviesen las partes a obrar contra ello.”*²⁶

23 MARGADANT S., Guillermo Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, D. F., Editorial Esfinge, S. A. de C. V., 9ª. ed., 1990, p. 16.

24 FERNÁNDEZ DE OVIEDO, Gonzalo, cit. por APLICANO MENDIETA, Pedro, Los Mayas en Honduras. Visión de un mundo extinguido, Tegucigalpa, Imprenta y Papelería Calderón, 1ª. ed., 1969, p. 98.

25 LANDA, Fray Diego de, Relación de las cosas de Yucatán, en <http://www.wayeb.org/download/resources/landa.pdf> , p. 41.

26 LÓPEZ DE COGOLLUDO, Diego, Historia de Yucathán, Madrid, Juan García Infanzón, 1ª. ed., 1688, p. 180. Su texto puede consultarse en <http://books.google.com/>

Este mismo prelado refiere la curiosa práctica de que los jueces podían recibir regalos de ambas partes a manera de costas judiciales; sin embargo, Monseñor Carrillo y Ancona, que ocupó la sede episcopal de Yucatán a fines del siglo XIX, comenta que es posible que estos obsequios fuesen obligatorios y sus montos estuviesen prefijados, y de este modo la práctica más bien se dirigiese a evitar la venalidad de los juzgadores²⁷.

La familia

El sistema de parentesco entre los mayas era fundamentalmente patrilineal o agnático, es decir, de varón en varón, y atribuía gran importancia a la primogenitura. La mujer tenía una posición subordinada en la familia, aunque en las inscripciones de Copán y otras ciudades hay referencias a esposas y madres de los reyes, y en Palenque incluso hubo dos mujeres, hijas de reyes, que gobernaron como reinas propietarias, no como consortes ni regentes. En estos casos, sin embargo, al transmitir la realeza a sus hijos varones se consideró que había habido un cambio de dinastía, porque la línea que identificaba a un linaje era la patrilineal²⁸, tal y como sucedió en España cuando el trono pasó de los Trastámaras a los Austrias y de estos a los Borbones.

Las familias eran extensas y comprendían varias generaciones de personas que convivían en una misma casa o grupo de casas. A su vez, esas familias ampliadas se combinaban en linajes que se reconocían como descendientes de un antepasado común, y los linajes en clanes descendientes de antepasado aún más lejano. La jerarquía interna de las familias, clanes y linajes podía ser muy compleja y en muchos casos dependía de la proximidad o la lejanía entre las diversas líneas, situación que también se daba entre la realeza:

*“La institución maya de la monarquía se basaba asimismo en el principio de la herencia lineal, por parte de un solo individuo de sexo masculino en cualquier generación que condujera a un antepasado fundador. Es más, las familias y los clanes se clasificaban por su distancia o su proximidad a la línea de descendencia central manifestada en el rey. El poder político basado en la fidelidad familiar tal vez parezca relativamente simple comparado con nuestro propio sistema de clases sociales, pero integraba de manera efectiva a estados compuestos por docenas de miles de habitantes.”*²⁹

Aunque los monarcas mayas podían tomar varias esposas³⁰, y posiblemente otros

27 CARRILLO Y ANCONA, Crescencio, Historia antigua de Yucatán, Mérida, 1ª. ed., 1937, cit. por PÉREZ GALAZ, Juan de D., Derecho y organización social de los mayas, México, Editorial Diana, 1ª. Ed., 1983, p. 88.

28 Las reinas de Palenque fueron Kanal-Ikal (583-604) y Zac-Kuk (612-615), madre esta del gran monarca Pacal II. V. SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. 276-281.

29 Ibid., pp. 92-93.

30 GUTIÉRREZ SOLANA, op. cit., p. 41.

ahauob también, predominaba el matrimonio monogámico. En el Posclásico, la costumbre era que lo concertaran por los padres de los contrayentes; se efectuaba con participación de un sacerdote y era motivo para la celebración de una fiesta. Entre las causales para la disolución del vínculo figuraban el adulterio y la esterilidad³¹. El matrimonio era exogámico, es decir, era prohibido el matrimonio entre personas pertenecientes al mismo clan³².

Vida comercial

En el mundo maya, a lo largo de las diversas épocas, fueron muy importantes el comercio y la actividad de los mercaderes, como lo revelan los bienes de variada y a veces lejana procedencia encontrados en las sepulturas. Por consiguiente, debieron existir normas consuetudinarias bien conocidas sobre contratación y comercio.

Copán tenía un emplazamiento muy favorable, en la encrucijada de rutas de intercambio:

“...estaba bien ubicado para ofrecer acceso hacia las rutas mayores de comercio que suplían los ricos recursos provenientes del centro de Honduras y de la costa del Pacífico

*de El Salvador. Controlando esta región, los estados mayas tendrían mejor control sobre fuentes importantes de jade, cacao, algodón, obsidiana, plumas exóticas de aves y otros productos considerados de gran valor.”*³³

La impresionante Gran Plaza copaneca, capaz de albergar a unas veinte mil personas, pudo haber sido escenario de un bullicioso mercado, como los que existieron en otras comunidades mesoamericanas.

El Obispo de Yucatán fray Diego de Landa, refiriéndose a los mayas del Posclásico, escribió que entre otros bienes traficaban con esclavos, sal, cacao, cuentas de piedras finas y ropa; que *“en los mercados trataban todas cuantas cosas había en esa tierra”*³⁴, y que *“el oficio a que más inclinados estaban es el de mercaderes”*³⁵. Los mercaderes extranjeros al parecer gozaban de un fuero especial de inviolabilidad³⁶.

Colón, en 1502, tuvo contacto en las costas caribeñas de Honduras con una embarcación de mercaderes que parece haber sido maya. Según relató su hijo don Fernando,

“... quiso su buena suerte que llegase entonces una canoa tan larga como una galera, de ocho pies de anchura, toda de un

31 PÉREZ GALAZ, op. cit., pp. 94-95.

32 MARGADANT S., op. cit., p. 117.

33 ARGUCIA FASQUELLE, Ricardo, Copán, en <http://www.asociacioncopan.org/index.php/sobre-copan/sobre-el-sitio>

34 LANDA, op. cit., p. 46.

35 Ibid.

36 RIVAS Y COSGAYA, Manuel D., Estado de las legislaciones maya, acolhua y mexicana, antes de la Conquista de México, cit. por PÉREZ GALAZ, op. cit., p. 84.

solo tronco, y de la misma hechura que las demás, la cual venía cargada de mercancías de las partes occidentales... Tenía en el medio un toldo hecho de hojas de palma, no distinto del que llevan en Venecia las góndolas, el cual defendía lo que estaba debajo de tal modo que ni la lluvia ni el oleaje podían mojar nada de lo que iba dentro. Bajo aquel toldo estaban los niños, las mujeres, y todos los bagajes y las mercancías. Los hombres que llevaban la canoa, aunque eran veinticinco, no tuvieron ánimo para defenderse. Tomada, pues la canoa por los nuestros sin lucha, fue llevada a los navíos, donde el Almirante dio muchas gracias a Dios... Luego mandó que se sacase de la canoa lo que le pareció de mayor vista y precio, como algunas mantas y camisetas de algodón sin mangas, labradas y pintadas con diferentes colores y labores; y algunos pañetes con que se cubren sus vergüenzas... y espadas de madera largas, con un canal a cada lado de los filos, a los cuales estaban sujetas con hilo y pez navajas de pedernal, que entre gentes desnudas cortan como si fuesen de acero; y hachuelas para cortar leña... que eran de buen cobre; y también de aquel metal llevaban cascabeles y crisoles para fundirlo; y por vituallas llevaban raíces y grano, que comen los de la Española, y cierto vino hecho de maíz semejante a la cerveza de Inglaterra y muchas de aquellas

almendras que tienen por moneda las de la Nueva España, las que parecía que tuviesen en gran estima...”³⁷

Como otros pueblos mesoamericanos, los mayas utilizaron como moneda los granos de cacao. También usaron con el mismo propósito conchas coloreadas y hachuelas, cascabeles y campanillas de cobre. No practicaban la usura ni existían garantías reales como la prenda o la hipoteca³⁸.

Con respecto a la actividad contractual de los mayas del Posclásico, el Obispo de Yucatán fray Diego López Cogolludo consignó en el siglo XVII que todos los contratos eran verbales, pero que para su validez era necesario que los contratantes bebiesen ante testigos³⁹.

Propiedad y trabajo

En los inicios de la sedentarización de los mayas, la propiedad inmueble debió ser predominantemente de carácter colectivo, especialmente por lo que se refiere a la tierra cultivable, e igualmente debió ser comunitario el trabajo; pero posteriormente surgió también la propiedad privada de la tierra, en manos de en los estratos más elevados de la sociedad. Al respecto dice el historiador mexicano Pérez Galaz:

“Ya desde la fase temprana del horizonte clásico, alrededor del año 300 d. C., existían perfectamente delineadas las dos clases de propiedad agrícola: la propiedad comunal, propiedad del Estado o propiedad pública, que estaba destinada para cubrir las necesidades públicas, y de cuyo cultivo se encaraban los tributarios, utilizando a los esclavos como bestias para los trabajos rudos; y la propiedad particular, de la nobleza y algunos tributarios convertidos en pequeños propietarios, destinada para satisfacer las necesidades de su dueño. Del cultivo de estas últimas, también se encargaban los tributarios, pero su situación respecto a ellas era distinta: en la propiedad comunal, los trabajadores eran considerados como colonos libres; en la particular estaban en cierto modo ligados a la tierra y se consideraban vasallos del feudo, cuyo amo era el dueño.”⁴⁰

Entre los mayas del Posclásico, la herencia se dividía por partes iguales entre los hijos varones, aunque en el reparto podía favorecerse a alguno que se hubiese distinguido en la conservación o aumento del patrimonio. En caso de que solo hubiese hijas, la herencia pasaba a los hermanos del difunto, porque aquellas no tenían derecho a heredar, y si en una sucesión recibían algo

“dábanse por muy agradecidas”⁴¹. Es posible que unas reglas semejantes existiesen en el Clásico.

Delitos y castigos

Dada la importancia que tenían la guerra, la captura de prisioneros y los sacrificios humanos en las sociedades mayas del Clásico, como la copaneca, es posible que sus normas penales fueran muy rigurosas, pero es poco lo que se sabe de ellas. Sí se conocen, sin embargo, algunas características de la normativa penal del Posclásico, entre cuya gama de sanciones figuraban la pena de muerte, la esclavitud, la infamación y el pago de indemnizaciones⁴². La prisión no existía como pena, sino como medida de retención antes de la aplicación de otra pena o la realización de un sacrificio⁴³. Como singularidades del sistema cabe mencionar la posibilidad de indemnización en ciertos delitos⁴⁴, así como la distinción entre dolo e imprudencia en los casos de homicidio e incendio⁴⁵: por ejemplo, en el homicidio culposo el responsable debía indemnizar el daño entregando un esclavo por cada víctima, mientras que en el doloso era castigado con pena de muerte por empalamiento, a menos que se tratase de un menor de edad porque en tal caso era

37 COLÓN, Hernando, Vida del Almirante Don Cristóbal Colón, México, Fondo de Cultura Económica, 1a. reimpr., 1984, pp. 274-275.

38 PÉREZ GALAZ, op. cit., pp. 82-84.

39 LÓPEZ DE COGOLLUDO, op. cit., pp. 180-181.

40 Ibid., p. 56.

41 Ibid., p. 96.

42 Ibid., p. 101.

43 Ibid., p. 103.

44 Ibid.

45 MARGADANT S., op. cit., p. 118.

sometido a esclavitud. Esta norma revela además que los mayas del Posclásico diferenciaban la responsabilidad penal de menores y mayores⁴⁶. El incendiario era castigado con pena de muerte, a menos que hubiese iniciado el incendio por negligencia o imprudencia en cuyo caso procedía una indemnización⁴⁷. Las injurias y la difamación también eran objeto de satisfacciones, mientras que, según escribió Landa, “Los otros agravios hechos con malicia satisfacían siempre con sangre y puñadas.”⁴⁸

En caso de adulterio de la mujer, quedaba a decisión del marido agraviado si se castigaba con la muerte o no al copartícipe; se consideraba que la mujer tenía suficiente pena con su infamación⁴⁹. Otras conductas castigadas con la pena de muerte eran el estupro, el lenocinio y las relaciones sexuales entre varones, y delitos políticos como la traición⁵⁰. Según su mayor o menor cuantía, el robo se sancionaba con la esclavitud o con una indemnización, pero en ambos casos el ladrón debía devolver lo robado; si era un personaje importante se le infamaba labrándole el símbolo del objeto robado en el rostro, desde la frente hasta la barbilla⁵¹.

Declive y fin de la monarquía copaneca

Ignoramos las circunstancias en que la realeza desapareció de Copán, durante el reinado de U Cit Tok. Muchos estudiosos atribuyen el colapso del reino a un desastre ecológico causado por la sobrepoblación y la deforestación irracional, que terminaron provocando sequías, hambrunas y desnutrición, y el consiguiente desprestigio de la realeza y los sacerdotes, incapaces de dar solución a la crisis⁵². Sin embargo, algunos de los complejos residenciales alejados del centro de la urbe continuaron habitados durante cerca de un siglo más, y algunos de los linajes incluso aprovecharon el derrumbe de la monarquía para aumentar su propia riqueza. Sin embargo, sin la autoridad del monarca para mantener unido el reino, muy pronto deben haber empezado a competir y combatir entre sí. A fin de cuentas, la gente simplemente se fue: en los dos siglos siguientes a la caída de la monarquía, desapareció el 90% de la población del valle de Copán⁵³.

A la llegada de los españoles, la cultura población maya de Honduras, en términos

generales, se asemejaba mucho más a la de otros pueblos vecinos, como los lencas, que a la de los mayas yucatecos que estaban viviendo en el Posclásico o Nuevo Imperio⁵⁴: Los mayas hondureños del siglo XVI

“... se asemejaban en muchos aspectos a los lencas. El centro principal Maya en Copán había sido abandonado, aunque probablemente era visitado ocasionalmente para ritos y ceremonias religiosas, incluyendo el entierro de caciques locales.”⁵⁵

III.- LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS EN LA HONDURAS DEL SIGLO XVI. EL ÁREA MESOAMERICANA.

Aunque Colón visitó la costa caribeña de Honduras en 1502, la conquista efectiva del territorio hondureño por los españoles se inició mucho más tardíamente, en el decenio de 1520. Este sometimiento afectó especialmente a los pueblos indígenas de la zona norte y la zona central del país, es decir, a los del Área Mesoamericana. Además de los mayas, entre estos pueblos, que se

hallaban divididos en una gran variedad de reinos y señoríos, figuraban los lencas, los chorotegas, los pipiles y los nahuas⁵⁶. Cabe señalar que los castellanos dieron a los monarcas indígenas de Honduras el apelativo de cacique, voz antillana con la que designaron prácticamente a todos los reyes, caudillos y señores que encontraron en el continente americano, y cuyo uso en cierta medida terminó por dar a entender que eran de menor relieve que los monarcas europeos⁵⁷. Esto hace difícil saber cuántos reinos distintos había en Honduras al momento de la Conquista y cuáles eran las jerarquías y relaciones entre ellos.

El grupo más numeroso era el de los lencas, que al inicio de la Conquista tenía sus dominios en los actuales departamentos de Intibucá, La Paz y Lempira, y gran parte de Comayagua, Francisco Morazán y Valle; el sur y el este de Santa Bárbara y el noroeste de Choluteca⁵⁸. Los pipiles habitaban en algunos lugares de la costa norte y en el área al este y al sur del golfo de Fonseca⁵⁹, en cuyas costas también residían los chorotegas⁶⁰. Los nahuas o mexicanos eran

46 PÉREZ GALAZ, op. cit., p. 102.

47 Ibid., pp. 102-103.

48 LANDA, op. cit., p. 47.

49 PÉREZ GALAZ, op. cit., p. 102.

50 ROBLETO GUTIÉRREZ, Jaime, Aproximación a la normativa penal de las cultura maya y azteca, en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA24/Aproximacionalanormativa.htm>; PÉREZ GALAZ, op. cit., pp. 102-103.

51 ROBLETO GUTIÉRREZ, op. cit.; PÉREZ GALAZ, op. cit., pp. 102-103.

52 DIAMOND, Jared, Colapso, Barcelona, DeBolsillo, 1a. ed., 2007, pp. 213-238; SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. 502 y ss.; WEBSTER y otros, op. cit., pp. 195-212.

53 SCHELE y FREIDEL, op. cit., pp. 443-444.

54 V. NEWSON, op. cit., pp. 73 y 75.

55 Ibid., p. 75.

56 Ibid., pp. 42-54.

57 MANN, Charles C., 1491. Una nueva historia de las Américas antes de Colón, Bogotá, Taurus Ediciones, 1ª. Ed., 2006, pp. 447-448, señala la inconsecuencia de que se siga llamando caciques a los reyes indígenas, así como “tribus” a sus reinos, a pesar de tener igual o mayor tamaño que el de diversos reinos europeos, incluso menos complejos tecnológicamente, como los reinos celtas, lombardos, etc. de los primeros siglos de la Edad Media. A este ejemplo cabe añadir el de los numerosísimos gobernantes mencionados en el Antiguo Testamento con título de reyes, aunque a veces se tratase de jefes de pueblos seminómadas o de ciudades muy pequeñas.

58 HERRANZ, Atanasio, Estado, sociedad y lenguaje: la política lingüística en Honduras, Tegucigalpa, Editorial Guyamuras, 2001, p. 280.

59 NEWSON, op. cit., p. 52.

60 Ibid., p. 50.

aztecas que habían establecido colonias en diversas partes del territorio hondureño, tales como las vecindades de Comayagua y Tegucigalpa⁶¹.

A la llegada de los castellanos, los reinos del centro y el occidente de Honduras tenían un patrón de asentamiento que tendía a una concentración relativamente alta, con poblaciones hasta de decenas de miles de vecinos⁶², y en todo caso mayor que la existente en el Área Intermedia. Poblaciones como Naco, Quimistán, Sula y Tholoma tenían un elevado número de casas y habitantes en su casco urbano, y además una serie de pueblos menores en su esfera de influencia. En Naco había un grupo de edificios públicos, grandes residencias de élite y una cancha de juego de pelota, todos rodeados por edificios de menores dimensiones⁶³. Alrededor de los centros urbanos se extendían campos de cultivo⁶⁴.

Organización política

Los pueblos de habla lenca estaban divididos en al menos cuatro reinos: Care, Cerquín,

Lenca y Potón, subdivididos a su vez en señoríos y pueblos. Estos reinos guerreaban frecuentemente entre sí y con otros pueblos, para conquistar tierras y capturar prisioneros. Efectuaban emboscadas y ataques y tenían fortificaciones en lo alto de los cerros. Antes del inicio de una guerra, enviaban embajadores con el pretexto de concertar una paz, pero en realidad su misión era verificar el poderío de los enemigos. Sin embargo, entre los reinos lencas propiamente dichos sí se acordaban treguas o paces efectivas en determinadas épocas del año⁶⁷.

Los monarcas lencas eran a la vez caudillos militares y tenían bajo su autoridad a otros jefes guerreros; por ejemplo, el célebre héroe Lempira estaba subordinado a Entepica, Rey de Cerquín. La monarquía era hereditaria por vía agnática y el primogénito del rey era su sucesor. Los diversos reyes lencas estaban emparentados entre ellos; es decir, en la cúspide de la jerarquía había clanes o linajes endogámicos⁶⁸.

61 En Ibid., pp. 53-54, Linda Newson se refiere a cuatro posibles emplazamientos de colonias establecidas por comerciantes aztecas: una cerca de Comayagua, otra en Agalteca, otra en Olancho y otra en Tegucigalpa. Sin embargo, la misma autora indica que la evidencia es incierta. También se ha discutido la posibilidad de que Naco, que era una comunidad muy importante a la llegada de los españoles, haya sido una colonia mexicana, aunque también se ha sugerido que era un asentamiento pipil o maya. V. Ibid., p. 53. Según STONE, op. cit., p. 89, en Naco se ha hallado cerámica que se ha clasificado como nahuatl o Mexicana, aunque también piezas que recuerdan el arte lenca.

62 Ibid., pp. 75-76.

63 Ibid., pp. 74-75.

64 CHAPMAN, Los Hijos..., op. cit., p. 70.

65 Ibid., pp. 67-68.

66 NEWSON, op. cit., pp. 85-86.

67 CHAPMAN, Los Hijos..., op. cit., p. 74.

68 Ibid., pp. 67-68.

Entre los chorotegas, los reyes no gozaban de una autoridad absoluta, sino que su poder se compartía con el monéxico, junta o consejo de ancianos elegido cada mes por votación y en el que posiblemente estaban representados los diversos clanes o comunidades⁶⁹. Fernández de Oviedo, al escribir sobre los chorotegas de otras partes de Centroamérica, consignó que los reyes tenían otros vasallos principales y caballeros llamados galpones, que los acompañaban y resguardaban y eran sus cortesanos y capitanes⁷⁰. En algunas comunidades chorotegas, como la de Nagrando, en Nicaragua, el monéxico tenía la potestad de elegir al rey y hasta de darle muerte si lo creía conveniente⁷¹.

Aunque no se sabe gran cosa sobre la organización política de los pipiles de Honduras, los pipiles de El Salvador tenían reyes que gobernaban junto con un consejo de ocho de miembros, parientes suyos, que se distinguían por sus largos vestidos de colores particulares⁷². Juarros describió así las reglas sucesorias de los reinos pipiles:

*“... muerto el Señor entre (en) su lugar el hijo mayor, que debía ser superintendente de las armas; pero que si este no estuviese en edad de tomar el mando, lo haga el hermano o pariente más cercano del Señor difunto, a elección del Senado: y que llegando el primogénito a la edad necesaria, se vea por consulta del Consejo, si es capaz de gobernar el estado, y si muestra inclinación a procurar los aumentos de la República, y alivio de los vasallos: y no pareciendo a propósito, pase el Señorío al hijo segundo; y no habiendo sucesión, el Consejo lo confiará al pariente más cercano, siempre que se halle adornado con las prendas que se requieren para el empleo, y haya mostrado en la guerra y otros cargos, valor y aplicación al gobierno. Excluye de la sucesión a las hembras, porque no es conveniente, que entre un extraño al Señorío por casamiento...”*⁷³

Sin embargo, García de Palacio mencionó la posibilidad de que un monarca pipil fuera sucedido por una hija, al indicar que al día siguiente del fallecimiento, el Papahuaqui o sumo sacerdote

69 FERRERO ACOSTA, Luis, Costa Rica precolombina, San José, Editorial Costa Rica, 6ª. reimpr. de la 1ª. ed., 2000, pp. 118-119; GUERRERO C., Julián, y SORIANO DE GUERRERO, Lola, Las 9 tribus aborígenes de Nicaragua, s. l. e., s. e., 1982, pp. 80-81; MELÉNDEZ CH., Carlos, “Algunas consideraciones acerca de la estructura política de los chorotegas”, en Vº Centenario de Gonzalo Fernández de Oviedo. Memoria del Congreso sobre el Mundo Centroamericano de su Tiempo, San José, Editorial Texto, 1ª. Ed., 1978, p. 221.

70 Ibid., p. 222.

71 ARELLANO, Jorge Eduardo, Historia básica de Nicaragua, Managua, Fondo Editorial CIRA y Programa Textos Escolares Nacionales, 2ª. Ed., 1997, vol. I, p. 18; CHAPMAN, Anne M., Los Nicarao y los Chorotega según las fuentes históricas, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1ª. Ed., 1974, p. 84.

72 BARBERENA, Santiago I, Historia de El Salvador. Época Antigua y de la Conquista, San Salvador, Ministerio de Educación, 3ª. ed., 1977, vol. I, p. 172.

73 JUARROS, Domingo, Compendio de la Historia del Reino de Guatemala 1500-1800, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 1ª. ed., 1981, pp. 254-255.

“...y todos los demás del pueblo tomaban por señor al hijo ó hija, si los tenía y si no al hermano o pariente más cercano, y á la elección de este se hacían grandes bailes y fiestas y sacrificios, y él daba de comer a todos los capitanes y sacerdotes en su casa.”⁷⁴

Juarros también consignó que entre los pipiles existía un sistema de carrera pública jerarquizada:

“Igualmente se estableció que para todos los oficios de la República y de la guerra no se elijan sino Nobles: y que estos pasen por el examen, y experiencia de los oficios menores, para ascender a los mayores.”⁷⁵

Grupos sociales

Entre los lencas, los estratos más elevados de la sociedad eran los integrados por los nobles, los guerreros y los sacerdotes. Aunque ninguno de los pueblos de la Zona Central construyó palacios o templos semejantes a los de Copán, los sacerdotes tenían un papel muy relevante en la vida de todos ellos. Los templos lencas eran edificios pequeños que se ubicaban en

montículos en los campos⁷⁶. Solos los reyes y los miembros de la alta nobleza tenían la facultad de consultar a los sacerdotes, que eran ancianos de origen noble y posiblemente debían permanecer célibes⁷⁷. Como parte de su religión, los lencas se sacaban sangre de diversas partes del cuerpo y sacrificaban animales; hay también algunos indicios de que efectuaban sacrificios humanos, pero sin la antropofagia ritual que sí practicaban los chorotegas y los nahoas⁷⁹.

Los vasallos o gente común pagaban tributos de miel y mantas blancas de cuatro hilos a los señores principales de los lencas. La actividad principal de estos vasallos era la guerra, ya que cultivar la tierra, moler maíz y prestar otros servicios se consideraban tareas propias de los esclavos. Estos eran por lo general prisioneros de guerra y se les cortaba la nariz, quizá como símbolo de su condición. Sin embargo, hay indicios de que los señores principales tenían además a sus servicio hombres libres que administraban sus haciendas⁸⁰.

También entre los pipiles los guerreros tenían un alto rango social. Además, había un complejo cuerpo sacerdotal, a cuya

74 GARCÍA DE PALACIO, Diego, “Relación hecha por el licenciado Palacio al Rey D. Felipe II, en la que describe la provincia de Guatemala, las costumbres de los indios y otras cosas notables, 1576”, en LUNA DESOLA, David, Antropología centroamericana, San José, EDUCA, 2ª. ed., 1982, p. 198.

75 JUARROS, op. cit., pp. 254-255.

76 NEWSON, op. cit., p. 76.

77 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 69.

78 Ibid., pp. 78-79.

79 BARBERENA, Vol. I, p. 236.

80 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 69.

cabeza había un sacerdote principal vitalicio denominado Papa o Papahuaqui, y los sacrificios humanos desempeñaban un papel relevante en su religión⁸¹. Los que no eran guerreros cultivaban las tierras del rey, del Papahuaqui y de los sacerdotes, y de la producción de las suyas propias daban un porcentaje para los militares⁸².

Administración de justicia

En cada pueblo lenca había un juez o justicia mayor, posiblemente emparentado con los reyes, y que era auxiliado por cuatro tenientes. Según el cronista Herrera y Tordesillas, estos jueces tenían a su cargo “... proveer su casa, i las cosas de la República, como de Guerra, de Gobierno, de Agravios, de Sementeras, i Casamientos i otras de consultar á los Sacerdotes, i venir a referir todos juntos al Señor, i dar su parecer en todo...”⁸³

No está claro si entre los chorotegas el monéxico o consejo de ancianos tenía también funciones judiciales. Hay autores que indican que los reyes chorotegas nombraban como jueces a ancianos experimentados y capaces, cuyos fallos eran inapelables⁸⁴, y que en el caso de bigamia la sentencia la dictaba el consejo⁸⁵.

La familia

Entre los lencas, el matrimonio solían concertarse entre los progenitores de los contrayentes, por iniciativa del padre del varón, quien enviaba emisarios a sus futuros consuegros para hacer los arreglos correspondientes. En el caso de los hijos de los reyes,

“... el enviado era un anciano quien llevaba obsequios, se encargaba de destacar las cualidades del pretendiente, y relataba los hechos de sus antepasados. Enseguida se celebraba una fiesta con abundante licor, y al día siguiente la mujer era llevada, envuelta en una cobija y cargada en hombros por un hombre, a la casa de su prometido. Iban acompañados por gente danzando y cantando. Al llegar a la casa del futuro marido, las mujeres descubrían a la novia y la bañaban en agua de flores. La mantenían encerrada durante tres días; luego dormía con su marido durante tres días, los cuales estaban marcados por celebraciones. Pasaba las siguientes tres noches en casa de sus suegros y luego regresaba a casa de su marido, donde se reanudaban las celebraciones.”⁸⁶

81 GARCÍA DE PALACIO, op. cit., pp. 193-196.

82 Ibid., p. 199.

83 HERRERA Y TORDESILLAS, Antonio de, cit por CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 68.

84 QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, Ricardo, Costa Rica, la frontera sur de Mesoamérica, San José, Instituto Costarricense de Turismo, 2ª. ed., 1980, p. 240.

85 Ibid., p. 242.

86 NEWSON, op. cit., p. 87.

En el caso de los plebeyos, el padre del varón enviaba a una anciana con un obsequio de cuatro bolsas de cacao, con cuarenta granos cada una. Los padres de la mujer, después de beber el cacao, hacían entrega de su hija a la anciana, con una cantidad igual de cacao. Se celebraban fiestas en las casas de ambos contrayentes⁸⁷.

En caso de adulterio, no se castigaba a la mujer, porque se consideraba que ocurría por instigación del hombre; a éste a veces se le sancionaba con latigazos y la pérdida de los pendientes de sus orejas y otras pertenencias⁸⁸. Al morir un hombre casado, se solía quemar su casa, y la viuda debía mudarse a vivir con su cuñado⁸⁹.

Si bien predominaba el matrimonio monogámico, era permitida la poligamia; en 1547 el Obispo Pedraza notó que en el pueblo de Cozumba, cerca de San Pedro Sula, los varones tenían de diez a doce esposas⁹⁰.

Sobre las costumbres matrimoniales de los pipiles, García de Palacio consignó que era oficio del monarca

“... mandar sembrar y casar á los indios, y siempre los casaban con muchachas,

*y cuando estaban concertados, si acaso el yerno encontraba al suegro, torcía el camino; lo propio hacía la nuera a la suegra. Y hacían esto porque el diablo les decía, que no habrían hijos si se topasen con los suegros. El casamiento y boda se hacía de esta manera: los padres de la novia iban por el novio, y lo llevaban al río á lavar, y los parientes del novio iban por la novia; y lavados en el río ambos, los envolvían á cada cual en su manta blanca, nueva, y los llevaban a la casa de novia, y los ataban juntos en las mantas añudadas, desnudos en cueros. Los parientes del novio daban de presentes a la novia jicoles, mantas, algodón, gallinas, cacao; y los parientes de la novia lo mismo al novio, y luego comían todos juntos; á estos casamientos se hallaban el cacique y el Papa, de necesidad.”*⁹¹

Los pipiles practicaban la exogamia. En los más cercanos grados de parentesco no se podía casar nadie; en otros grados, más lejanos, solo se permitía el matrimonio si el varón se había distinguido con un gran hecho de armas⁹². Se castigaba con pena de muerte a las parejas que tuvieran relaciones sexuales dentro de grados prohibidos del parentesco y al que tuviera relaciones sexuales con una mujer casada. Al que le

87 Ibid.
88 Ibid.
89 Ibid., p. 88.
90 Ibid., p. 87.
91 GARCÍA DE PALACIO, op. cit., p. 198.
92 Ibid., p. 198.

hablaba o le hacía señas a una casada le confiscaban sus bienes y lo desterraban del pueblo⁹³.

Según los datos recogidos por los españoles en Nicaragua y Costa Rica, los vínculos familiares tenían mucha importancia en el ordenamiento chorotega. La organización social era androcática y patriarcal, pero la familiar era fundamentalmente cognática o matrilineal⁹⁴. Estaba prohibido el matrimonio entre ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos⁹⁵, aunque el incesto era prácticamente desconocido⁹⁶. La celebración de una boda habitualmente requería también de ciertas ceremonias. Se iniciaba con la petición de mano de la mujer, que efectuaba el padre del pretendiente mediante una visita formal a los padres de aquélla. Si la solicitud era aceptada, se fijaba fecha para la celebración de la boda. El compromiso matrimonial se celebraba con grandes fiestas, a las que acudían las familias de los novios y sus amigos y vecinos. Antes de la boda, ambos contrayentes recibían de sus respectivos padres una dote, que podía incluir tierra cultivable, una vivienda y diversos bienes muebles. Las tierras y las alhajas de valor eran heredadas por los

hijos de la pareja; pero si moría uno de los cónyuges sin que el matrimonio hubiese tenido descendencia, esos bienes volvían a poder de sus padres⁹⁷. El matrimonio chorotega era monogámico, y al parecer indisoluble, salvo en caso de adulterio o bigamia. Algunos reyes y personajes de alto rango tenían concubinas, pero nunca se les consideraba como esposas legítimas⁹⁸. El padre tenía la potestad de vender a los hijos para sacrificios⁹⁹. En algunos reinos chorotegas de Costa Rica y Nicaragua, los monarcas ejercían el derecho de pernada a pedido de la familia de la mujer, pues así a ésta le era más fácil encontrar marido¹⁰⁰. Según López de Gómara algunos indígenas de Nicaragua cedían voluntariamente la virginidad de sus novias a los reyes¹⁰¹.

La ceremonia matrimonial chorotega se efectuaba en presencia del rey y de las familias de los novios. El monarca, con su mano derecha, tomaba a los contrayentes por los dedos corazón y meñique de sus manos izquierdas, los conducía hasta una pequeña casa destinada a efectuar ritos matrimoniales y allí les decía: *“Mirad que seáis buenos esposos y que miréis por*

93 Ibid., p. 199.
94 FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125.
95 ARELLANO, vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicarao... , op. cit., p. 33; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.
96 Ibid., p. 242.
97 GUERRERO y SORIANO, op. cit., pp. 53-54.
98 CHAPMAN, Los Nicarao... , op. cit., p. 34.
99 LÓPEZ DE GÓMARA, Francisco, Historia general de las Indias, Madrid, Editorial Iberia, 2ª. ed., 1965, vol. I, p. 356.
100 FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125; MELÉNDEZ CH., op. cit., p. 37.
101 LÓPEZ DE GÓMARA, op. cit., vol. I, p. 354.

*vuestra hacienda, y que siempre la aumentéis y no la dejéis perder.*¹⁰² Después la pareja guardaba silencio mientras miraba arder una astilla de ocote. Cuando ésta se consumía, se consideraba concluida la ceremonia y los nuevos esposos se retiraban a una habitación de la casa para consumir el matrimonio. Las fiestas de la boda se iniciaban al día siguiente, cuando la pareja salía de la casa y el marido manifestaba ante sus amigos y parientes que había encontrado virgen a la mujer. Esta declaración originaba un regocijo general. En caso de que anunciase que la mujer no era virgen y le había sido entregada como tal, la novia era devuelta a casa de sus padres y la boda se tenía por no celebrada. Empero, si desde antes de la boda el novio había sabido que la mujer no era virgen, el matrimonio se consideraba válido¹⁰³.

El adulterio de la mujer chorotega era sancionado con una amonestación, un fuerte castigo corporal y la expulsión del hogar. Sus familiares la insultaban y la desconocían, y la comunidad la consideraba como una mujer impura, desleal y desvergonzada¹⁰⁴.

Sin embargo, cuando la comunidad celebraba ritos de catarsis colectiva, a veces acompañados de sacrificios humanos y antropofagia ritual¹⁰⁵, una mujer casada, incluso de alto rango, podía tener relaciones sexuales con quien quisiese o le pagase, sin que después se presentasen escenas de celos ni castigos¹⁰⁶. La bigamia del varón era castigada con la pérdida de bienes y el destierro, y su esposa legítima podía contraer nuevas nupcias, si no tenía hijos con el bígamo. En caso de haberlos, no podía casarse de nuevo, pero si ella se encargaba del cuidado de los hijos, disfrutaba de los bienes del bígamo. La mujer que a sabiendas contraía matrimonio con un hombre casado perdía todos sus bienes a favor de la esposa legítima¹⁰⁷.

Vida comercial

En los pueblos lencas había una gran actividad comercial. Además de los mercados locales, había mercaderes itinerantes que traían desde lugares lejanos bienes productos como sal, achiote, mantas, plumas y cacao. Este último era muy apreciado por los lencas, en cuyos dominios no se cultivaba¹⁰⁸, y era usado como moneda¹⁰⁹.

102 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 23; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 124; GUERRERO y SORIANO, op. cit., p. 55.

103 FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 124; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

104 Ibid.

105 Sobre los sacrificios humanos entre los chorotegas, V. ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 27; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., pp. 56-61; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., pp. 128 y 133.

106 Ibid. , p. 125; LÓPEZ DE GÓMARA, op. cit., vol. I, p. 354; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

107 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 23; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 47; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125; GUERRERO y SORIANO, op. cit., p. 57; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

108 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 77.

109 Ibid., pp. 79 y 105.

Los tiánguez o mercados desempeñaban un papel central en la vida económica de los pueblos chorotegas de Costa Rica y Nicaragua y muy posiblemente también en la de los chorotegas de Honduras, por lo que debieron existir normas de cierta complejidad sobre comercio y contratación¹¹⁰. Estos mercados eran atendidos por mujeres, y a ellos no podían ingresar varones de la misma población, salvo jóvenes que nunca hubiesen tenido relaciones sexuales¹¹¹. Los hombres que violasen tales prohibiciones podían ser apedreados o vendidos como esclavos o para ser comidos¹¹². Al frente de los mercados había una especie de jueces-administradores elegidos cada cuatrimestre por el Monéxico, para no permitir abusos en las transacciones. Estos jueces castigaban sin remisión alguna a los transgresores de las ordenanzas y costumbres, y hacían que se tratase con mucha cortesía a los forasteros, para que regresasen¹¹³. Aunque el trueque y la reciprocidad desempeñaran un papel importante en los intercambios, las semillas de cacao servían como moneda, y se presentaban casos de falsificación,

mediante la artimaña de extraer el cacao de las semillas y llenar éstas con tierra¹¹⁴.

Propiedad y trabajo

La economía lenca era fundamentalmente agrícola, pero hay pocos datos sobre la normativa que regía las tierras cultivables:

*“Hay poca evidencia de la naturaleza del sistema de tenencia de la tierra en épocas precolombinas. Sin embargo probablemente era un sistema de tenencia comunitaria en el que las tierras eran asignadas a familias individuales para el cultivo. Es dudoso que estas tierras fueran consideradas como la propiedad privada de las familias; hoy día no son consideradas así.”*¹¹⁵

La propiedad privada individual debió existir principalmente con respecto a los bienes muebles. A los ladrones se les confiscaban sus bienes, salvo cuando el robo era cuantioso, ya que entonces se le cortaban las manos y las orejas¹¹⁶. No hay testimonios de que la esclavitud haya sido utilizada por los lencas como escarmiento por delitos graves, como sí ocurría entre los chorotegas¹¹⁷.

110 GUERRERO y SORIANO, op. cit., pp. 73-75.

111 Ibid., pp. 75-76.

112 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 46.

113 MELÉNDEZ CH., op. cit., p. 221.

114 CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., pp. 27-28.

115 NEWSON, op. cit., p. 77.

116 Ibid., p. 87.

117 Entre los chorotegas de Costa Rica y Nicaragua, el ladrón era condenado a devolver lo robado y a servir a su víctima para resarcirla del perjuicio, y permanecía atado en casa del ofendido hasta que éste quedase satisfecho; si no se recibía la compensación, podía caer en esclavitud. Algo similar ocurría cuando se cometía un homicidio, ya que el autor debía compensar el hecho con bienes a satisfacción de los familiares de la víctima, y en caso contrario se convertía en su esclavo. V. ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 46; GUERRERO y SORIANO, op. cit., pp. 76-77; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

Como en otras comunidades de Mesoamérica, las relaciones económicas y laborales imperantes entre los chorotegas posiblemente se desarrollaban como redes de reciprocidad en el intercambio de bienes y servicios. La propiedad de la tierra cultivable y el trabajo agrícola debieron ser fundamentalmente de índole colectiva¹¹⁸ :

*“... probablemente era un sistema de tenencia comunitaria en el que las tierras eran asignadas a familias individuales para su cultivo. Es dudoso que estas tierras fueran consideradas como la propiedad privada de las familias; hoy día no son consideradas así.”*¹¹⁹

Se ha dicho que entre los chorotegas la tierra no se podía vender y los padres la transmitían a sus hijos o a otros parientes por falta de descendencia, cuando sentían que había llegado su última hora¹²⁰. Sus libros de cuero de venado con planos de las heredades insinúa que existía algún tipo de catastro¹²¹, aunque es posible que los litigios sobre terrenos no fuesen entre individuos sino entre grupos.

Entre los pipiles, aunque las reglas relativas a la sucesión del reino excluyeran a la mujer,

esta podía heredar otros bienes, como tierras, casas y esclavos¹²² .

Delitos y castigos

Los datos disponibles sobre las normas penales de los pueblos de la Zona Central indican que desde un punto de vista jurídico occidental eran sistemas de escasa complejidad, con pocas infracciones y pocas sanciones.

Las normas penales de los pipiles de El Salvador eran muy rigurosas, ya que por ejemplo se castigaban con la pena de muerte el adulterio, el hurto grave, la violación de una virgen, la trasgresión de las normas sobre exogamia y el menosprecio de los sacrificios o los ritos religiosos. Al que mentía se le azotaba, y si era sobre asuntos militares se esclavizaba. También era sometido a esclavitud el que tuviese relaciones sexuales con una esclava ajena, a menos que el Papa lo perdonase por servicios prestados en la guerra¹²³ . Juarros consignó que

“... a los ladrones se les daba pena de destierro perpetuo: a los homicidas por alevosía se mandaba fuesen despeñados: y del mismo modo se proporcionaban las penas

118 Así era, por ejemplo, entre los chorotegas de Costa Rica y Nicaragua; V. ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 28; GUERRERO y SORIANO, op. cit., pp. 71-72.

119 NEWSON, op. cit., p. 77.

120 QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

121 GUERRERO y SORIANO, op. cit., p. 72.

122 JUARROS, op. cit., p. 255.

123 GARCÍA DE PALACIO, op. cit., pp. 198-199.

*a los otros delitos, muy conforme a razón: bastando lo dicho para que se conozca, que no obraban sin ella estos indios...”*¹²⁴

Entre los chorotegas, había diversos delitos graves relacionados con la actividad sexual. Si un sirviente tenía relaciones sexuales con la hija de su amo, ambos eran enterrados vivos¹²⁵ . También se castigaban con pena de muerte, mediante apedreamiento, las relaciones sexuales entre varones¹²⁶. Quien violase a una mujer era atado en la casa de la ofendida y sus propios parientes debían mantenerlo hasta que compensase el delito con cierta cantidad de bienes; de no hacerlo se convertía en esclavo de la familia de aquella¹²⁷. No existían penas para el parricidio ni el regicidio, porque consideraban que ninguna persona era capaz de cometer tales delitos¹²⁸ .

IV.- LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDIGENAS EN LA HONDURAS DEL SIGLO XVI. LOS SISTEMAS NORMATIVOS DEL ÁREA INTERMEDIA.

La región de Honduras correspondiente al Área Intermedia, es decir, el noreste y el este del actual territorio hondureño¹²⁹ , fue denominada por los españoles con el nombre genérico de Taguzgalpa, aunque a veces se la dividía en las provincias de Taguzgalpa y Tologalpa. Según el religioso fray Francisco Vázquez, la Taguzgalpa abarcaba más de cuatrocientas leguas, ya que se extendía por la costa caribeña desde la ciudad de Trujillo hasta el río Negro y hacia el sur llegaba hasta la confluencia de los ríos Guayape y Guayambre; es decir, comprendía gran parte de los actuales departamentos de Colón y Olancho. La Tologalpa comprendía el resto del oriente hondureño –el departamento de

124 JUARROS, op. cit., p. 255.

125 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 47; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

126 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 47; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125; GUERRERO y SORIANO, op. cit., p. 77; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

127 ARELLANO, op. cit., vol. I, p. 24; CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 47; FERRERO ACOSTA, Costa Rica... , op. cit., p. 125; GUERRERO y SORIANO, op. cit., p. 77; QUESADA LÓPEZ-CALLEJA, op. cit., p. 242.

128 V. CHAPMAN, Los Nicaraos... , op. cit., p. 46; FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, El Descubrimiento y la Conquista. Reseña histórica de Talamanca, San José, Editorial Costa Rica, 1ª. ed., 1975, pp. 23-24. Además, LÓPEZ DE GÓMARA, op. cit., vol. I, p. 354, refiere que entre los indígenas de Nicaragua, dentro de los cuales comprendía a los chorotegas, “No hay pena para quien mata a cacique, diciendo que esto no puede acontecer”.

129 FERRERO ACOSTA, Luis, Entre el pasado y el futuro, San José, Editorial Costa Rica, 1ª. ed., 1988, p. 15.

Gracias a Dios- y la actual vertiente caribeña de Nicaragua¹³⁰ .

A la llegada de los castellanos el Área Intermedia de Honduras estaba habitada por numerosas comunidades con costumbres y lenguas distintas, aunque la mayoría de sus idiomas pertenecían a la familia macrochibcha o estaban emparentados con el chibcha¹³¹ . La cultura de algunos de estos grupos tenía muchos elementos similares a la de los pueblos caribeños, pero en otros era perceptible la influencia sudamericana: por ejemplo, entre los mosquitos y los tawahkas se consignaban cantidades y otros datos en cordeles con nudos, lo cual puede haber sido inspirado por el complejo sistema de los quipus peruanos o tener una raíz común con éste¹³² .

En los documentos de los españoles aparecen mencionados muchos grupos, pero

las referencias al respecto son demasiado imprecisas y escuetas como para poder identificar con claridad las diversas etnias y sus características específicas. Entre las principales etnias cabe mencionar a los tolupanes¹³³ , los pech¹³⁴ , los tawahkas o mayangna¹³⁵ , los ramas y los mosquitos, aunque fray Francisco Vázquez, al hablar sobre las misiones en la Honduras del siglo XVII, enumeró veintinueve naciones distintas y además indicó que había “otras muchas”¹³⁶ .

A los europeos les llamó la atención la gran diversidad lingüística¹³⁷, y todavía hoy, los idiomas indígenas que subsisten en Honduras tienen características bastante diferentes. Posiblemente también existía una gran pluralidad de ordenamientos normativos. Sin embargo, los datos sobre la vida jurídica de los indígenas del Área Intermedia son singularmente escasos,

130 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 47.

131 V. CONSTENLA HUMAÑA, Las lenguas... , op. cit.

132 CONZEMIUS, Eduard, Estudio etnográfico sobre los indios miskitos y sumus de Honduras y Nicaragua, San José, Asociación Libro Libre, 1ª. Ed., 1984, pp. 226-227.

133 Estos indígenas también son conocido con el nombre de toles o torrupanes. Para el conocimiento de su cultura es especialmente valiosa la obra de CHAPMAN, Anne, Los hijos de la muerte. El universo mítico de los Tolupán-Jicaques (Honduras), Tegucigalpa, Instituto Hondureño de Antropología e Historia, 2ª. ed., 2000. La denominación jicaques, de origen náhuatl, se daba a estos indígenas en un sentido despectivo y puede significar “tener alguien mala reputación”. V. DAVIDSON, William, “Geografía de los toles de Honduras en el siglo XVIII”, p. 59. Su texto en Mesoamérica, Cuaderno 6, Junio de 1985, pp. 58-90.

134 El término tradicionalmente utilizado para designar al pueblo pech, paya, es peyorativo, ya que significa bárbaro o animal. V. http://www.unesco.org/uy/phi/aguaycultura/fileadmin/phi/aguaycultura/Honduras/FICHA_PUEBLO_PECH.pdf, p. 25.

135 También llamados sumos o sumus.

136 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 50. Las naciones enumeradas por Vázquez son las de los aguncualcas, los alaucas, los alhatuinas, los apazinas, los barucas, los bocayes, los bucataguacas (¿tawahkas?), los cuges, los fantasmas (pantasma), los gualas, los gualaes, los guanaes, los guayae, los jaras, los lencas, los limucas, los mexicanos, los motucas, los nanaicas, los panamacas (una subtribu de los tawahkas), los payas (pech), los quicamas, los tahuas (¿tawahkas?), los taos, los taupanes (¿tolupanes?), los tomayes, los xicaques (tolupanes), los yguyales y los ytziles.

137 El misionero fray Francisco Espino, que predicó en el oriente de Honduras en el último tercio del siglo XVII, escribió que en el valle de Olancho había más de doscientas naciones e idiomas. V. CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 50.

aislados y fragmentarios: la mayor parte de la región permaneció sin ser conquistada por los españoles, y las primeras descripciones de las costumbres de sus habitantes se deben a misioneros que empezaron a actuar allí a principios del XVII¹³⁸ .

En el Área Intermedia, la tendencia de las comunidades a la concentración urbana fue mucho menor que la existente en la región mesoamericana, quizá debido a que los cultivos nómadas o seminómadas obligaban a los grupos a desplazarse con cierta frecuencia: por ejemplo, los tawahkas del interior construían refugios para unos pocos días y se reubicaban constantemente según la disponibilidad de plátanos; los pech, por su parte, cambiaban de sitio casi semanalmente, y el nomadismo era aún mayor entre los tolupanes, que dependían en mayor grado de los recursos alimenticios silvestres¹³⁹ . Algunos indígenas pech vivían en chozas pequeñas situadas a una o dos leguas de distancia entre sí; pero también existían palenques o ranchos de grandes dimensiones donde residían muchas personas vinculadas por lazos familiares, y cada familia nuclear vivía separadamente en ciertas piezas formadas alrededor de la casa propiamente dicha¹⁴⁰ .

138 NEWSON, op. cit., p. 91.

139 Ibid., pp. 92-93.

140 CONZEMIUS, E., “Los Indios Payas de Honduras, Estudio geográfico, histórico, etnográfico y lingüístico”, p. 285, en Journal de la Société des Américanistes, París, 1927, vol. 19, pp. 245-302, y tomo XX, pp. 253-360. Su texto puede consultarse en http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/jsa_0037-9174_1927_num_19_1_3627

141 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 86.

142 NEWSON, op. cit., p. 105.

Organización política

La organización política de los pueblos del Área Intermedia parece haber sido menos compleja que la de los pueblos mesoamericanos. En general, la jefatura de los grupos recaía en consejos de ancianos, reyes y caudillos militares temporales¹⁴¹. Un misionero escribió:

*“Tiénesse noticia que algunas naciones internadas en lo anchuroso de las montañas se gobiernan unos por señores teniendo como república y otros por parcialidades pero parece ser lo más cierto que no han tenido república, sino que han vivido siempre sin cabeza ni señor natural ni electo y que cuando más se han sujetado sin reconocer jurisdicción a alguno que sobresalga en fiereza, valor o industria o bien para que los capitanees en las guerras que entre sí tienen o para que los gobierne en otras cosas que se ofrecen de su utilidad lo que fenecido quedan sin superioridad, sin ley, rey ni asiento.”*¹⁴²

Obviamente, la mayoría de las comunidades sí tenía líderes políticos, militares y religiosos. Dados que los enfrentamientos bélicos entre las diversas naciones eran

constantes, a menudo se requería de caudillos militares, que generalmente eran escogidos por los ancianos de la respectiva comunidad. Sin embargo, su autoridad podía circunscribirse a la duración del conflicto o cesar si los servicios del designado resultaban insatisfactorios¹⁴³. Los conflictos generalmente eran provocados por el propósito de obtener mujeres y esclavos o para controlar ciertas áreas de cultivo o de caza¹⁴⁴, y frecuentemente se practicaba la antropofagia con prisioneros de guerra:

“Practicaban el canibalismo, pero es dudoso que tuviera un significado religioso. A menudo los prisioneros de guerra eran muertos y comidos, pero su muerte significaba poco más que su derrota y la victoria de sus captores. Algunos eran muertos empalados, atravesándoles el torso con una estaca, pero en este caso las víctimas no eran comidas. Se desconocen las razones que explican estas prácticas.”¹⁴⁵

Además de los caudillos militares, en casi todos los grupos era muy importante la figura del sukia o shamán, que actuaba como médico, mago y consejero; entre los pech, el oficio de shamán, al que después

de la Conquista se le llamó saurín¹⁴⁶, era hereditario¹⁴⁷. El etnólogo luxemburgués Eduard Conzemius indica que los saurines pech

“... eran antes también los caciques o jefes de los Payas y en caso de guerra tomaron la dirección de las operaciones militares... Al fallecimiento de un saurín le sucede su hijo más inteligente o un pariente muy cercano que desde edad tierna fue iniciado en este arte... la ley sálica estaba rigurosamente en vigor y ninguna mujer podía suceder en el oficio... No se dejarían los Payas mandar por una mujer, y los indios vecinos les ridiculizarían y les tratarían de mujeres.”¹⁴⁸

Para los tolupanes, el chamán, al que llamaban punakpán, era un mediador entre los seres sobrenaturales y los humanos; cumplía funciones de consejero, médico y adivino y gozaba de gran prestigio e influencia¹⁴⁹. Además, los tolupanes tenían reyes, uno de los cuales, Sicumba, era en 1536 monarca de muchos pueblos ubicados en las riberas del río Ulúa¹⁵⁰ y dirigió la resistencia de su nación contra el Adelantado Pedro de Alvarado.

143 Ibid., p. 106.

144 Ibid., p. 107.

145 Ibid., p. 111.

146 Este término derivaba del árabe zahorí, que quiere decir geomántico y se daba a las personas con facultades para ver lo oculto y especialmente adivinar la ubicación de aguas subterráneas. V. CHAPMAN, “Chamanisme et magie des ficelles chez les Tolupan (Jicaque) du Honduras”, p. 44 n. 3, en Journal de la Société des Américanistes, París, 1970, vol. 59, pp. 45-64. Su texto puede consultarse en http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/issue/jsa_0037-9174_1970_num_59_1_2064?_Prescripts_Search_isPortletOuvrage=false

147 NEWSON, op. cit., p. 110.

148 CONZEMIUS, “Los Indios...”, op. cit., p. 297.

149 CHAPMAN, “Chamanisme...”, op. cit., pp. 44-45.

150 BARAHONA, Marvin, Evolución histórica de la identidad nacional, Tegucigalpa, Editorial Guaymuras, S. A., 1ª. Ed., 1991, p. 89.

Entre los tawahkas se da un papel de relevancia a los ancianos, como consigna Ramón D. Rivas:

“Las personas de edad avanzada siguen dedicándose a sus labores cotidianas, en la medida en que sus fuerzas físicas y sus capacidades intelectuales lo permiten. La anciana tawahka tiene a su cargo la educación de los niños pequeños y ciertas labores artesanales que exigen de ella tiempo y paciencia. Los hombres ancianos ocupan, en la jerarquía civil y religiosa del grupo, un puesto que deben a su experiencia y sabiduría. Son respetados y escuchados. Se disfruta de su compañía y se les piden consejos.”¹⁵¹

Administración de justicia

Dado que la organización política de los pueblos del Área Intermedia hondureña no presentaba elevados grados de complejidad, posiblemente la administración de justicia se efectuaba de modo bastante rápido y sencillo y recaía en los gobernantes, los chamanes o los ancianos en los casos más graves, o quedaba en manos de la persona perjudicada¹⁵². Las artes mágicas podían ser relevantes en esta materia; por ejemplo,

Conzemius dejó constancia de que en ciertos casos de robo entre los pech

“... el denunciador no permite que se mencione su nombre por temor que el denunciado se vengue con brujerías, por lo tanto muy rara vez es posible probar un delito.”¹⁵³

La familia

Entre los tawahkas y los pech parece haber prevalecido un sistema de parentesco cognático o matrilineal¹⁵⁴, por lo que debió ser muy importante el avunculamiento o relación de las personas con sus tíos maternos.

La poligamia era permitida en las comunidades de los mosquitos y los tawahkas, mientras que entre los tolupanes y los pech la monogamia era la regla. Las costumbres matrimoniales de los pech eran especialmente rigurosas: castigaban con la muerte las relaciones sexuales prematrimoniales; prohibían el matrimonio dentro del tercer grado de consanguinidad y tampoco permitían celebrarlo con personas de otras tribus, al extremo de que daban muerte a los hijos nacidos de una unión semejante¹⁵⁵. En algunas comunidades,

151 RIVAS, Ramón D., Pueblos indígenas y garífuna de Honduras: (una caracterización), Tegucigalpa, Editorial Guyamuras, 1a. ed., 1993, p. 384.

152 CONZEMIUS, Estudio... , op. cit., p. 213.

153 CONZEMIUS, “Los Indios...”, op. cit., p. 298 nota 1.

154 MARTÍN-CANO ABREU, Francisca, Sociedades matrimoniales de Sudamérica, en <http://culturaarica.iespana.es/suramerica.matrilineal.html>

155 NEWSON, op. cit., p. 107.

la mujer embarazada vivía en una sección separada de la casa, daba a luz en una choza aparte y después del parto se hacía una ceremonia de purificación para recibirla a ella y a la criatura, pero se daba muerte a los niños deformes¹⁵⁶. Entre los mosquitos, los gemelos eran abandonados al nacer, ya que se consideraban como prueba de la infidelidad de la mujer y se consideraba que solo uno de los niños era hijo del marido¹⁵⁷. Aunque no conllevaran relaciones consanguíneas, entre los mosquitos tenían gran importancia los vínculos mediante los cuales dos personas se convertían en amigos de alianza (libra)¹⁵⁸ o amigos de nacimiento (lapyá)¹⁵⁹, al extremo de que nadie podía casarse con un pariente cercano de su libra o su lapyá. También se prohibía el matrimonio entre hijos de dos hermanos o dos hermanas, pero se permitía cuando los primos eran hijos de un hermano y una hermana. En caso de viudez, era habitual que el viudo se casara con una hermana de su difunta esposa y la viuda con un hermano de su difunto marido¹⁶⁰. Si la viuda quería casarse con otro hombre, debía ser comprada a los familiares de su esposo

y aun en ese caso el matrimonio no podía celebrarse sino hasta que se efectuara el ritual conocido como sikro o festival de los muertos, casi un año después del deceso del primer marido¹⁶¹.

El rito de bodas era sumamente sencillo: el bucanero francés Alexandre-Olivier Exquemelin, que visitó la Mosquitia a fines del siglo XVII, consignó que el padre de la contrayente, una vez que tuviera la certeza de que el pretendiente era un experto cazador y pescador, ordenaba a la hija que trajera un guacal con una bebida de miel y piña; el novio bebía el contenido hasta la mitad y después ofrecía el resto a la muchacha¹⁶².

Entre los tawahkas también existe hasta hoy una forma de matrimonio mediante rituales muy simples:

“Los padres determinan el futuro de sus hijos, mediante el acuerdo verbal entre los padres cuando los hijos están aún en la niñez o en la adolescencia. En tal sentido, entre las familias ocurre un acercamiento natural y una serie de condiciones que posibilitan

156 Ibid., p. 107.

157 CONZEMIUS, Estudio ..., op. cit., pp. 298-299.

158 Según consigna Conzemius en Ibid., p. 222, “Una pareja de hombres o de mujeres pueden intercambiar sus nombres, o simplemente algún tipo de posesión personal, como muestra de perpetua amistad, llamándose entre sí libra. Esta costumbre es común entre los Miskitos y se la encuentra ocasionalmente entre los Sumus. Dicha amistad es tan querida por ambos como si fueran hermanos y un indígena puede confiar la esposa a su libra con toda seguridad.”

159 Esta relación surgía entre una persona y la persona que hubiese cortado su cordón umbilical en el momento de su nacimiento. V. Ibid., pp. 296-297.

160 Ibid., p. 289.

161 Ibid., p. 294. Sobre el festival de los muertos o sikro, V. Ibid., pp. 314-318. Entre los tawahkas existe una celebración similar, denominada sau. V. Ibid., pp. 318-319.

162 Ibid., p. 290.

*la prematura aspiración familiar. Llegado el momento de la unión conyugal, se efectúan los preparativos, desarrollándose una simple ceremonia de entrega, acompañada de consumo de chicha y de una comida tradicional...”*¹⁶³

En la ceremonia propiamente dicha, un anciano sermoneaba a la pareja, y después los contrayentes juntaban los pulgares de sus manos derechas, mientras aquel les separaba las manos haciendo un ademán con la suya propia. Una vez concluida la boda, el yerno tahwaka nunca más debía dirigirle la palabra a su suegra y ni siquiera mirarla, y había una serie de reglas para que no tuvieran que encontrarse, cuya violación podía ser considerada como un insulto a la suegra y dar lugar a una indemnización en favor de esta. Estas tabúes existían también en algunos grupos mosquitos¹⁶⁴.

Además de la muerte, entre los mosquitos existían varias causales para la disolución de un matrimonio:

“De vez en cuando marido y mujer se separan por mutuo acuerdo, quedando los hijos a cargo de la madre. Una mujer es generalmente abandonada por su marido

*si no le da hijos. Cuando está enfermo el joven marido no permanece en casa de sus suegros, sino que regresa a su casa en busca de tratamiento; en caso de que su enfermedad sea incurable, o si es perezoso o cruel, ya no será admitido nuevamente en casa de los suegros y su matrimonio puede considerarse disuelto. El marido sin embargo, tiene derecho a reclamar pago por todos los regalos que hizo a su esposa y a su familia.”*¹⁶⁵

Comercio

No se ha hallado ninguna referencia documental sobre la existencia de mercados, aunque puede suponerse que en algunos lugares hubo un comercio muy intenso; la embarcación de mercaderes, posiblemente mayas, que vio Colón en la costa oriental hondureña conducía variados productos, entre ellos armas, telas y cacao¹⁶⁶. No hay indicios, sin embargo, de que fuera habitual el uso del cacao como moneda; posiblemente, para la mayoría de las comunidades el trueque de productos o el intercambio de bienes y servicios fuera la manera habitual de efectuar transacciones; todavía hoy, por ejemplo, entre los tawahkas el trueque sigue siendo la principal forma de intercambio¹⁶⁷.

163 RIVAS, op. cit., p. 388.

164 CONZEMIUS, Estudio ..., op. cit., pp. 290-291.

165 Ibid., p. 294.

166 COLÓN, op. cit., pp. 274-275.

167 RIVAS, op. cit., p. 378.

Propiedad y trabajo

En el Área Intermedia debieron prevalecer sistemas colectivos de trabajo y de propiedad de la tierra cultivable:

*“Estas sociedades no eran estratificadas. La repartición de productos se hacía para toda la comunidad. Había poca diferenciación socioeconómica entre sus miembros. Las casas, las sementeras y el trabajo eran por lo general comunales... Su economía de subsistencia –agricultura en pequeña escala,, caza, pesca y recolección- exigía una dispersión de la población en pequeños grupos semisedentarios.”*¹⁶⁸

Entre los tawahkas subsiste hoy un sistema de reciprocidad llamado mano vuelta, mediante el cual las personas se ayudan mutuamente en los trabajos agrícolas, la construcción de viviendas y otras actividades. La división del trabajo entre los sexos se rige por normas muy estrictas y por verdaderos tabúes: un varón que realice una de las tareas habitualmente asignadas a las mujeres puede ser rechazado por sus parientes.¹⁶⁹

Posiblemente en la mayoría de estos pueblos la propiedad privada solo existió con respecto a bienes muebles, algunos

de los cuales eran sepultados junto con su propietario a la muerte de éste. Entre los pech existía la costumbre de enterrar a los difuntos con algunas de sus pertenencias personales; Conzemius anota que también se solían destruir los árboles frutales y los cultivos del extinto¹⁷⁰, costumbre que también existía entre los mosquitos¹⁷¹. Estos, según consignó Exquemelin, solían además matar a los esclavos y sirvientes de un difunto, para sepultarlos con él y que le sirvieran en el otro mundo¹⁷².

Delitos y castigos

Es muy poca la información que hay sobre esta materia, pero se sabe que en varias comunidades se imponía la pena de muerte para castigar delitos especialmente graves. Fray Francisco Vázquez describió la muerte de una muchacha acusada de hechicería y fray Francisco Espino consignó que si una pareja pech tenía relaciones sexuales antes de casarse se les flechaba hasta matarlos¹⁷³.

De los datos recogidos por Conzemius entre los mosquitos y los tawahkas, se concluye que antes del surgimiento en el siglo XVII de la monarquía mosquita,

*“... el castigo de los criminales era confiado a la persona agraviada, más que a oficiales especiales de justicia. Si la persona injuriada no tomaba ninguna acción para vengarse, era considerada como cobarde.”*¹⁷⁴

Este autor consigna también algunas de las normas de esos pueblos sobre delitos y castigos, que revelan la importancia de la venganza privada y la solidaridad penal de las familias. Por ejemplo, un homicida debía suicidarse; si no lo hacía, los parientes de la víctima podían matarlo sin riesgo para ellos, y además su memoria quedaba deshonrada¹⁷⁵. Conzemius añade que

*“Estos actos de venganza no eran considerados como crímenes, sino simplemente como castigos merecidos, con los cuales se expiaban faltas supuestas o reales. Así un asesinato a menudo era el primer eslabón de una cadena de crímenes similares, ya que los parientes del primer victimado se consideraban comprometidos, según la costumbre indígena, a terminar con el asesino.”*¹⁷⁶

También las lesiones, dolosas y culposas, debían indemnizarse “en moneda de sangre”. En caso de adulterio, el marido

podía dar una paliza a la mujer infiel y exigir una indemnización de su cómplice; sin embargo, si la mujer se suicidaba después de la paliza, el marido debía indemnizar a sus familiares¹⁷⁷.

El ladrón era obligado a restituir el doble del valor del objeto robado¹⁷⁸. En caso de que una persona no devolviera lo que le hubieran prestado, el acreedor tenía derecho a ir a los cultivos de aquella y cobrarse la deuda en especie, sin riesgo de sanción. Además, si la deuda no pudiera ser cobrada amistosamente, el acreedor podía destruir cualquier objeto perteneciente a un tercero, con el fin de ejercer presión sobre el deudor¹⁷⁹.

V.- CRISIS DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS EN LA ÉPOCA ABSOLUTISTA.

Aunque desde 1502 hubo exploraciones y recorridos de los españoles en las costas de la actual Honduras, la conquista efectiva del territorio no se inició de modo efectivo sino hasta el decenio de 1520¹⁸⁰.

La superioridad militar de los recién llegados, así como una serie de enfermedades que diezmaron catastróficamente a la población

168 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 86.

169 RIVAS, op. cit., pp. 372-373.

170 CONZEMIUS, “Los Indios...”, op. cit., p.300.

171 CONZEMIUS, Estudio ..., op. cit., p.305.

172 Ibid., pp. 305-306.

173 CHAPMAN, Los Hijos... , op. cit., p. 55.

174 CONZEMIUS, Estudio ..., op. cit., p. 213.

175 Ibid., p. 214.

176 Ibid., p. 215.

177 Ibid., p. 214.

178 Ibid., p. 213.

179 Ibid., p. 215.

180 FERNÁNDEZ GUARDIA, op. cit., pp. 48-139; IBARRA ROJAS, Eugenia, y PAYNE IGLESIAS, ELIZET, Costa Rica en el siglo XVI: De las sociedades cacicales a la sociedad colonial, San José, EUNED, 1ª. ed., 1991, pp. 25-38.

indígena, hicieron pronto irreversible el fenómeno de la conquista. Aunque muchos de los reyes y señores indígenas se opusieron a la invasión, y algunos de ellos, como Lempira, inflingieron importantes derrotas a los españoles, el territorio fue sometido en unos pocos decenios, con excepción de la región noroeste, es decir, las llamadas provincias de Taguzgalpa y Tologalpa, donde la penetración de conquistadores y misioneros resultó casi imposible debido a los rigores del terreno y del clima, los caudalosos ríos y las enfermedades tropicales.

El dominio castellano produjo grandes y muy negativos cambios en la vida de las sociedades indígenas hondureñas, cuyas formas culturales propias empezaron gradualmente a desaparecer. Decenas de miles de indígenas de Honduras fueron ilegalmente enviados como esclavos a las Antillas y a Sudamérica. Además, los patrones de asentamiento indígenas fueron desarticulados casi por completo, ya que se obligó a las poblaciones a congregarse en pueblos llamados reducciones, trazados según los modelos españoles, y esto produjo la pérdida de costumbres y tradiciones en todos los órdenes. Aunque en las reducciones solo podían residir indígenas, muy pronto se asentaron en ellas mestizos y mulatos, y la

aculturación de las comunidades autóctonas más próximas a los centros de dominio español, como Comayagua o Tegucigalpa, agravada por el descenso demográfico, fue especialmente rápida y profunda¹⁸¹. La lengua, la religión, la vestimenta, los patrones de familia y parentesco y otros muchos elementos culturales de los castellanos pronto fueron desplazando a los locales. Por ejemplo, el idioma lenca, que había sido el más difundido e importante de la Zona Central, desapareció gradualmente, al extremo que hoy ya es una lengua muerta. De algunas culturas, como la chorotega o la pipil, solo quedó el recuerdo.

Los ordenamientos normativos indígenas también fueron víctimas de fenómenos semejantes. Oficialmente, la Corona de Castilla tenía una política favorable a la conservación de los Derechos indígenas, ya que una ley de 1530 dispuso que debían guardarse los buenos usos y costumbres de los indios “en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión”¹⁸² y otra de 1555 mandó guardar y ejecutar las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indígenas para su buen gobierno y policía, así como los usos y costumbres observados y guardados por ellos después de su conversión al cristianismo, siempre y cuando

181 NEWSON, op. cit., p. 285. Según dice esta autora en *Ibid.*, pp. 285-286, para fines del siglo XVIII, en los pueblos de la jurisdicción de Comayagua sólo había un 38% de indígenas y en los de la jurisdicción de Tegucigalpa apenas un 22%; a principios del siglo XIX el 16.1% de las familias españolas y ladinas de Honduras residía en pueblos indígenas.

182 Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias (en lo sucesivo *Recop. Ind.*), lib. V, tít. II, ley 22. Para la consulta de las leyes de la Recopilación hemos utilizado la edición de Madrid, Consejo de la Hispanidad, 1ª. Ed., 1943.

no contradijesen la religión católica ni las leyes emitidas por la Corona y sus órganos¹⁸³. Estas disposiciones regias reconocían implícitamente a los sistemas normativos indígenas el carácter de *Derechos forales*, es decir, de ordenamientos tradicionales y consuetudinarios de comunidades particulares, preexistentes al Derecho estatal y positivos, vinculantes y obligatorios, a pesar de que su ámbito de aplicación se limitase en lo *personal* a los indígenas y en lo *territorial* a las comunidades respectivas.

Sin embargo, las salvedades enunciadas por la ley de 1555 tenían efectos muy perjudiciales para los ordenamientos indígenas. Por una parte, como entre ellos no se diferenciaba religión y Derecho, muchos de sus elementos podían ser considerados como contradictorios con la fe católica y en consecuencia susceptible de eliminación¹⁸⁴. Además, al disponerse que las costumbres indígenas no podían ir contra lo dispuesto por las leyes escritas, se establecían condiciones manifiestamente propicias para que éstas fuesen gradualmente desplazando a aquéllas.

La Corona de Castilla organizó a los llamados reinos de las Indias conforme al modelo de una Monarquía absoluta centralista, que propiciaba la implantación de un nuevo Derecho de vigencia general emanado

de los gobernantes, el Derecho Indiano, y subsidiariamente el Derecho castellano. En ese esquema, que habría de perdurar hasta 1812, la supervivencia de Derechos forales tradicionales, surgidos de otras autoridades o de las costumbres, representaba un elemento discordante y eventualmente obstaculizador. No es de extrañar, entonces, que los ordenamientos indígenas se viesan enfrentados a problemas similares a los que habían sufrido desde el siglo XIII los Derechos altomedievales castellanos debido al interés de la Corona por imponer el derecho que ella creaba (*Derecho regio*) y a la progresiva difusión del llamado sistema de *Derecho común*, formado por el Derecho Romano, el Derecho Canónico y diversas obras de doctrina¹⁸⁵.

La instauración del sistema absolutista de gobierno en Honduras hizo que el Derecho indiano sustituyese rápidamente a los ordenamientos indígenas de las regiones conquistadas en todo o casi todo lo relacionado con la organización política y administrativa, así como en lo referido al sistema judicial, la jurisdicción, los procedimientos y los delitos y penas. También en el ámbito del Derecho Privado los ordenamientos indígenas desaparecieron prácticamente en su totalidad. En materia de familia, sus normas pasaron a ser sustituidas por el Derecho canónico católico, que

183 *Recop. Ind.*, lib. II, tít. I, ley 4.

184 SÁENZ CARBONELL, *Historia...*, pp. 31-32.

185 SÁENZ CARBONELL, *Elementos de Historia del Derecho*, Santo Domingo de Heredia, Ediciones Chico, 1ª. Ed., 2003.

imperaba sin discusión. Para la celebración válida del matrimonio se hizo indispensable el ritual católico, y diversas instituciones tradicionales, como la la poligamia y otras existentes en los grupos indígenas pasaron a la categoría de ilícitas¹⁸⁶. A la vez que se imponía el matrimonio monogámico canónico, los sistemas indígenas de parentesco matrilineal se vieron alterados, porque las leyes castellanas e indianas también reconocían jurídicamente el parentesco agnático. Finalmente, en la mayoría de las reducciones terminó por adoptarse el modelo familiar de los conquistadores, con los consiguientes cambios en el régimen patrimonial de la familia y el Derecho sucesorio. El sistema económico, laboral y tributario impuesto por los conquistadores hizo también desaparecer las instituciones tradicionales indígenas en esos ámbitos.

Al desaparecer la organización política y religiosa tradicional de los grupos indígenas, sus ordenamientos normativos se quedaron además prácticamente estancados y sin mecanismos de renovación, ya que la actividad creadora o reconocedora de normas prácticamente desapareció, mientras que la Corona y sus funcionarios continuaban produciéndolas¹⁸⁷. Además, las características propias de esos ordenamientos hicieron inevitable su casi completa sustitución por el Derecho impuesto

por los conquistadores, que tenía todas las ventajas a su favor.

La Corona de Castilla, consecuente con el modelo centralista de la Monarquía absoluta, procuró implantar en todos los reinos de las Indias un solo ordenamiento jurídico, integrado por las normas indianas y castellanas. Aunque se admitiesen ocasionalmente particularidades regionales, todas las autoridades creadoras de Derecho derivaban su función de la Corona, y procuraban responder a sus miras, lo cual hacía que el ordenamiento jurídico indiano fuese en definitiva mucho más homogéneo y compacto que los ordenamientos indígenas. Por ejemplo, en el caso de Honduras, en casi todas las ramas del Derecho se aplicaba el mismo ordenamiento para todo el territorio. Por el contrario, cada comunidad indígena tenía sus propias normas, y el fenómeno de una pluralidad de ordenamientos coexistiendo en un espacio territorial muy reducido hizo a esos ordenamientos mucho más vulnerables frente al Derecho regio¹⁸⁸. Además, en diversas oportunidades, por razones de vecindad geográfica, dos o más comunidades indígenas que tenían tradiciones y costumbres diferentes fueron obligadas a congregarse en un solo pueblo, lo cual contribuyó a confundir y debilitar su identidad y a acelerar la desaparición de su respectivo ordenamiento normativo.

186 NEWSON, op. cit., p. 311.

187 SÁENZ CARBONELL, Historia... , p. 33.

188 Ibid., p. 33.

El Derecho regio era en lo sustancial un ordenamiento escrito, lo cual facilitaba mucho su difusión y su preservación. Por el contrario, los ordenamientos indígenas hondureños eran de carácter fundamentalmente consuetudinario. En medio de la desarticulación de sus patrones tradicionales de organización, las catástrofes demográficas y la destrucción o desaparición de muchas formas culturales tradicionales en otros ámbitos, la conservación fidedigna de sus sistemas normativos resultaba prácticamente imposible para los indígenas¹⁸⁹. Las lamentables condiciones sociales y económicas en que se desarrolló habitualmente la vida de las reducciones, con una carencia casi absoluta de educación formal, impidieron también a sus habitantes hacer esfuerzos para poner por escrito sus normas tradicionales o buscar otros medios para preservarlas.

El Derecho regio, en sus características fundamentales, era un Derecho culto, complejo y libresco, producto de la larga tradición y la refinada técnica de profesionales formados en el sistema del Derecho Común romano-canónico, y ello le hacía más sencillo encontrar soluciones jurídicas viables a los nuevos problemas¹⁹⁰. La naturaleza de los ordenamientos normativos indígenas, que no establecían diferencias entre los elementos jurídicos y los pertenecientes a

otras esferas de regulación de la conducta humana, era totalmente diferente, y se carecía de una técnica o una orientación profesional que permitiera desvincularlos de autoridades tradicionales como los reyes o los sacerdotes. Al perder éstas su hegemonía y a la vez desarticularse las sociedades regidas por sus normas, muchas de las instituciones normativas indígenas quedaron sin legitimidad o sin razón de ser, y resultó inevitable que se vieran desplazadas por las del Derecho regio.

Las normas indianas y castellanas tenían a su haber, además, la coercitividad. Las autoridades administrativas y judiciales contaban con la acción de la fuerza policial o militar estatal para hacerlas cumplir y respetar; por el contrario, al desaparecer el poder efectivo de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, sus ordenamientos quedaron privados de las ventajas de la imposición inexorable, y quienes los violasen solo debían temer, a lo sumo, sanciones sociales o la reprobación moral de sus convecinos.

En las comunidades que bajo el modelo de las reducciones lograron mantener su identidad en el territorio hondureño efectivamente controlado por los españoles, solamente hubo dos instituciones indígenas que perduraron de modo significativo durante

189 SÁENZ CARBONELL, Historia... , p. 33.

190 Ibid.

toda la época de la Monarquía absoluta: el cacicazgo y la propiedad comunal de la tierra¹⁹¹. Sin embargo, en cierto sentido se trató de una supervivencia puramente conceptual y nominal, ya que ambas figuras asumieron características muy diferentes a las que habían tenido antes de la conquista.

Para facilitar el control de la Corona y sus autoridades sobre los grupos autóctonos, el Derecho indiano mantuvo en alguna medida las jefaturas de los reinos y señoríos indígenas, identificadas con el nombre de *cacicazgos*, y eximió de obligaciones tributarias y laborales a sus titulares¹⁹², que conservaron durante mucho tiempo gran influencia en sus pueblos. Sin embargo, no se les permitía tener esclavos indígenas, ni demandar tributos y servicios de sus comunidades, y sus privilegios fueron con frecuencias ignorados por las autoridades españolas¹⁹³. A la vez, los gobernadores españoles empezaron a nombrar “gobernadores” indígenas en algunas

reducciones, sobre todo si había problemas de sucesión en el cacicazgo o el titular era demasiado joven¹⁹⁴. También se permitió que los vecinos eligiesen anualmente a sus propios alcaldes, regidores y otros funcionarios municipales, en una especie de cabildo abierto¹⁹⁵. El ámbito de jurisdicción de estas nuevas autoridades era modesto, y como entre sus funciones estaban las de imponer las leyes españolas y organizar la recaudación de tributos y la mano de obra para el repartimiento, fueron vistos como instituciones para la explotación y no para la expresión política de los indígenas¹⁹⁶.

En algunos pueblos, como los tolupanes, la institución del cacicazgo ha logrado sobrevivir hasta nuestros días. No obstante, en algunos casos las reglas sucesorias tradicionales de las monarquías y señoríos indígenas se vieron alteradas, ya que los castellanos tendieron a imponer o impulsar sistemas patrilineales de sucesión¹⁹⁷.

191 Ibid., pp. 33-34.

192 Ibid., p. 34. Según indica KONETZKE, Richard, América Latina. II. La época colonial, México, Siglo Veintiuno Editores, S. A., 15ª. ed., 1984, p. 135, en 1790 el Consejo de Indias declaró que los caciques “que lo son por derecho de sangre y autoridad de las leyes” no debían ser despojados de sus atribuciones, salvo que hubiesen participado en una rebelión.

193 NEWSON, op. cit., p. 307.

194 En Ibid., Linda Newson indica que esto permitió a los gobernadores españoles negar los derechos de herencia de los caciques e imponer dirigentes a las comunidades, los cuales a veces ni siquiera eran indígenas.

195 Ibid. Cabe aplicar a los cabildos indígenas de Honduras lo dicho por el historiador Castro y Tosi con respecto a los de Costa Rica, al decir que constituyen “... el antecedente más antiguo de elección popular en Costa Rica... El precedente democrático-popular sería interesante, sino implicara un debilitamiento de la única institución capaz de hacer frente a la usurpación europea y criolla...” CASTRO Y TOSI, Norberto de, “Los Caciques de Costa Rica durante la Monarquía Española”, p. 20, en Colección Norberto de Castro, San José, Noviembre de 1975, vol. I, pp.

196 NEWSON, op. cit., p. 310.

197 CASTRO Y TOSI, Los Caciques..., op. cit., p. 33.

Por ejemplo, las exenciones tributarias y laborales establecidas en favor del cacique eran extensivas a su primogénito, aunque conforme a las reglas tradicionales de sucesión fuese otro el presunto heredero del cacicazgo¹⁹⁸.

A fin de cuentas, si bien parte de la realeza indígena hondureña logró mantener una cierta posición de privilegio después de la conquista, el cacicazgo impuesto por los españoles era una institución de nuevo cuño, que tenía muy poco o nada que ver con las antiguas monarquías.

También en teoría logró subsistir el carácter prioritariamente colectivo de la propiedad de la tierra, ya que desde el propio siglo XVI se reconoció a los pueblos indígenas la titularidad de la propiedad sobre cierta extensión de tierra cultivable alrededor de las reducciones, así como sobre pastos y bosques de uso común llamados *ejidos*. Sin embargo, las tierras comunales rara vez alcanzaron las dimensiones estipuladas en la ley y más bien disminuyeron gradualmente de tamaño, debido a la alteración de sus linderos y la apropiación indebida de terrenos por personas ajenas a las comunidades¹⁹⁹. Además, la desestructuración provocada por el sistema de reducciones y los sistemas de tributos impuestos a sus habitantes provocaron la extinción de las antiguas

redes de intercambio y de reciprocidad entre las comunidades indígenas.

Además de estos elementos, las comunidades indígenas

“... se resistieron al total sometimiento, manteniendo elementos culturales como los rituales agrarios y domésticos, mitos y creencias, religión y formas de organización, relación familiar y comunitaria, que los diferenciaban. En Honduras, este fenómeno se ilustra... con la interpretación sincrética que hicieron los lencas de su religión ancestral dentro del marco del catolicismo.”

200

VI.- LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.

Con la Constitución de la Monarquía Española emitida en Cádiz el 19 de marzo de 1812, primera que rigió en Honduras, se implantó en el territorio un sistema de democracia liberal. Esta Constitución y las leyes que la desarrollaron dieron a los indígenas la condición de ciudadanos en términos de igualdad con españoles y mestizos, y en consecuencia suprimieron el repartimiento, sistema de trabajo obligatorio de los indígenas para los españoles, y la obligación de pagar tributo a la Corona²⁰¹.

198 CASTRO Y TOSI, Norberto de, La población de la ciudad de Cartago en los siglos XVII y XVIII, en Colección Norberto de Castro, San José, Noviembre de 1975, vol. I, p. 17.

199 V. NEWSON, op. cit., pp. 287-289.

200 LARA PINTO, Gloria, Perfil de los pueblos indígenas y negros de Honduras, Tegucigalpa, M. D. C., Unidad Regional de Asistencia Técnica, 1ª. ed., 2002, p. 2.

201 SÁENZ CARBONELL, Historia... , pp. 135 y 160-161.

El nuevo régimen también conllevó la desaparición jurídica de la institución del cacicazgo, incluso en la forma alterada que había surgido al implantarse el sistema de reducciones²⁰².

A principios de 1814 el Rey Don Fernando VII declaró nula la Constitución y restauró la monarquía absoluta, y en diciembre de ese año mandó restablecer a los caciques en su dignidad, “sin la menor tardanza”²⁰³. Sin embargo, en 1820 un movimiento militar obligó al monarca español a restablecer el sistema constitucional, y los cacicazgos que habían logrado subsistir se extinguieron jurídicamente de modo definitivo²⁰⁴.

Después de la separación de España, el Derecho escrito hondureño continuó enmarcado en la tradición del sistema romanista y en modelos de origen europeo. Lejos de propiciar un rescate de la herencia indígena o de proteger la identidad cultural de los pueblos indígenas del Valle Central, la independencia contribuyó a acelerar su desaparición definitiva. La igualdad ante la ley y la libertad de tránsito garantizadas en las nuevas normas constitucionales abrieron la puerta para que personas ajenas a las comunidades indígenas se acercaran

en ellas y se acelerase así la pérdida de las culturas tradicionales. La latinización progresiva de muchos pueblos debilitó el régimen comunal de propiedad de la tierra, que además tuvo un fuerte adversario en la Reforma Liberal iniciada en 1876. La Ley de Agricultura de 1877 fue uno de los instrumentos utilizados para promover la privatización de esas tierras²⁰⁵, como comentó años después el Presidente don Marco Aurelio Soto en una carta a don Rómulo E. Durón:

*“Cuando fui Presidente de esa República procuré convertir la propiedad comunal en privada, por medio de la Ley de Agricultura. Siempre he opinado que la propiedad en común es estéril, infecunda, inútil y hasta nociva... Una vez que estén abolidos los ejidos es necesario sustituir la propiedad comunal por... propiedad particular.”*²⁰⁶.

La reforma liberal dio el golpe de gracia a la propiedad comunal, ya que una serie de leyes obligó a vender esos terrenos en subasta pública e hizo que pasaran a manos de propietarios individuales²⁰⁷.

A pesar de la desaparición de los sistemas normativos indígenas en las regiones efectivamente controladas por el Gobierno

202 Ibid., pp. 111-112.

203 Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Complementario Colonial, N° 2504, f. 41.

204 SÁENZ CARBONELL, Historia... , p. 112.

205 V. ZELAYA, Gustavo, El legado de la Reforma Liberal, Tegucigalpa, Editorial Guyamuras, 1ª. ed., 2001, p. 35.

206 SOTO, Marco Aurelio, “Carta a don Rómulo E. Durón”, cit. por ARGUETA, Mario, y REINA VALENZUELA, Marco Aurelio Soto: Reforma Liberal de 1876, Tegucigalpa, EDISOFF, 1ª. ed., 1978, p. 110.

207 Ibid., p. 34.

de la República, para mediados del siglo XIX ciertas culturas autóctonas de la antigua Área Intermedia conservaban en gran medida sus ordenamientos tradicionales en zonas periféricas del territorio que habían quedado al margen de la dominación española²⁰⁸.

Debido en buena medida al desarrollo de las plantaciones bananeras y a las preocupaciones generadas por las disputas limítrofes con Nicaragua, en la segunda mitad del siglo XIX el gobierno hondureño empezó a tratar de hacer efectiva su autoridad en esas regiones. A partir de visiones muy típicas de esa época, se consideraba no sólo necesario y conveniente sino además meritorio “civilizar” a las comunidades indígenas que conservaban sus culturas tradicionales, mediante la sustitución de éstas por la “nacional”. Al igual que había ocurrido siglos atrás con los ordenamientos normativos indígenas de los lenca y otros grupos de la Zona Central, los de las comunidades del Área Intermedia empezaron a verse debilitados por la penetración del Derecho estatal. Su pluralidad, su carácter consuetudinario, su escaso desarrollo técnico en términos “occidentales”, y las dificultades existentes para su conservación y difusión fueron factores que coadyuvaron

a restar espacios a su ámbito de aplicación efectiva.

A lo largo del siglo XX continuó el fenómeno de aculturación de las comunidades indígenas y su asimilación a la cultura occidental. Muchos elementos culturales de esos grupos se alteraron o perdieron²⁰⁹. También los ordenamientos normativos indígenas se vieron seriamente afectados, ya que cada vez con mayor frecuencia se impusieron a las comunidades autóctonas las leyes nacionales y las estructuras administrativas y judiciales estatales, y decayeron o se extinguieron muchos elementos de las costumbres tradicionales.

VII.- LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS EN LA HONDURAS CONTEMPORÁNEA. DISPOSICIONES JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES.

La importancia atribuida internacionalmente a los Derechos Humanos en la segunda mitad del siglo XX hizo que en Honduras se empezase a generar conciencia sobre el derecho de los pueblos indígenas a mantener su identidad y sus culturas. Una

208 Ibid.

209 Por ejemplo, el idioma lenca, que todavía gozaba de cierta difusión en el siglo XX, desapareció por completo en el XX. V. HERRANZ, Atanasio, “El Lenca de Honduras, una lengua moribunda”, en Mesoamérica, Antigua Guatemala, cuaderno 14, diciembre, 1987, pp. 429-444.

manifestación significativa a este respecto fue la inclusión en la Constitución de 11 de enero de 1982 de dos artículos directamente relacionados con las comunidades indígenas, el 173, según el cual

“El Estado preservará y estimulará las culturas nativas, así como las genuinas expresiones del folklore nacional, el arte popular y las artesanías.”²¹⁰

y el 346, que reza:

“Es deber del Estado dictar medidas de protección a los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.”²¹¹

Adicionalmente, un decreto presidencial de 3 agosto de 1994²¹² reconoció el carácter pluricultural y plurilingüístico de la sociedad hondureña y la necesidad de establecer la educación bilingüe intercultural (aunque idiomas como el lenca y el nahua se han perdido por completo en Honduras, y el chortí está casi extinto, todavía subsisten el pech, el tol, el miskito y el tawahka).

Además, se creó una fiscalía especial para la protección de las minorías étnicas y preservación del patrimonio arqueológico y

cultural del país. El Lic. Eduardo Villanueva Sagastume, quien fue titular de esa fiscalía de 1994 a 1999, declaró en 1997 que

“... los sistemas jurídicos indígenas, como producto de una sociedad oprimida por el Estado nacional, no tienen su reconocimiento y por consiguiente, no tienen eficacia jurídica en el Estado, pero si tienen vigencia, porque los pueblos, con esas normas, han asegurado su continuidad histórica y su cohesión social; pero reconocimiento estatal no hay para esas normativas o para esas figuras legales... Se puede hablar, con absoluta propiedad, de un derecho indígena, porque estos sistemas han probado que tienen todas las categorías que la metodología da para los estudios de los sistemas jurídicos... En la ciencia jurídica, la concepción de un sistema jurídico se establece sobre la existencia de un ámbito espacial de validez, un territorio dentro del cual se aplican las disposiciones jurídicas; de un ámbito personal de validez, el pueblo hacia el que van orientadas esas disposiciones, y sobre un ámbito material de validez, que tiene que ver con las áreas que rigen esas normas. Si esos son los tres elementos básicos de un sistema jurídico, esos están presentes en todos los sistemas jurídicos indígenas que nosotros estamos

210 Además, el primer párrafo del artículo 172 de la Constitución de 1982 señala que “Toda riqueza antropológica, arqueológica, histórica y artística de Honduras forma parte del patrimonio cultural de la Nación.” V. Constitución de la República de Honduras. Decreto N° 131 de 11 de enero de 1982, Tegucigalpa, OIM Editorial S. A. de C. V., 1ª. ed., 2008.

211 Ibid., art° 346.

212 Acuerdo Presidencial N° 0719-EP de 3 de agosto de 1994. Su texto figura en http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amsudant/honduras-accord_pres1994.htm

investigando, de manera que podemos hablar de un pluralismo jurídico real; aún cuando no podemos hablar de un pluralismo jurídico formal, porque le hace falta el reconocimiento del Estado nacional, en el marco del cual operan esos sistemas jurídicos individualizados... Indudablemente, en gran medida los indígenas administran su propia justicia, en la circunstancia de su propio aislamiento, porque hemos investigado casos en los cuales los indígenas resuelven sus conflictos personales y sus conflictos comunales, dentro de su propia normativa, sin recurrir al Estado... Sin embargo, el Estado nacional, un sistema jurídico impuesto sobre los otros, es el que regula este tipo de cosas. Por eso nuestro esfuerzo es que, una futura iniciativa de legislación en el país, genere las jurisdicciones específicas y las áreas que el derecho indígena va a regular de acuerdo a nuestra propia circunstancia.”²¹³

Para el reconocimiento de la vigencia y obligatoriedad de los ordenamientos indígenas es particularmente importante la normativa sobre pueblos indígenas contenida en convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El primero de ellos, adoptado en Ginebra en 1957, fue el N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones indígenas tribales y

semitribales en países independientes, pero Honduras no lo ratificó²¹⁴. El 2 de junio de 1989 la Organización Internacional del Trabajo adoptó un nuevo acuerdo sobre pueblos indígenas y tribales, el convenio N° 169, que fue aprobado por Honduras el 28 de marzo de 1995²¹⁵.

El convenio 169 de la OIT se refiere a los sistemas normativos indígenas y a la aplicación del Derecho estatal a los pueblos indígenas en sus artículos 8, 9, 10 y 12, que rezan:

“Artículo 8.

1.- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros

213 V. TAMAYO G., Eduardo, “Derecho indígena en Honduras”, en América Latina en Movimiento, 29 de octubre de 1997, en <http://alainet.org/active/206&lang=es>

214 V. iidh.ed.cr/.../tabla_ratificaciones_convenio_107_oit.htm

215 V. <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm>

de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país.

Artículo 9.

1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10.

1.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2.- Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 12.- Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y

hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.²¹⁶

También hay resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han reconocido la vigencia de los sistemas normativos indígenas, en el ámbito de la comunidad respectiva, por encima de las disposiciones del Derecho estatal. Especialmente importante al respecto es la dictada el 10 de setiembre de 1993 en el caso *Allobotoe y otros contra Surinam*, relativa a quiénes debían ser beneficiarios de ciertas indemnizaciones que el gobierno surinamés tenía que pagar a las familias de varios indígenas del grupo de los saramacas. Conforme a la costumbre saramaca, algunos de esos indígenas habían tenido varias mujeres, y se discutía si la indemnización debía pagársele a todas, ya que las autoridades surinamesas, con base en el carácter monogámico del matrimonio en el Derecho nacional, pretendían limitar la indemnización solamente a una viuda. La Corte falló a favor de que se respetase el sistema normativo saramaca, y al respecto dijo:

“La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa es si las leyes de Surinam relativas

a derecho de familia se aplican a la tribu saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Surinam sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no sin sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar que en este proceso Surinam reconoció la existencia de un Derecho consuetudinario saramaca.”²¹⁷

Es importante destacar que el reconocimiento de la validez y vigencia de los sistemas normativos indígenas no puede significar que estén por encima de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos; por ejemplo, no sería admisible que con base en un sistema normativo tradicional se negasen a las mujeres o a los niños derechos que les reconocen los pactos internacionales o interamericanos sobre esa materia, o se pretendiese mantener costumbres o prácticas reñidas con ellos.

Sin embargo, no es sencilla la distinción entre las normas indígenas que violen tales derechos y las que sean compatibles con ellos, ya que en muchos casos se trata de problemas de interpretación.

VIII.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS HONDUREÑOS CONTEMPORÁNEOS.

En la época contemporánea existen en Honduras varios grupos indígenas con identidad propia, que conservan importantes elementos de sus culturas tradicionales. El más numeroso es el de los lencas, ubicados en Intibucá, La Paz, Lempira y Ocotepeque, y el de los misquitos o mosquitos, concentrado principalmente en el departamento de Gracias a Dios. Mucho menores en número son el de los tolupanes, en los departamentos de Yoro y Francisco Morazán; el de los chortís, en Copán y Ocotepeque, y el de los pech, en Olancho y Gracias a Dios. La comunidad más pequeña es la de los tawahkas, que habita en la cuenca del río Patuca²¹⁸, y en años recientes también ha reivindicado su identidad un grupo nahua. Además, aunque se trata de grupos que llegaron a Honduras mucho después de la conquista española, también tiene identidad cultural propia y están protegidos por el convenio de la OIT los garífunas que habita en los departamentos

216 El texto del convenio 169 figura en Ibid.

217 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Allobotoe y otros contra Surinam*, 10 de setiembre de 1993, cit. por SÁENZ CARBONELL, Jorge F., “La ley de 25 de julio de 1867 y la vigencia de los Derechos indígenas costarricenses”, pp. 141-142, en *Revista de Ciencia Jurídicas*, San José, Mayo-Agosto de 2000, N° 92.

218 RIVAS, op. cit., p. 47.

de Atlántida, Colón, Cortés y Gracias a Dios y los isleños de las Islas de la Bahía.

En varios de estos grupos, el sistema normativo indígena prácticamente ha sido sustituido del todo por el ordenamiento jurídico estatal y la cultura autóctona encuentra expresión en elementos tales como la artesanía, la medicina tradicional y ciertas fiestas. En otros, sin embargo, han subsistido además muchos elementos de los ordenamientos normativos tradicionales, que amalgaman lo jurídico con lo religioso, lo moral y otros ámbitos normativos. Se trata de ordenamientos de naturaleza total o parcialmente consuetudinaria, cuyas normas se transmiten oralmente y cuyas modificaciones por lo general son fruto de una evolución y no de actos determinados de autoridades creadoras de Derecho.

En los pueblos que han conservado en parte sus sistemas normativos, como el miskito, el conocimiento de las normas constituye un saber popular y de experiencia. En algunas comunidades hay personas, generalmente de cierta edad, que conocen mejor que los demás las costumbres y tradiciones locales, pero no existen mecanismos ni instituciones formales para su aprendizaje, ni publicaciones que las recopilen o consignen, sino que se transmiten oralmente.

Estos pueblos por lo general tienen formas colegiadas de autoridad, en las cuales se da cada vez mayor importancia a los mecanismos democráticos. La figura del rey o cacique ha desaparecido en casi todos los grupos, con excepción de los tolupanes y los pech, y en ambos pueblos la máxima organización es el Consejo de Tribu²¹⁹. En otras comunidades la máxima autoridad la ejercen consejos de desarrollo comunal, asambleas comunitarias y consejos indígenas locales²²⁰.

A pesar del menoscabo que han sufrido, la existencia de sistemas normativos propios en varias comunidades indígenas costarricenses es una realidad efectiva y dinámica. Honduras, como España, es un Estado en el que conviven el sistema normativo estatal y varios sistemas normativos forales, que en su respectivo ámbito son tan válidos y positivos como aquel.

Lamentablemente, puede ocurrir que las autoridades judiciales y administrativas encargadas de aplicar o ejecutar las normas jurídicas estatales desconozcan los elementos culturales indígenas o consideran ilegales algunas de sus manifestaciones, sobre todo cuando las costumbres indígenas difieren del ordenamiento estatal o responden a otro sistema de valores. Así ocurre, por ejemplo, a los miskitos:

“En lo que se refiere a la legislación vigente, el pueblo miskito posee un cuerpo de leyes que no está escrito, y por lo tanto, la aplicación de justicia por parte de los jueces regulares no siempre es congruente con su costumbre.”²²¹

Es importante por ello crear conciencia de que al lado del Derecho nacional, estatal, hay una serie de ordenamientos de naturaleza foral, que no por regular sólo a una pequeña parte de la población tienen menor dignidad o importancia que aquél.

Uno de los principales problemas para la debida conservación de los sistemas normativos indígenas y su conocimiento por instancias administrativas o judiciales estatales es la falta de fuentes escritas. Un juez formado en la tradición del Derecho estatal que deba conocer asuntos relativos a indígenas puede tender a aplicar el ordenamiento contenido en códigos y leyes, en vez de investigar sobre los valores y las instituciones consuetudinarias de los pueblos a que pertenecen los interesados. De igual modo, los órganos administrativos pueden encontrar más rápido y sencillo aplicar las leyes y reglamentos estatales e ignorar los sistemas normativos indígenas.

Es necesario disponer de medios para informar de la vigencia de este Derecho,

tanto por lo que se refiere a las comunidades indígenas como a los tribunales que conocen casos relacionadas con ellas o sus miembros, y establecer mecanismos para identificar las normas de cada comunidad, recopilarlas y publicarlas en ediciones bilingües. También podrían impartirse cursos de capacitación sobre los respectivos sistemas forales a las autoridades judiciales o administrativas cuya jurisdicción comprenda territorios indígenas. En el caso de los miskitos,

“... se propone la creación de de una instancia legal de derecho indígena que sea arbitrado por un consejo de ancianos en donde se apliquen las leyes consuetudinarias que aún conservan las comunidades miskitas.”²²²

Hay que tener presente, sin embargo, que al interior de las propias comunidades indígenas puede existir diversidad cultural –por ejemplo, en algunas hay grupos que hablan español y otros que no, grupos de mayor o menor aculturación, sectores que tienen mucho mayor contacto que otros con el sistema jurídico y político nacional y las autoridades nacionales, etc.-, y que tratar igual a desiguales podría resultar en discriminaciones o diferencias graves que afectarían el goce de los derechos individuales, sobre todo de las personas con menores posibilidades económicas y educativas. Una homogenización artificial del

219 LARA PINTO, op. cit., pp. 90-91.

220 Ibid., pp. 86-91.

221 Ibid., p. 54.

222 Ibid.

Derecho sobre la base del sistema normativo de un solo grupo o sector podría provocar en otros precisamente lo que se quiere evitar, es decir, la pérdida de sus costumbres y tradiciones propias.

También es importante es que las facultades y escuelas de Derecho consideren el tema de los sistemas normativos indígenas en los programas de los cursos especialmente

relacionados con los derechos de los indígenas, como Derecho Constitucional o Derecho Agrario, y eventualmente en otros tales como Derecho Penal, Derecho de Familia, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal. Adoptar visiones más amplias que las tradicionales puede contribuir a afianzar el reconocimiento de la diversidad cultural y jurídica de Honduras.

EL DELITO DE DAÑOS EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Dr. Álvaro Burgos

ÍNDICE

1. NOCIÓN DE DAÑO
 - 1.1. CONCEPTO
 - 1.2. EL DELITO DE DAÑOS EN EL DERECHO ROMANO
2. NORMATIVA SOBRE EL DAÑO Y EL TIPO PENAL
 - 2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA
 - 2.2. CÓDIGO CIVIL
 - 2.3. CÓDIGO PENAL
 - 2.4. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y LA CONTRAVENCIONES CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO
3. DAÑO
 - 3.1. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE DAÑO
 - 3.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO
 - 3.3. LA COSA OBJETO DEL DELITO DE DAÑOS
 - 3.4. LA ACCIÓN
 - 3.5. EL RESULTADO
 - 3.6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA
 - 3.7. EL TIPO SUBJETIVO DE DAÑOS
 - 3.8. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA ACCIÓN
 - 3.9. PROBLEMA DE CONCURSOS
4. DAÑO AGRAVADO
 - 4.1. DESTRUCCIÓN DE OBJETOS CULTURALES (art. 229 inc. 1)
 - 4.2. DESTRUCCION DE OBJETOS NECESARIOS PARA LA PRODUCCIÓN NACIONAL (Art. 229 inc. 2)
 - 4.3. DAÑO EJECUTADO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS O CON AMENAZA (Art. 229 inc. 3)
 - 4.4. EJECUCIÓN DEL HECHO POR TRES O MÁS PERSONAS (Art. 229 inc. 4)
5. PROYECTO DE LEY ADICIÓN DE LOS ARTÍCULO 228 BIS
6. BIBLIOGRAFIA.
ANEXOS
Proyecto de ley adición de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393, y derogación del inciso 2) del artículo 229, del Código Penal, ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, expediente N.º 16.523

1 Dr. Derecho Penal y Criminología de la U. de Málaga y la U. Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José.

EL DELITO DE DAÑOS

Dr. Álvaro Burgos

1. NOCIÓN DE DAÑO

El diccionario de la Real academia sobre el término daño, refiere lo siguiente:

1.1 CONCEPTO

El daño ha sido definido como “todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano”⁽²⁾, en sentido jurídico el daño se entiende como la “substracción o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno garantizado por una norma jurídica, sea objetivamente, respecto al sujeto, sea subjetivamente, en forma de un derecho subjetivo concebido mediante el reconocimiento jurídico de la voluntad individual que aquel interés persigue⁽³⁾, En el daño, el patrimonio aparece elocuente y únicamente protegido en la sanción penal a esta conducta atentatoria de bienes concretos que lo componen, sea mediante la destrucción, sea mediante el deterioro, destacando en este caso, aquello que acarree la privación o disminución del ejercicio de derechos inherentes a la propiedad sobre la cosa, es la disminución de su valor penal lo que aparece penalmente protegido⁽⁴⁾

“Daño: Del latin damnum . 1. m. Efecto de dañar.//2. m. Am. Maleficio, mal de ojo.//3. m. pl. Der. Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.//~ emergente.1. m. Der. Valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados.//~s y perjuicios.//1. m. pl. Compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este.

El daño es toda suerte de mal material o moral, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes; el daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal, el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.⁽⁵⁾

2 L' Oggetto del reato e della tutela Giuridica Penale, p. 278. Ed. 1913, citado por F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas, Delitos contra la vida y la integridad corporal, p. 12, Editorial Porrúa S.A. 2 ed. 1971,

3 Loc. Cit.

4 Laura T A Damianovich de Cerredo, Delitos contra la propiedad, p12, . Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983

5 Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental /edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.-16 ed. -Buenos Aires: Heliasta, 2003.

1.2 EL DELITO DE DAÑOS EN EL DERECHO ROMANO

Jorge Adame Goddard, en su libro *los delitos privados en el Derecho Romano clásico*, hace referencia a que los delitos privados originales de carácter patrimonial en Roma eran el robo y los daños injustamente causados. El robo ordinario daba lugar a que la víctima tuviera, además de la acción para recuperar la cosa robada, otra acción de carácter penal, la acción de hurto (*actio furti*), por la que se condenaba al ladrón al pago de una pena equivalente al doble del valor de la cosa robada. La acción se daba también cuando el robo consistía en hacer un uso no autorizado de la cosa (*furtum usus*), por ejemplo cuando el depositario usaba la cosa depositada, y también cuando consistía en que el propietario privara de la posesión (*furtum possessionis*) a quien tenía derecho a ella, como en el caso del pignorante que sustrae la prenda al acreedor. Cuando se daba el robo con violencia, además de que la pena del robo se agrava al cuádruplo, la práctica de las conductas violentas, que pueden consistir simplemente en amenazas, constituía un crimen sancionado de conformidad con la Ley Julia sobre violencia (*lex Julia de vi*).

Sobre los diversos delitos de daños comprendidos en la Ley de las XII tablas, indica que fueron prácticamente absorbidos por el régimen del delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*) tipificado en la Ley Aquilia. Esta ley, que en realidad fue

un Plebiscito del año 286 a.C., contemplaba como daño el detrimento que sufre una persona en sus bienes, es decir el detrimento o menoscabo patrimonial. Reprimía el daño cuando hubiera sido injustamente causado (*iniuria datum*), lo cual interpretó la jurisprudencia que ocurría cuando alguien lo causaba intencionalmente (*dolo*) o cuando lo causaba sin intención pero por su descuido o negligencia (*culpa*). En ambos casos, el ofendido tenía la acción de la Ley Aquilia para exigir del causante del daño el pago de una cantidad equivalente, no al valor de la reparación o indemnización del daño, sino al valor máximo que hubiera tenido la cosa dañada para su propietario (lo cual excede el valor de la indemnización del daño) en los últimos 12 meses, si el daño consistía en la muerte de un esclavo o de ganado mayor, o en los últimos 30 días, si fuera cualquier otro tipo de daño. Los juristas entendieron que la condena a que daba lugar esta acción comprendía el valor de la reparación del daño más una pena por haberlo causado, por lo que la acción era “mixta” ya que en la condena incluía la reparación y la pena.

Adicionalmente refiere que el régimen de la Ley Aquilia exigía que el daño fuera causado “cuerpo a cuerpo” (*corpore corpori*), es decir mediante una relación directa entre el agente y la cosa dañada, pero esta limitación fue superada, por interpretación de los juristas asumida por el pretor, al establecer éste que daría una acción, con el mismo objeto, contra quien, aunque no causara directamente el daño, hubiera proporcionado la causa para

que se produjera (*causam damni praestare*), por ejemplo abriendo la puerta de un establo que permite que los animales salgan, se pierdan o se lesionen. Gracias a esta ampliación, el delito de daño consiste no solo en causar directamente el menoscabo patrimonial, sino también en poner la causa para que se produzca.

2 NORMATIVA SOBRE EL DAÑO Y EL TIPO PENAL

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política de la República de Costa Rica protege en el artículo 45 el derecho constitucional de la propiedad privada, además en el artículo 41 se establece el derecho a que se le repare cualquier daño que sufra en su propiedad. La propiedad sirve a la persona, a su desarrollo personal y general, a la satisfacción de necesidades materiales y al ejercicio de las intelectuales, mediante la libertad en la relación con la cosa o bien patrimonial objeto del derecho de propiedad. El derecho de propiedad tiene como bien patrimonial la libertad del individuo para usar su propiedad, el derecho a los frutos, la facultad de disposición, que son facultades inherentes al contenido esencial del derecho de propiedad privada, también el derecho de elección, la facultada de conservación o defensa del bien.

ARTÍCULO 41.- *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.

ARTÍCULO 45.- *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.*

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

2.2. CÓDIGO CIVIL

El daño también está regulado en nuestro Código Civil en los artículos 1045 y 1046 que señalan lo siguiente:

ARTÍCULO 1045.- *Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.*

ARTÍCULO 1046.- *La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.*

2.3. CÓDIGO PENAL

El delito de daños es castigado en los artículos 228 y 229 del Código Penal, en lo sucesivo CP, que disponen:

Daño

ARTÍCULO 228.- *Será reprimido con prisión de quince días a un año, o con diez a cien días multa, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer, o de cualquier modo dañare una cosa, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la contravención prevista en el inciso 8 del artículo 386.*

Daño agravado

ARTÍCULO 229.- *Se impondrá prisión de seis meses a tres años:*

1) *Si el daño fuere ejecutado en cosas de valor científico, artístico, cultural o religioso, cuando por el lugar en que se encuentren, se hallaren libradas a la confianza pública, o destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas;*

2) *Cuando el daño recayere sobre medios o vías de comunicación o de tránsito, sobre puentes o canales, sobre plantas de producción o conductos de agua, de electricidad o de sustancias energéticas;*

3) *Cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas;*

Y

4) *Cuando el hecho fuere ejecutado por tres o más personas.*

2.4. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y LA CONTRAVENCIONES CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO

ARTÍCULO 388.- Se impondrá de tres a treinta días multa:

Daños menores

9) *A los que arrojaran a una propiedad ajena, piedras, materiales u objetos de cualquier clase, aptos para causar daño; o apedrearen arboles frutales, jardines o sembrados ajenos; a los que destruyeren, inutilizaren, hicieren desaparecer o de cualquier modo dañaren una cosa, total o parcialmente ajena, cuyo perjuicio no exceda de la mitad del salario base (*)*

(Así reformado por el artículo 1 de Ley No. 7337 del 5 de mayo de 1993).⁽⁶⁾

3. DAÑO

3.1. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE DAÑO⁽⁷⁾

Las sociedades de acuerdo a la época y lugar han considerado como de vital importancia

para la supervivencia de la comunidad y del individuo, intereses que siendo colectivos deben ser defendidos, incluso coactivamente, para evitar la desintegración de la sociedad, o del Estado o del propio individuo, estos intereses reconocidos se les conoce como bienes sociales, que cuando son objeto del ordenamiento jurídico, se llaman “bienes jurídicos”. Tales intereses o bienes son muy diversos, como la vida, la libertad, el honor, la salud, la propiedad, etc.

El Estado a través de disposiciones constitucionales y legales protege esos bienes por medio de las normas jurídicas. Las normas jurídicas tienen por objeto los bienes jurídicos por cuanto estos bienes tienen relación con intereses fundamentales de la sociedad y del Estado, este les brinda una protección especial mediante el señalamiento de penas para quienes violentan esas normas jurídicas y, por ende, lesionan los bienes jurídicos que ellas comprenden.

La acción del delito recae sobre una cosa total o parcialmente ajena, se dice que una cosa ajena es cuando pertenece a persona distinta del autor del daño. No todos los resultados dañosos que castiga el art. 228 implican un ataque al derecho de propiedad sobre la cosa. La destrucción ataca el derecho de propiedad; lesionan sólo el derecho al goce o a la conservación de la cosa con la función económica, social o sentimental que le fue atribuida, la inutilización y otras formas de daño, como ensuciar la cosa. El Bien

Jurídico Tutelado en este delito es el derecho de propiedad no solo en sentido formal, sino también los atributos que comporta el dominio.

3.2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

SUJETO ACTIVO: cualquiera, menos el propietario de la cosa.

SUJETO PASIVO: el propietario de la cosa, o el no propietario que sea titular de un derecho de goce o de conservación o tenga un derecho garantía sobre la cosa.

3.3. LA COSA OBJETO DEL DELITO DE DAÑOS

Es una cosa puede ser mueble o inmueble, es perceptible a los sentidos, la cual esta de manera inmediata y directa, bajo la esfera de dominio de una persona determinada (un gas, liquido, un sólido, electricidad).

3.4. LA ACCIÓN

El artículo 228 castiga al que **destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier otro modo dañare una cosa.** Dañar es el concepto más general, y especificaciones de este término general son destruir, inutilizar y hacer desaparecer, no describen acciones sino simples modos de dañar la cosa, es decir, resultados. La acción punible consiste en un acto del sujeto

6 La Sala Tercera del Corte Suprema de Justicia, en resolución N° 618 del 26 de junio de 1998, resolvió en un caso de un imputado que ingreso a una vivienda rompiendo una ventana, que para condenar era necesario demostrar la intención de sustraer bienes, señaló que la conducta del justiciable no constituye alguno de los delitos de robo agravado o violación de domicilio, ambos en grado de tentativa, sino que se trata de la contravención de daños menores contemplada en el artículo 386 inciso 9) del Código Penal, que establece que se impondrá prisión de tres a treinta días multa: "... a los que destruyeren, inutilizaren, hicieren desaparecer o de cualquier modo dañaren una cosa, total o parcialmente ajena, cuyo perjuicio no exceda de la mitad del salario base..."

7 Aquello que el legislador protege, prioritariamente, con la disposición penal concreta.

activo por la cual ejerce fuerza física sobre la cosa que tiene por efecto el daño.

Los resultados descritos en el 228 del CP **pueden ser realizados por comisión por omisión** y el agente es punible como autor de daños si, jurídicamente, estaba obligado a evitar el resultado, ejemplo el encargado de dar de comer a un animal que omite, antijurídicamente, hacerlo y le produzca en él un daño.

3.5. EL RESULTADO

El delito de daños es un delito de resultado o de lesión, el resultado es necesario para la consumación del delito, **destruir** es la forma más grave de daño, consiste en suprimir a la cosa totalmente su valor económico mediante una acción que incida en su estructura física, ejemplos: matar un animal o quemar un vehículo. **Inutilizar** es suprimir a la cosa, aunque sea temporalmente, la función a la que estaba destinada (echar agua en un reloj o un motor). **v:** contiene todos los casos de dispersión (quitar tapón a una botella que contiene un gas) y los casos en los que el delincuente, sin lesión a la sustancia de la cosa, la aleja de la esfera de disponibilidad del propietario. (tirar un anillo al mar).

El artículo 228 castiga dañar, de manera que el objeto de protección no es la cosa en sí,

sino el interés del propietario a que la cosa se conserve, sin desmejoras, en el estado que tenía antes del hecho.

Entre la acción física sobre la cosa y el resultado debe haber relación de causalidad. Si el delito se realizó por comisión por omisión, valen los principios de la omisión impropia respecto a la causalidad.

3.6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El Dr. Francisco Castillo señala que según los principios generales, un delito es consumado cuando el tipo penal esté completo en todos sus elementos, incluida la violación al bien jurídico tutelado⁽⁸⁾. Existe delito de daños consumado cuando un daño –que debe producir una disminución del valor económico o sentimental de la cosa–, se ha producido⁽⁹⁾. En delito de daños la tentativa es configurable, ejemplos dados por la doctrina, son los siguientes: tirar una piedra contra la vidriera sin acertar el tiro o sin quebrarla, echar a un animal alimentos dañinos con la intención de enfermarlo sin matarlo, que el animal no quiere tomar. En estos casos en que se tome en la mano la piedra o se prepare el alimento, con la intención de arrojarla o de darle a comer al animal, nos encontramos ante actos preparatorios.

8 Dr. Francisco Castillo González, El delito de daños. Revista de Ciencias Jurídicas No. 38. Mayo –agosto 1979
9 Moll Die strafrechtliche Behandlung der Sachbeschädigung. Diss Univ. Bern, 1924, citado por el Dr. Francisco Castillo González, El delito de daños. Revista de Ciencias Jurídicas No. 38. Mayo –agosto 1979

3.7. EL TIPO SUBJETIVO DE DAÑOS

El daño es un delito doloso, requiere que el agente realice, conciente y voluntariamente, todos los elementos de hecho establecidos en el tipo penal. **La antijuridicidad** es elemento general del delito de daños. **El dolo** exige en el autor conciencia de que la cosa, objeto de su acción, es ajena total o parcialmente y de que su actividad la destruye, la inutiliza, la hace desaparecer o la daña. Para la realización del delito **basta el dolo eventual**, por lo tanto no es necesario que el agente tenga por finalidad de su actuación la realización del daño; basta que tal realización se la represente como posible, que tome el riesgo al actuar, de la realización de tal resultado y que la acepte, si se produce.

3.8. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA ACCIÓN⁽¹⁰⁾

No existe delito de daños cuando la destrucción de la cosa acontece en cumplimiento de un deber legal, o en ejercicio de un derecho legítimo de un derecho o con el consentimiento del derechohabiente. La legítima defensa (caso de destruir al defenderse de una agresión el florero ajeno) o el estado de necesidad (caso de los bomberos que maten al perro que ataque) justifican también los daños.

En relación con lo comentado en el aparte anterior, el Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución 840-2006 del 18 de agosto de 2006, resolvió lo siguiente: “- **Le asiste razón al recurrente** . En efecto, de una simple lectura del fallo, como bien lo acusa el querellante, se determina que el Tribunal de Juicio incurre en una violación a las reglas de la sana crítica, pues, a pesar de que en la relación de hechos que se tiene acreditado señala que el justiciable Rojas Barrantes destruyó el vehículo del ofendido, al realizar el análisis de la prueba y tomar la decisión, lo absuelve de toda pena y responsabilidad por estos hechos. Así, aún cuando, tal y como se indicó en el escrito de querrela, en el punto 16 del cuadro fáctico que se establece como cierto, indicó que la acción del endilgado provocó la destrucción del automotor al quitarle las llantas, el motor, los asientos, el sistema eléctrico, los búmer y los vidrios, así como dejarlo a la interperie, concluye que no es posible hacerlo responsable de esta ilicitud. Lo anterior, por cuanto, según el criterio expuesto por el Juzgador, **(1)** en la querrela no se indica una fecha aproximada de cuándo ocurrieron los hechos, **(2)** el quitarle piezas a un vehículo, no implica un daño o inutilización a éste, pues se se colocan nuevamente vuelve a funcionar; y **(3)** no se pudo determinar el modo o los medios que se utilizaron para realizar tal acción (ver folio

10 Actuar antijurídicamente significa violar una norma jurídica, si la norma jurídica autoriza la fuerza física sobre la cosa y la consecuente desmejora de ésta, no es antijurídico el resultados producido.

166). Estos argumentos sin embargo, no se fundamentan ni se analizan con profundidad, pues, en **primer término**, si bien no se dice una fecha exacta, si se indica en la querrela que los hechos se produjeron después de que se realizó la audiencia de conciliación que se ordenó en la causa por retención indebida, es decir, era un elemento que podía ser definido -con alguna facilidad- a partir de las mismas constancias del expediente. En **segundo lugar**, no es cierto que el quitarle piezas a un vehículo no conlleve una inutilización o un daño, dado que el concepto de dañar, conforme lo define el Diccionario de la Lengua Española, consiste en “**causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia**” (Tomo I, Real Academia de la Lengua Española, Editorial Espasa, Vigésima Segunda Edición, 2001, pág. 726) y esto fue lo que hizo precisamente el endilgado, en tesis de principio, según el cuadro fáctico que se tuvo por acreditado en el fallo. Finalmente, en **tercer lugar**, el modo o los medios que fueron utilizados en este caso, no se presentan como determinantes en este caso, toda vez que lo esencial fue que el vehículo se inutilizó, al punto que ello le produjo al ofendido una pérdida de tres millones de colones (¢3.000.000). Consecuentemente, como se acusa en el recurso, no es posible admitir esta forma de motivar una resolución, dado que no pueden subsistir -al mismo tiempo- afirmaciones, juicios o conclusiones que se excluyen entre sí. En otras palabras, **no se puede asumir por un lado como cierto que el justiciable destruyó el vehículo**

del ofendido, conforme se indicó en el escrito de la querrela y se tuvo por probado en el fallo, y luego afirmar que existe duda sobre esta circunstancia, absolviéndolo al justiciable de tal ilícito.

Así las cosas, no siendo posible mantener la validez de la sentencia en razón del defecto que se aprecia, lo que impone es acoger la inconformidad que presenta el representante del Ministerio Público y decretar la nulidad del fallo, así como el juicio que le precedió. De igual forma, como consecuencia de lo anterior, se ordena el reenvío del expediente al Tribunal de origen para que procedan conforme a derecho. Por innecesario se omite pronunciamiento en torno al otro motivo del recurso interpuesto. POR TANTO: Se declara con lugar el primer motivo del recurso de casación que interpone el querrelante. Se anula la sentencia y el juicio que le precedió y se ordena el reenvío del expediente para una nueva sustanciación conforme a derecho.”

3.9. PROBLEMA DE CONCURSOS

La doctrina se ha ocupado de distinguir entre el delito de hurto y el de daños; lo primordial en los delitos patrimoniales es producir una lesión en el patrimonio de otros, el de daños es también un delito patrimonial; pero falta el fin de lucro o de enriquecimiento. En el delito de hurto hay un “**animus lucrandi**”, el delito de daños el “**animus nocendi**”. Siendo los delitos de daños y hurto patrimoniales (mismo bien jurídico) no puede haber entre ambos concurso ideal, si alguien destruye una estatua para llevarse

la cabeza del monumento, el hurto desplaza, por consunción, al delito de daños de la estatua.

En concurso aparente de normas y nunca en concurso ideal están los demás delitos apropiativos con el delito de daños. Por especialidad desplazan al delito de daños tipos penales que consisten en la destrucción, inutilización y otros hechos dañosos realizados con el ánimo de lucro tales como el estelionato(217 CP) o de la estafa de seguro (220 CP).

También desplazan por especialidad al delito de daños aquellos tipos penales que consisten en una violación de un bien jurídico distinto de la propiedad, mediante la destrucción, deterioro, inutilización o daño de una cosa, por ejemplo los delitos contra la seguridad común (incendio y explosión, art. 246, estrago art. 247), de delitos contra la seguridad de la nación (sabotaje,art. 293).

El delito de daños es desplazado toda vez que la fuerza en las cosas sea elemento constitutivo de algún delito (robo, art. 212. inciso 1) o una circunstancia de agravación (ejemplo violación de domicilio realizada con fuerza sobre las cosas, art. 204).

PENALIDAD:	Mínimo	Máximo
Daño simple	15 días	1 año
	ó 10 días multa	100 días multa
Daño agravado	6 meses	3 años

La pena del daño simple es baja o poco severa, por tener la posibilidad de multa, sobre todo si se compara con el hurto, la mentalidad popular, que instituye la diferencia anterior, considera un hecho mucho más grave hurtar que dañar una cosa.

La pena es de 6 meses a 3 años cuando hay un interés público en la conservación inalterada de la cosa (art. 229 incs. 1 y 2) o cuando el modo de ejecución del delito revele peligrosidad del delincuente o delincuentes (art. 229 incs. 3 y 4).

En relación con la aplicación de la pena de días multa, el Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución 512 del 9 de junio de 2005, estableció para un caso de materia penal juvenil, la posibilidad de aplicar la pena subsidiaria de quince días de internamiento en delito de daños, al respecto señaló, en lo que interesa lo siguiente: I. - El Ministerio Público presentó recurso de casación. Alega falta de fundamentación de la pena impuesta, ya que impuso una sanción de internamiento de quince días, la que es ínfima, máxime si se toma en cuenta que solamente se aplicaría en caso de incumplimiento. Alega que el monto es tan pequeño que no podrían hacerse los trámites para hacer la pena efectiva. Señala que deben analizarse los derechos de la víctima. Indica que la sanción impuesta no guarda ninguna proporcionalidad, ya que los hechos son graves y ameritan una sanción mayor. **El recurso se declara sin lugar**. El Ministerio Público en el juicio oral y privado

solicitó la aplicación de la libertad asistida por seis meses y la sanción de internamiento, para el caso de incumplimiento, por tres meses. El reclamo que hace en el recurso se dirige en particular en relación a la sanción de internamiento que se impuso de quince días, ello en forma subsidiaria, para el supuesto en que se incumpla la sanción no privativa de libertad. Debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal Juvenil tiene parámetros propios para la determinación de la sanción, de modo que no se rige por el sistema de mínimos y máximos del Derecho Penal de adultos, pero no puede existir una desvinculación total con este Derecho, como lo revela el mismo artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, ya que la pena contemplada en el Derecho de adultos puede ser un parámetro para la determinación de la gravedad que el legislador le asigna al delito, ello sin perjuicio de tomar en cuenta las características propias de la delincuencia juvenil. Es importante de todas maneras que no podría llegarse en el Derecho Penal Juvenil a darse una respuesta incluso más gravosa que la que ocurre en el Derecho de adultos, ya que ello iría en contra de principios básicos en que se asienta la materia Penal Juvenil. Téngase en cuenta que en el Derecho de adultos el delito de daños tiene una pena alternativa de prisión y de multa, resultando que la primera tiene un mínimo de quince días. Por ello pretender una sanción privativa de libertad,

aun cuando sea en forma subsidiaria, de tres meses, no sería acorde con los principios del Derecho Penal Juvenil. La parte impugnante hace en definitiva referencia a a que debió disponerse una sanción más gravosa que la que se impuso, ya que indica que ésta no guarda proporción con la gravedad de los hechos. Sin embargo, como se indicó no puede estimarse como especialmente graves los hechos para que justifiquen una sanción de internamiento mayor. Por lo anterior corresponde declarar sin lugar el recurso del Ministerio Público. "

4. DAÑO AGRAVADO

4.1 DESTRUCCIÓN DE OBJETOS CULTURALES (art. 229 inc. 1)

La pena se agrava “si ... *fuere ejecutado en cosas de valor científico, artístico, cultural o religioso, cuando por el lugar en que se encuentren, se hallaren libradas a la confianza pública, o destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas*”, los dos criterios usados por el legislador para construir el agravante son: el carácter cultural de los objetos (se relaciona con su valor científico, cultural o religioso), y el lugar o destino de ellos (cosas libradas a la confianza o reverencia pública que son objeto fácilmente de actos de vandalismo, de saqueos o de hechos similares).

4.2 DESTRUCCIÓN DE OBJETOS NECESARIOS PARA LA PRODUCCIÓN NACIONAL (Art. 229 inc. 2)

Hay daño agravado “*cuando el daño recayere sobre medios o vías de comunicación o de tránsito, sobre puentes o canales, sobre plantas de producción o conductos de agua, de electricidad o de sustancias energéticas.*”

La razón de la agravación es el perjuicio que con tales daños se le causa a la producción nacional (vías de comunicación, puentes, canales de riego, plantas generadoras de electricidad); es indiferente que los objetos sean públicos o privados, con tal que sean ajenos al delincuente, interesa que sean cosas afectas a servicios públicos o a intereses vitales de la vida económica del país.

4.3 DAÑO EJECUTADO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS O CON AMENAZA (Art. 229 inc. 3)

La pena se agrava “*cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas.* Abarca todo efecto directo sobre el cuerpo de la persona por medio de fuerza muscular del autor (puñetazos), a través de medios mecánicos o por medios químicos o hipnótico. También incluye la amenaza mediante el anuncio de un mal futuro.

4.4 EJECUCIÓN DEL HECHO POR TRES O MÁS PERSONAS (Art. 229 inc. 4)

La pena se agrava “*cuando el hecho fuere ejecutado por tres o más personas.*” Es necesario que ellas hayan participado como autoras o coautoras, es decir, que hayan participado en el proceso ejecutivo del delito. No hay agravación si hay un solo autor y dos cómplices o instigadores. La razón de agravación está en que con el aumento del número de autores o coautores aumenta también la posibilidad de realización segura del hecho y el peligro para aquellos pudiesen resistir la comisión del delito.

Para ilustrar el caso anterior expongo el siguiente ejemplo: dos amigos, uno de ellos drogado y el otro en buen estado caminan sobre la acera, el que va drogado se dedica a romper retrovisores y escobillas de los vehículos parqueados en al acera, luego ambos ingresan al vehículo del que va en buen estado, momento en que ambos son detenidos, dentro del vehículo se encuentra una parte de escobilla. Analizando el caso anterior se debe indicar que solo una de ellas ha participado como autor y eventualmente la otra puede acusarse de cómplice o instigador, por lo que no hay agravación.

El Tribunal de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución 170, del 7 de marzo de 1997, resolvió lo siguiente: "Estima esta cámara que el artículo 229 del Código Penal en sus diferentes modalidades

no resulta inconstitucional ni violatorio al principio de legalidad, debiendo ser analizado necesariamente en conjunto con el artículo 228 que le antecede, que es la norma penal que contiene el concepto de daño típicamente establecido, considerado como destrucción, inutilización, desaparición o cualquier otro modo de daño a una cosa total o parcialmente ajena por parte del sujeto activo; y sobre esta base conceptual se continúa analizando su conducta, a fin de determinar si incurre además en alguna causa de agravación, contenidas en el artículo posterior (229 Código Penal) y sancionadas con una pena mayor, complementándose el tipo penal del numeral 228 citado. Al mencionar este artículo el concepto de "daños" en plural, y luego la norma siguiente referirse a "daño" en singular, resulta ser un problema de hermenéutica jurídica y no debe verse en función de su valor descriptivo, de allí que lo que sanciona en los artículos de repetida cita es cualquier daño que ocasione el sujeto activo a cosas total o parcialmente ajenas, pudiendo agravarse la conducta desplegada de acuerdo a las circunstancias legalmente señaladas, y si en el artículo 228 mencionado se utiliza el concepto de daños en plural, ello se debe a un mayor énfasis en la acción típica contenida, sin dejar de lado el aspecto singular, por lo que el sentido gramatical del término no resulta afectado. En consecuencia habiendo encuadrado el imputado su conducta a los presupuestos típicos del artículo 229 inciso 4) del Código Penal al haber ocasionado junto con más de tres personas, daños materiales en el

vehículo que conducía el ofendido el día de los hechos, la norma penal aplicada que encuentra su inmediato antecedente en el numeral 228 ibídem, resulta ser la adecuada para sancionar su acción ilícita, de allí que no se observe vicio alguno en la resolución cuestionada."

La jurisprudencia de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, en relación con este delito en la Resolución N° 375 del 3 de mayo de 2006, señaló lo siguiente:

"VII.- **Acerca del delito atribuido:** Las personas y sus bienes no están obligadas a soportar situaciones peligrosas que amenacen su integridad, motivo por el cual se tipifican como contrarias a derecho, aquellas acciones que la comprometan. El título IX del Código Penal, "delitos contra la seguridad común", contempla dentro de sus figuras, el incendio y otros estragos. Por tratarse de la seguridad común, el peligro corrido con la acción es sufrido por un número indeterminado de personas o bienes: "*La circunstancia de que las acciones típicas se punan en este título a causa del peligro común que crean o pueden crear al atacar la seguridad común, no descarta que muchas se compongan de daños reales a bienes o personas (como ocurre en el incendio, el ataque pirático, etc.), pero aquí el derecho no las sanciona por sus resultados tangibles, sino porque por medio de esos daños se ha creado un peligro común, que indeterminadamente han corrido realmente (de modo concreto) bienes o personas.*"

Sin perjuicio de ello, muchas de las figuras incluidas son de peligro abstracto; sus delitos se consuman con la pura acción, que se castiga por constituir su misma realización un peligro común (p.ej., tenencia de armas de guerra)" (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Editorial Astrea, 1997, página 2). De conformidad con el artículo 246 del Código Penal: "Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes". Es requisito de tipicidad la creación de un peligro común para las personas o los bienes, con acciones de incendio o explosión: "*No basta, sin embargo, cualquier expandibilidad del fuego, sino la que se traduce en la posibilidad de su extensión a bienes distintos de aquel en el que se originara y que sean indeterminados, tenga esa posibilidad origen en la propia entidad o calidad del fuego, ya lo tenga en las particulares circunstancias o condiciones del bien amenazado. Cuando éste es determinado, es decir, cuando el fuego no puede afectar más que a bienes circunscriptos, además de aquel en el que se produjo inicialmente, sin posibilidad de extenderse a otros, se puede salir de la figura para entrar en la de daño. El peligro común creado por el fuego debe ser un peligro concreto, es decir, efectivamente corrido por bienes indeterminados a raíz de su expandibilidad; no es por tanto suficiente para el tipo el hecho de que, normalmente, un fuego de las características del producido genere ese peligro, si es que realmente éste no ha existido, sin perjuicio, por supuesto,*

de que el delito quede en tentativa" (obra citada, página 5). Precisamente en esa circunstancia estriba la diferencia con el delito de daños, cuando se ha dado ese resultado: en la existencia de un peligro común, conocido y querido, o al menos aceptado como probable, por el autor. El daño se limita a la destrucción o menoscabo de un bien o bienes determinados. VIII.- **Resolución del caso:** Como se examinó en el considerando anterior, el delito de incendio requiere para su tipificación, la creación de un peligro común para las personas o los bienes (artículo 246 del Código Penal). La acusación original afirmaba que cuando la señora Torres Ortiz fue obligada a salir de la casa, le fueron sacadas también sus pertenencias (folio 116), no obstante lo cual el sustento de la decisión gira en torno a la presencia de bienes de los ofendidos dentro de la casa, modificándose la acusación e incluyéndose un elemento esencial para la tipificación del hecho, de manera sorpresiva, en sentencia, sin que los acusados pudieran refutar esa nueva circunstancia. Razona el Tribunal: "*El delito de incendio previsto y sancionado en el artículo 246 inciso 3 in fine del Código Penal, no establece entre sus elementos objetivos la propiedad del bien, sino si con el incendio se puso en peligro a las personas o a los bienes. Así las cosas aún en el entendido que el rancho fuera propiedad de José Rafael Arauz Villanueva y Carlos Nicanor Arauz Villanueva esto no los legitima a realizar un desahucio violento de facto, quemando el inmueble con las pertenencias de los ofendidos.*"

En este sentido también se acreditó que dentro del inmueble permanecían casi la totalidad del menaje de casa de la familia de Ramona Torres Ortiz...Sobre el argumento presentado por la defensa técnica en el tanto los encartados actuaron de esa manera pues la finca les pertenecía, como se dijo es un extremo que no reviste importancia, pues ha quedado acreditado que los bienes de la ofendida y su familia fueron quemados con el incidente, incluso animales de granja...” (folios 204 y 205). Al referirse a la calificación legal, señala el Juzgador: “La conclusión del Tribunal es distinta y a la misma se arriba porque no es factible sustentar un desahucio de facto en los términos aquí discutidos. No era permitido a los encartados proceder a prender fuego al rancho, sin al menos haberse tomado la molestia de sacar los bienes y animales que estaban dentro de la casa y que sabían no eran de su propiedad (folio 209)... En el caso que nos ocupa, los imputados en efecto utilizaron el fuego produciendo un daño consumado a los bienes de la ofendida” (folio 211). Es claro que la condenatoria se asentó en la destrucción de bienes de los ofendidos, guardados dentro de la casa siniestrada. Sin embargo, la acusación estableció con claridad que los ofendidos fueron desalojados junto con sus bienes; es decir, nunca se acusó la existencia de objetos propiedad de las víctimas, dentro de la vivienda destruida, ni su menoscabo o pérdida. Tampoco contiene la acusación la descripción de un peligro común para las personas o bienes. Se tuvo por cierto que los tres acusados, rociaron el

inmueble con gasolina y le prendieron fuego, provocando un incendio que acabó con el lugar. Tal como se describen los hechos en la pieza acusatoria, que son los mismos que se tuvieron por probados (folio 192), éstos corresponden a un delito de daños: destrucción, inutilización o desaparición de una cosa. A diferencia del incendio, que es una acción contra la seguridad común, el delito de daños constituye una infracción contra la propiedad (Título VII, delitos contra la propiedad). Los acusados, prendiéndole fuego, destruyeron la casa que días antes habitaron la señora Torres Ortiz y su familia, acción que se adecua a la conducta contemplada en el artículo 228 en relación con el 229 inciso 4) del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, o con diez a cien días multa, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer, o de cualquier modo dañare una cosa, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la contravención prevista en el inciso 4° del artículo 387” (artículo 228). Por lo indicado, se casa la sentencia y se recalifican los hechos tenidos por acreditados, como constitutivos del delito de daños agravados, previsto y sancionado en el artículo 229 del Código Penal.”

5. PROYECTO DE LEY ADICIÓN DE LOS ARTÍCULO 228 BIS y 323 BIS

Actualmente en nuestra Asamblea Legislativa se encuentra el Proyecto de ley de adición

de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393, y derogación del inciso 2) del artículo 229, del código penal, ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, Expediente N° 16.523, el citado proyecto busca una solución al problema que se ha presentado en los últimos años con el robo de cable del tendido eléctrico y las tapas de alcantarillas. En cuanto al robo de cable, el proyecto señala que “el daño causado por la acción de sustraer este tipo de bienes puede ser visto desde dos perspectivas. La primera, evidentemente, es el daño material causado en la comisión del ilícito y con ocasión de este; y usualmente este daño, su valor, es subsumido por la cuantía del delito. La segunda es el daño subjetivo, y no nos referimos a los intereses difusos que legitiman para accionar jurisdiccionalmente, sino a los intereses colectivos que deben ser satisfechos por la prestación del servicio público. Por ello, es también claro que el llamado robo de cable, por ejemplo, no debe ser visto como un delito cometido en contra del Instituto Costarricense de Electricidad, sino que debe ser considerado, también, como una conducta en contra de todos aquellos ciudadanos que requieren de los servicios del ICE diariamente”.

En relación con lo anterior, se señala que el enfoque que se le quiere dar al delito es de primordial importancia para que no exista ninguna duda en cuanto a la intención del nuevo instituto: el hurto y el robo son delitos contra la propiedad, los daños tipifican algo más que la sustracción patrimonial y es el

valor de uso que pueda tener el bien. Así, lo importante no será el monto de lo sustraído, sino el valor intrínseco de lo dañado; a guisa de ejemplo, si en un residencial se roban el cable eléctrico, la valoración no será el precio del cable y la instalación del mismo, sino la privación del servicio a la colectividad y la amenaza causada a la colectividad.

El citado proyecto propone entre otras cosas, la creación del siguiente artículo 228 bis:

ARTÍCULO 1.- Adicionase un artículo 228 bis al Código Penal que se leerá:

“DAÑOS A BIENES AFECTOS AL SERVICIO O UTILIDAD PÚBLICA

Artículo 228 bis.- Será reprimido con prisión de cuatro a diez años el que destruyere, inutilizare, sustrajere o de cualquier modo dañare, total o parcialmente, un bien destinado al servicio o utilidad pública, medios o vías de comunicación y de tránsito, elementos de señalización vial, puentes o canales, plantas de producción, acueductos, alcantarillados, alumbrado público, conductos de electricidad, de telecomunicaciones o de sustancias energéticas.”

6. BIBLIOGRAFIA.

1. Circular 02-ADM 2008 Salarios bases y cuantías de delitos 1999-2008, Fiscalía

- General de la República, Fiscalía General de la República, Ministerio Público de Costa Rica, Poder Judicial
2. Código Civil. -17 ed. –San José Costa Rica, IJSA, Enero 2007
 3. Código Penal, 21 ed. San José Costa Rica, IJSA, Febrero 2008
 4. Constitución Política, de la República de Costa Rica. 30 ed. San José, Costa Rica, IJSA, marzo 2008.
 5. Dr. Francisco Castillo González. El delito de daños. Revista de Ciencias Jurídicas No.38, , Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho-Colegio de Abogados. Mayo-Agosto 1979
 6. F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas, Delitos contra la vida y la integridad corporal, Editorial Porrúa S.A. 2 ed. 1971,
 7. Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental /edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.-16 ed. –Buenos Aires: Heliasta, 2003.
 8. Jorge E Zavala Baquerizo, Delitos contra la propiedad. Editorial Edino, Guayaquil Ecuador , 1988
 9. Adame Goddard, Jorge. Los delitos privados en el Derecho Romano clásico, www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Jorge%20Adame%20Goddard.doc
 10. Laura T A Damianovich de Cerredo, Delitos contra la propiedad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983
 11. Navarro Fallas Roman, Derecho Constitucional de propiedad privada, Revista Iustitia, San José, N° 171-172, marzo-abril 2001, p 22.
 12. Proyecto de ley adición de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393, y derogación del inciso 2) del artículo 229, del código penal, ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970
 13. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, 2001.
 14. Sala I de la Corte Suprema de Justicia: Res: 10 del 22 de marzo de 1994.
 15. Sala I de la Corte Suprema de Justicia: Res: 607-f-02 del 7 de agosto de 2002.
 16. Sala III de la Corte Suprema de Justicia, en relación con este delito en la Resolución N° 375 del 3 de mayo de 2006. http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=345776&nValor3=102556&strTipM=E1&IResultado=1&strTem=ReTem
 17. Sala III de la Corte Suprema de Justicia: Res: 423-1993
 18. La Sala Tercera del Corte Suprema de Justicia, resolución N° 618 del 26 de junio de 1998, http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ&nValor1=1&strTipM=E1&nValor2=56731&pgn=TES&nTermino=14681&nTesoro=5&tem4=TODO&tem6=0&tem2=&tem3=&nValor3=86689&strDirTe=DD
 19. Sala III de la Corte Suprema de Justicia: Res: 472-1993
 20. Sibaja Miranda Jorge Luis y otro, La acción Reivindicatoria de Bienes Inmuebles a la Luz de la Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y las Resoluciones del

Tribunal Superior Agrario de San José, Tesis para optar por el grado académico de Licenciados en Derecho, Setiembre de 1992.

21. Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución 840-2006 del 18 de agosto de 2006.
22. Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución 512 del 9 de junio de 2005. http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=312567&nValor3=81110&strTipM=E1&IResultado=8&strTem=ReTem
23. Tribunal de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, resolución 170, del 7 de marzo de 1997. <http://200.91.68.20/>

[scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=211680&nValor3=93482&strTipM=E4&IResultado=3&strTem=ReTem](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=211680&nValor3=93482&strTipM=E4&IResultado=3&strTem=ReTem)

ANEXOS

1. Circular 02-ADM 2008, Fiscalía General de la República, “SALARIOS BASE Y CUANTÍAS DE LOS DELITOS DESDE 1989 HASTA EL 2008.
2. Proyecto de ley adición de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393, y derogación del inciso 2) del artículo 229, del código penal, ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, Expediente N° 16.523

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA**

PROYECTO DE LEY

**ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 228 BIS Y 323 BIS,
REFORMA DEL INCISO 1) DEL ARTÍCULO 393, Y
DEROGACIÓN DEL INCISO 2) DEL ARTÍCULO 229,
DEL CÓDIGO PENAL, LEY N° 4573, DE 4 DE MAYO
DE 1970, Y SUS REFORMAS**

VARIOS SEÑORES DIPUTADOS

EXPEDIENTE N° 16.523

**DEPARTAMENTO DE SERVICIOS
PARLAMENTARIOS**

Proyecto de ley adición de los artículos 228 bis y 323 bis, reforma del inciso 1) del artículo 393, y derogación del inciso 2) del artículo 229, del Código Penal, ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas, expediente N.º 16.523

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Cada día es más frecuente escuchar del robo de tapas de alcantarilla, o de cable eléctrico. Incluso, hemos visto cómo los delincuentes, aun a riesgo de su propia vida, vadean todo tipo de obstáculos para sustraer lo que pueda ser tomado.

En este orden de ideas se ha venido pensando en la necesidad de tipificar el robo de cable en nuestra legislación penal. Sin embargo, tal concepto parece ser limitado. Aun cuando ya existen antecedentes de personas condenadas por el delito de robo por apropiarse de una cantidad considerable de cable eléctrico, lo cierto es que la acción cometida no se circunscribe al valor del material apropiado o al simple daño causado a las distintas instalaciones de servicios públicos. Por ello, es importante también abordar el tema del daño causado a la colectividad y a los intereses colectivos que se ven agraviados con estas incidencias.

Nos encontramos frente a bienes que tienen una naturaleza muy especial: el servicio público. Por ello, tienen la calificación de demaniales. A este respecto, la Sala Constitucional ha afirmado:

“... El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres...” (Voto 2306-1991 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno).

El artículo 261 del Código Civil señala que *“son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o los Municipios, quienes en el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.”* A la luz de este artículo, para considerar un bien como demanial se requiere la existencia de una ley que lo afecte al cumplimiento de un fin público, o que la cosa en sí misma sea de uso público, como una calle, un puente, un parque, entre otros. Estos bienes se caracterizan por perseguir la satisfacción de intereses generales; su objetivo final es alcanzar el bien común.

Por dominio público se entiende el conjunto de bienes sujetos a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos. Los entes públicos tienen su razón de ser en la satisfacción del interés público; así, los bienes de que son titulares deben ser usados y dispuestos en orden a dicha satisfacción, por lo que necesariamente existe siempre en los bienes una vinculación con el fin público.

El daño causado por la acción de sustraer este tipo de bienes puede ser visto desde dos perspectivas. La primera, evidentemente, es el daño material causado en la comisión del ilícito y con ocasión de este; y usualmente este daño, su valor, es subsumido por la cuantía del delito. La segunda es el daño subjetivo, y no nos referimos a los intereses difusos que legitiman para accionar jurisdiccionalmente, sino a los intereses colectivos que deben ser satisfechos por la prestación del servicio público. Por ello, es también claro que el llamado robo de cable, por ejemplo, no debe ser visto como un delito cometido en contra del Instituto Costarricense de Electricidad, sino que debe ser considerado, también, como una conducta en contra de todos aquellos ciudadanos que requieren de los servicios del ICE diariamente.

Más aún, y sin que sea la intención entrar a divagar sobre la contribución de los ciudadanos a la acción estatal, mediante el pago de impuestos, este tipo de acciones puede poner en peligro el bien máspreciado para toda persona: su vida. La ausencia de una tapa de alcantarilla o de una señal puede ocasionar un accidente de tránsito, la sustracción de cables eléctricos puede generar un incendio.

Coincidimos con el licenciado Juan Diego Castro, quien ha afirmado que *“... las sustracciones de cable y medidores, jurídico penalmente hablando, no siempre serán robos. Esos hechos, según las circunstancias de cada caso, pueden ser hurtos simples, hurtos agravados, robos simples y quizá robos agravados...”* (Diario Extra, 10 de enero de 2007). Esta consideración es más que suficiente para plantear una solución diferente, una mejor opción que pudiera contener los elementos necesarios para tipificar adecuadamente la acción que nos ocupa.

En esta coyuntura es que planteamos esta iniciativa para crear un nuevo tipo penal: daños a bienes afectos al servicio o utilidad pública. No intentamos penalizar el daño que pueda causarse contra todo bien demanial, sino contra aquellos que están destinados a dar un servicio público básico, esto es, que tienen una utilidad pública inmediata. Para ello, es de obligada mención el artículo 5 de la Ley N.º 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios

Públicos, donde se definen como tales el suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización, los servicios de telecomunicaciones, el servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales, el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, el riego y avenamiento, transporte público, puertos nacionales, ferrocarril y la recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales. Son estos servicios, así como los instrumentos o elementos accesorios a ellos, a los que se pretenden abarcar en esta reforma.

El enfoque que le damos al delito es de primordial importancia para que no exista ninguna duda en cuanto a la intención del nuevo instituto: el hurto y el robo son delitos contra la propiedad, los daños tipifican algo más que la sustracción patrimonial y es el valor de uso que pueda tener el bien. Así, lo importante no será el monto de lo sustraído, sino el valor intrínseco de lo dañado; a guisa de ejemplo, si en un residencial se roban el cable eléctrico, la valoración no será el precio del cable y la instalación del mismo, sino la privación del servicio a la colectividad y la amenaza causada a la colectividad.

Esta forma de analizar la acción a tipificar es la que nos ha convencido de que no nos encontramos frente a un hurto o un robo, sino frente a una figura que se debería asemejar más al delito del daño.

Por otra parte, en cuanto al plazo de la pena hemos tenido en consideración que la amenaza que se presenta con la acción es de suma gravedad, no por su cuantía material, sino por las posibles consecuencias de la suspensión en la prestación de un servicio público. También creemos, y más aún tratándose de bienes que jurídicamente son de dominio público, que no debería haber diferencia en la pena entre el perpetrador inicial de la acción y quien comete la receptación de los posibles bienes sustraídos, que en la práctica más pareciera ser al menos un cómplice indispensable para el delito, que un receptor de bienes robados.

Proponemos también la eliminación del inciso 2) del artículo 229, daño agravado, pues su contenido se incluye en el nuevo tipo penal.

Finalmente, existe una contravención que multa la remoción sin autorización de señales o avisos ordenados por la ley, los reglamentos o la autoridad, para indicar casas o lugares en que exista riesgo de hundimiento u otra amenaza o para precaver a las personas en un lugar de tránsito público, o quien apagare una luz colocada como señal. Esta norma podría ser interpretada en detrimento de las que se proponen, pues la remoción puede ser un acto preparatorio para la sustracción de un bien destinado al servicio público; por ello, adicionamos una frase final, intentando preservar la aplicación del nuevo tipo penal que se agrega a la legislación, antes que la contravención.

Por todas estas razones presentamos a la consideración de la Asamblea Legislativa el siguiente proyecto de ley.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 228 BIS Y 323 BIS, REFORMA DEL INCISO 1) DEL ARTÍCULO 393, Y DEROGACIÓN DEL INCISO 2) DEL ARTÍCULO 229, DEL CÓDIGO PENAL, LEY N.º 4573, DE 4 DE MAYO DE 1970, Y SUS REFORMAS

ARTÍCULO 1.- Adiciónase un artículo 228 bis al Código Penal que se leerá:

“DAÑOS A BIENES AFECTOS AL SERVICIO O UTILIDAD PÚBLICA

Artículo 228 bis.- Será reprimido con prisión de cuatro a diez años el que destruyere, inutilizare, sustrajere o de cualquier modo dañare, total o parcialmente, un bien destinado al servicio o utilidad pública, medios o vías de comunicación y de tránsito, elementos de señalización vial, puentes o canales, plantas de producción, acueductos, alcantarillados, alumbrado público, conductos de electricidad, de telecomunicaciones o de sustancias energéticas.”

ARTÍCULO 2.- Adiciónase un artículo 323 bis al Código Penal que se leerá:

“RECEPTACIÓN DE BIENES AFECTOS AL SERVICIO O UTILIDAD PÚBLICA

Artículo 323 bis.- Se impondrá prisión de cuatro a diez años si la receptación tiene por objeto un bien destinado al servicio o utilidad pública, medios o vías de comunicación y de tránsito, elementos de señalización vial, puentes o canales, plantas de producción, acueductos, alcantarillados, alumbrado público, conductos de electricidad, de telecomunicaciones o de sustancias energéticas.”

ARTÍCULO 3.- Modifícase el inciso 1) del artículo 393 del Código Penal, para que en adelante se lea:

“**Artículo 393.-** Será castigado con pena de cinco a treinta días multa:

Omisión de colocar señales o de removerlas

1) El que no colocale o removiere sin autorización las señales o avisos ordenados por la ley, los reglamentos o la autoridad, para indicar casas o lugares en que exista riesgo de hundimiento u otra amenaza o para precaver a las personas en un lugar de tránsito público, o quien apagare una luz colocada como señal, siempre y cuando el hecho no tuviera una sanción más grave.

[...]

ARTÍCULO 4.- Derógase el inciso 2) del artículo 229 del Código Penal.

Rige a partir de su publicación.

Maureen Ballesteros Vargas

Jorge Méndez Zamora

Alexander Mora Mora

DIPUTADOS

25 de enero de 2007.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos.

EL DELITO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER, DERECHO DE LOS VENCEDORES Y LA MEMORIA HISTÓRICA EN WALTER BENJAMIN

Lic. Alonso Salazar

RESUMEN.

El presente artículo se fundamenta en el concepto de “memoria” de Walter Benjamin y sus tesis sobre el concepto de la historia. Se pretende lograr por medio de un análisis de algunas de estas tesis una delimitación del concepto de delito como manifestación de poder del Estado, concibiendo el proceso de formación de la ley y del delito mismo, desde la perspectiva de los vencedores. No se ocupa el trabajo en general de todas las tesis del concepto de la historia de Walter Benjamin, sino únicamente de las denominadas tesis VIII, IX y X.

Palabras Clave.

Delito, Poder Político, Memoria, Angelus Novus, Walter Benjamin, Concepto de la Historia.

ABSTRACT.

This article is based in the concept of “memory” of Walter Benjamin and your thesis about the concept of the history. It pretend

reach through an analysis of some of these thesis an delimitation of the concept of crime like manifestation of the State power, conceiving the formation process of the law and the crime itself, from the perspective of the victors. Doesn't address the work in general of all these thesis of history concept by Walter Benjamin, but only the named thesis VIII, IX and X.

Key Words.

Crime, Political Power, Memory, Angelus Novus, Walter Benjamin, Concept of History.

SUMARIO:

- Planteamiento del Problema.
- Walter Benjamin.
- El delito como una manifestación del poder político. (Hipótesis de trabajo, una idea para tomar en cuenta¹)
- Angelus Novus.
- La Memoria.
- Conclusión.

¹ El consejo expuesto hace ya muchos años por un pensador latinoamericano cuando decía que lo mejor en la actividad intelectual no es *pensar por sistemas, sino por ideas para tener en cuenta* (Vaz Ferreira). Así citado por SALAS (inédito de próxima publicación).

Planteamiento del problema

En el derecho penal y más concretamente dentro de la denominada “criminología”² han intentado a la largo de casi dos siglos de historia una explicación al origen del fenómeno delincencial en primera instancia (paradigma etiológico) y más recientemente, aproximadamente a partir del primer tercio del siglo XX, con nuevas tendencias, vgr. teorías de la anomia, teorías del etiquetamiento (interaccionismo simbólico), teorías de la desviación, teorías de las subculturas criminales, la criminología crítica, la ideología de la defensa social, la criminología de la liberación, por citar algunas; al estudio y análisis de los distintos mecanismos sociales en la constitución del fenómeno delincencial.

Ahora, más modernamente, con el abandono de dichas tendencias hacia los años 80 del siglo anterior y en adelante, los antes denominados “*criminólogos*” han venido a recalcar en una nueva disciplina sobre el funcionamiento y la interacción de los distintos componentes sociales y la operación de dichos componentes en torno a la cuestión criminal³, ello por medio de la denominada sociología del control penal, que como señala Bergalli dicha propuesta consiste en “...salirnos de los marcos estrechos que nos fijaba la tradicional denominación de criminología (...), que nos mantiene dentro del círculo vicioso que consiste en seguir discutiendo sobre el objeto y el método que determinarían el carácter científico de la disciplina, apegada a la ideología penal que da origen a su existencia y

2 “La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías patológicas de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales” y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías eran propias de la criminología positivista que, inspirada en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, predominó entre los fines del siglo pasado comienzos del presente. Así BARATTA (1986:21). Se refería el autor los siglos XIX y XX.

3 La llamada cuestión criminal, en los campos del conocimiento relativos al estudio y comprensión de las sociedades, ha ido empleando en las últimas décadas, en Europa, principios, categorías y métodos de investigación en las disciplinas sociales. En ciertos terrenos más restringidos del comportamiento humano tales cambios fueron idóneos para explicar, complementar o rectificar lo que hasta entonces habían constituido los únicos parámetros de comprensión de la conducta criminal: el médico y el jurídico. De tal modo, y con alteraciones también acaecidas en el terreno de las teorías sociales, en el cual se hizo sentir con mucho vigor el influjo del pensamiento crítico de la llamada Escuela de Frankfurt, el conocimiento criminológico se convirtió, asimismo, poco a poco, en un fértil terreno de cuestionamiento al saber tradicional. Las causas individuales de la conducta criminal, orientadoras de tal conocimiento y complementarias de la definición jurídico-penal de dicha conducta, comenzaron a perder el interés central y a ser reemplazadas por el estudio de los procesos mediante los cuales las sociedades construyen y aplican las definiciones de los comportamientos reprobables, tanto social como jurídicamente. De este modo fue como el conocimiento criminológico se amplió y, a la vez, se hizo más social y político. La verdadera revolución epistemológica se produjo cuando, definitivamente, el objeto de estudio de la tradicionalmente denominada criminología mudó del delito al control del mismo. Una nueva forma de abordar la cuestión criminal había sido inaugurada y, a través de ella, por primera vez de manera coordinada, iban a ser analizados, por ejemplo, los procesos de creación de la ley penal (Sistema Penal estático) o la conformación y actuación de las agencias policiales, judiciales y penitenciarias (Sistema Penal dinámico). En efecto, el objeto de estudio se había desplazado: se trataba ahora de estudiar, investigar y observar al propio Sistema Penal... Así BERGALLI, ROBERTO/RIVERA, IÑAKI, en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012. Contraportada y contracubierta.

condiciona su contenido...”; para denominar **sociología del control penal** “ al estudio de todas aquellas instancias, instrumentos, categorías y momentos sólo previstos por las normas jurídico-penales que promueven la legitimación del orden, pero no ya en su dimensión dogmática, sino en aquella dialéctica que pretende demostrar cuáles son los intereses socio-culturales y político-económicos que articulados en el sistema de producción están en su génesis, desarrollo y aplicación...”⁴

Ahora bien, es dentro del marco teórico de referencia, precisamente en condición de alumno del Prof. Iñaki Rivera Beiras que me encuentro por primera vez con un autor, a quien confieso, no conocía y además, indico sin mayores consideraciones, en su primera presentación por parte del Prof. Rivera, tampoco me llamó la atención. Me refiero a Walter Benjamin, no obstante; una segunda presentación del concepto de “*la memoria*” expuesto por Benjamin, me llevó a la reflexión que de seguido expongo, con la esperanza de iniciar en nuestro medio un diálogo académico al respecto.

Walter Benjamin

Walter Benjamin. Había nacido en Berlín en 1892 y estudiado en las Universidades

de Friburgo, Berna y su ciudad natal. Filósofo, crítico literario, narrador él mismo, poeta, su obra abarca desde la mística judía a la crítica de la modernidad, pasando por la sociología del lenguaje, la estética o la política. Exiliado primero en París, con la ocupación nazi intentó la huída a través de los Pirineos, pero la Guardia Civil española le impidió la entrada al país. En la fronteriza Portbou, y ayudado por la morfina, puso fin a su vida.⁵

AGUIRRE ROJAS en torno a la figura de Benjamin nos indica: “Walter Benjamin, que ha vivido entre 1892 y 1940, en la Alemania y en la Europa de esos agitados y cambiantes tiempos de finales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, ha sido sin duda uno de los más importantes intelectuales europeos de su propia época. Intelectual imprescindible dentro de una adecuada comprensión de la historia de la cultura europea del ‘primer siglo XX’, Benjamin ha captado, con una excepcional agudeza crítica y con una percepción extremadamente fina, varias de las más importantes lecciones derivadas de los complicados sucesos históricos, y de las profundas transformaciones sociales y culturales de esta misma Europa ya mencionada. Una Europa que ha sido sacudida, sucesivamente, por el ascenso

4 Citado por BOMBINI, a quien se puede consultar in extenso sobre este desarrollo de las distintas corrientes criminológicas. Me he inclinado por esta referencia por su elocuencia, sin embargo, debo advertir al lector, que en el texto de Bombini, se da la solución de continuidad como Bergalli, 1985:18-19, no obstante, al consultar la bibliografía de ese trabajo, en la misma no se cita ninguna obra de Bergalli del año 1985, por lo que no he podido verificar la fuente original.

5 Así OLMO BAU, op. cit. No debemos obviar eso sí, que aunque oficialmente esta es la historia, se tejen alrededor de la muerte de Benjamin, versiones acerca de una conspiración para asesinarlo y se rechaza la tesis de su suicidio.

de potentes movimientos obreros y por los audaces intentos de las revoluciones socialistas finalmente fallidas, por la absurda primera gran guerra europea de 1914-1918, por la crisis económica de 1929 y el ulterior ascenso del nazismo, del fascismo y del franquismo, y finalmente, por la irrupción también cruel e irracional de la segunda guerra mundial, configurando, a partir de todos estos procesos, el claro escenario de una auténtica *crisis* profunda, tanto del proyecto civilizatorio global europeo, como también del conjunto de los fundamentos de la razón europea moderna”.⁶

Hay que tener claro, que Benjamin no es en sentido estricto uno de los pensadores clásicos de la denominada “escuela de Frankfurt”⁷. Señala REYES MATE que “Walter Benjamin se ha convertido en autoridad. No fue siempre así. En su tiempo brillaba la estrella de Horkheimer. Benjamin gozaba, efectivamente, de gran prestigio entre quienes le frecuentaban, pero públicamente era un perdedor. Puede que su trágica muerte haya dotado a sus

escritos de una cierta aura, aunque tardó en llegar⁸. La primera publicación de las *Tesis*, modestamente *ciclostiladas* en 1942, pasó inadvertida; lo mismo la de 1950 en una publicación alemana. Hubo que esperar a 1965 para que se empezara a hablar de Benjamin, siempre por detrás de los Horkheimer, Marcuse y Adorno. Luego vino el ciclón Habermas, que también sepultó a Benjamin, pese a que Habermas decía tenerlo por libro de cabecera (habría que decir mejor de “almohada”). Pero desde los noventa la estrella de Benjamin brilla cada vez más. ¿Las causas? Las hay internas y externas. Las internas: su propia calidad. Sus análisis sobre las formas culturales son obligados. Por ahí vino su relanzamiento. Luego estaban sus análisis políticos, mucho más difíciles de digerir, sobre todo en sociedades opulentas. Se van haciendo camino porque la bonanza de las grandes cifras económicas en este mundo globalizado, lejos de solucionar viejos problemas materiales los está acrecentando. Con esto ya estoy aludiendo a las causas externas del interés contemporáneo por Benjamin: a la vista de la magnitud de los

6 Así AGUIRRE ROJAS, op. cit.

7 Lo que llamamos Escuela de Frankfurt es una iniciativa que tiene lugar en 1922-1923 con el objetivo de repensar críticamente el marxismo, la primera generación. Luego del exilio [como consecuencia del nacionalsocialismo alemán] surge una segunda generación [relevante generacional] con Habermas. Cuando hoy se hace referencia a la Escuela de Frankfurt, básicamente se identifica con éste último y sus trabajos. Una explicación sucinta y bastante clara de lo que es la Escuela de Frankfurt, la hace REYES MATE, en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 62.

8 La Escuela de Frankfurt tiene además un círculo externo. El círculo interno sería Adorno, Horkheimer... Benjamin fue un marginal –unas veces automarginado y otras marginado-, en cualquier caso un marginado en la Escuela de Frankfurt. Se acercó a ella y no fue bien tratado. Le escatimaron las ayudas y sometieron sus escritos a censuras y correcciones un tanto abusivas. Brilló en vida menos que los demás aunque ejerció una enorme influencia en la distancia corta, pero públicamente fue sombreado por las figuras enormes de Horkheimer y Adorno. Las cosas han cambiado. Hoy en día la figura más comentada, más citada es, sin duda, Walter Benjamin. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 65.

problemas, se va acabando el crédito para pensamientos débiles o políticamente correctos”⁹.

El delito como una manifestación del poder político.

(Hipótesis de trabajo, una idea para tomar en cuenta)

*El derecho penal y el poder son muy buenos vecinos.
Cornelius Prittwitz¹⁰.*

El presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹, a saber: que “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales” y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social “no es absolutamente directa”. Sin embargo, teniendo claro

lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal, una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa [producto de esa manifestación], en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica.¹²

Por mi parte, concibo el delito como una manifestación de poder del Estado, esto es, que desde mi óptica es delito aquello que el Estado defina con tal carácter, independientemente de la construcción teórica que se escoja¹³. Desde luego, un tema

9 Así REYES MATE, op. cit (documento electrónico).

10 Lección Inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Primer Ciclo Lectivo 2012 a cargo del Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt del Meno, República Federal de Alemania, denominada “La Criminalidad de los Poderosos”, en adelante citado como Lección Inaugural.

11 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: “Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación” (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires.

12 Esta es una de las tesis fundamentales de mi trabajo inédito (en prensa) intitolado: Poder político y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente, de próxima publicación.

13 “El estructural-funcionalismo (teorías de la anomia) ha rebatido la naturaleza patológica que tradicionalmente se atribuía al delito, argumentando que éste es consecuencia del normal funcionamiento del sistema social. Frente al principio del bien y el mal (la sociedad representa el bien, el delito y el delincuente, el mal), las teorías anómicas apelan a la funcionalidad del crimen, cuya etiología aparece unida -afirman estas teorías-- a los procesos sociales ordinarios y cotidianos de un orden social intacto.” Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994). La teoría estructural-funcionalista de la anomia y de la criminalidad afirma:

- 1) Las causas de la desviación no deben buscarse ni en factores bioantropológicos y naturales (clima, raza), ni en una situación patológica de la estructura social.
- 2) La desviación es un fenómeno normal de toda estructura social.
- 3) Sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social, si se acompaña un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conducta pierde valor, mientras no se haya afirmado o formado??? aún un nuevo sistema (es ésta la situación de “anomia”). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio del desarrollo sociocultural. Así BARATTA (1986:56).

aparte lo constituye la legitimación ética, moral, social y/o religiosa de la conducta descrita en la ley.¹⁴ Desde esta perspectiva, delito es aquello que un Estado defina como tal y no otra cosa, pero lo más importante es, que eso y nada más eso, es delito. Así el proceso de definición de la conducta delictiva tiene un rol tanto creador como limitador. Por una parte crea la figura del delito y a la vez lo define y en esa definición encuentra sus límites.¹⁵

De lo expuesto se colige, que en última instancia el delito ni existe como tal fuera de un proceso formal de creación jurídica y tampoco existe más allá de ese proceso. No obstante, a la vez que definimos la conducta delictiva, creamos el delito y por eso la pregunta obligada es ¿quien crea el delito,

por qué, cómo y cuándo se crea? y es a esto que se le denomina criminalización.

Angelus Novus.

En 1940, Benjamin escribe sus tesis sobre el concepto de historia, que contienen reflexiones fundamentales sobre el tiempo histórico y las tareas del materialismo histórico. Benjamin critica en este escrito los conceptos de historia fáctica, tiempo lineal y progreso en los que se basa el historicismo de los vencedores, y le contrapone el objetivo de la memoria de los vencidos, su concepto de *Jetztzeit* (“tiempo-ahora”¹⁶) y de la “verdadera imagen del pasado” que pasa velozmente. Al ser el último texto que redacta, este escrito ha quedado como legado intelectual de Benjamin. Aquí aparece

14 No se desconoce aquí ni las tesis de ROUSEAU, acerca de la función legislativa de que “con el pacto social le hemos dado vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad con la legislación”, ni tampoco los límites establecidos sobre todo desde la perspectiva del derecho constitucional, al principio de libertad jurídica, como tampoco el contrapeso establecido desde las corrientes constitucionales del derecho español con base en el “pluralismo político” o bien la doctrina de la racionalidad constitucional de cuño alemán y de origen anglosajón “due process of law” que pasó como garantía innominada de derechos fundamentales (1984 caso Hurtado vs California), Pasim, HERNÁNDEZ VALLE (2007). No obstante, desde mi punto de vista una cosa está clara, se podrá cuestionar la legitimidad de una ley penal desde cualquier punto de vista, pero mientras esté vigente en el Estado, se aplicará y en consecuencia será derecho positivo por más que se le cuestione.

15 Claro está eso sí, que me parecen muy acertados los comentarios de HULSMAN, en entrevista con BERNAT DE CELIS y ante la expresión de éste último “Lo que usted explica proyecta una imagen bastante inquietante sobre la manera como se consigue la aprobación de los proyectos de ley! Y sobre la manera como son elaborados! Durante ese periodo de mi vida vi claramente cómo son fabricadas las leyes por funcionarios subalternos. Enmendadas luego precipitadamente y por compromisos políticos, no tienen absolutamente nada de democráticas y difícilmente son el efecto de una coherencia ideológica. Pero aun, son dictadas ignorando la diversidad de situaciones sobre las que van a influir... Pero esta confrontación con una realidad sin relación con los principios recibidos no fue sino una etapa en mi descubrimiento de que, en nuestra sociedad, nada funciona en el fondo según los modelos que se proponen. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:8).

16 En Benjamin el “tiempo ahora” es ese punto de significación que tiene el pasado y que no ha sido amortizado todavía y que está vivo de alguna manera. Esto es el aspecto más original y más discutible de Benjamin, porque se entiende qué quiere decir cuando dice que el pasado nos asalta, pero para eso hay que dar el pasado un carácter casi mágico, como si tuviera vida propia, estuviera por encima de nosotros. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 83.

también la figura clave en la que se plasma la idea de Benjamin de historia y memoria: el Ángel de la Historia que Benjamin ve en el “Angelus Novus” de Paul Klee.¹⁷

De las tesis de Walter Benajmin, me interesan para efectos del presente trabajo tres:

(VIII)

La historia vista desde los oprimidos muestra que la barbarie no es excepcional, sino la regla de la historia dominante. Esta cuestión interpretativa es crucial. Hechos como el fascismo no son un “estado de excepción” dentro de una totalidad racional, sino su confirmación.

Desde luego, sin entrar en consideración de tipo epistemológico y más – conjetura de mi parte¹⁸-, de manera instintiva que reflexiva, a menudo vemos cómo los procesos de definición de las conductas delictivas “alcanzan” a ciertos sectores sociales que son “clientela del sistema penal”. De la misma manera por oposición, ese mismo proceso, deja por fuera [exclusión] a otros sectores de la población, mi tesis sin embargo; [considero que es lo rescatable], es que como esto

siempre sucede de la misma manera, nos parece normal y por lo tanto, no percibimos [o no nos interesa percibir], la sutileza del proceso definitorio de segregación social que ello implica. Se ha señalado en otro momento que ... que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincencial difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire.¹⁹

De otra parte, existe un tipo de personas que han hecho del delito una forma de vida, que incluso al estilo de los aprendices medievales, repiten como un oficio de generación en generación, perpetuando el ciclo del crimen y constituyéndose en una clase social, destinada por supuesto a ser clientela de los aparatos de poder estatal encargados del control social formal, a través del subsistema jurídico penal.

El problema que ahora apunto, no centra su interés por el contrario, en el delincuente en sí mismo [a fin de cuentas es una categoría que le hemos dado], sino que más bien, se concentra en el proceso de la definición – ya apuntado en por la teoría del “enfoque del etiquetamiento” o del “Labelling Approach”²⁰. Lo anterior, por cuanto, al igual que los

17 Así PINILLA/RABE, op. cit. Al final de este texto, como un anexo, se incluye una copia de la obra.

18 En lenguaje popperiano. Al respecto puede consultarse in toto POPPER, KARL R., Conjeturas y Refutaciones, El desarrollo del conocimiento científico, Ed. Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, adaptación la (4ª ed. Inglesa).

19 Señala HULSMAN: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52). Cfr. SALAZAR, op. cit.

20 Cfr. BOMBINI, op. cit.

“oprimidos” en la tesis de Benjamin, la concepción del fenómeno delincencial, vista desde la óptica del “delincuente”, presenta una realidad muy distinta, que cuando es enfocada desde la perspectiva de la “víctima”.

La verdadera pregunta es ¿cómo serían las categorías de delito, delincuente, proceso y víctima, por citar algunas; si en lugar de ser definidas por las clases detentadoras del poder político, fueran estas definidas por quienes mejor las conocen [para quienes se diseñan en última instancia], y no por quienes las construyen desde la cosmovisión de los “opresores” según la concepción de Benjamin?.²¹

(IX)

La tesis del Angelus novus representa la concepción ilustrada de progreso, denunciando su irracionalidad.

Es la tesis más conocida de la obra (la novena) es probablemente aquella en que Benjamin realiza una interpretación alegórica del cuadro de Klee ‘*Angelus Novus*’, comparando el progreso con una acumulación continua de desperdicios y ruinas, “*con una catástrofe ininterrumpida*

que el ángel de la historia, arrastrado por la tormenta, con las alas desplegadas, impotente e invadido por el horror, ve crecer ante sí. Lo que, equivocadamente había sido considerado como una marcha triunfal de la humanidad hacia el progreso, en realidad no era sino la marcha triunfal de los vencedores hacia el fascismo y hacia la guerra”²².

Señalan PINILLA/RABE²³ ...el *Angelus Novus*, el “Ángel de la Historia” en las *Tesis sobre el concepto de Historia*, que dirige su mirada al pasado presenciando espantado la acumulación de escombros que va dejando la historia. En el marco de este planteamiento, González García diferenció dos maneras opuestas en las que se puede presentar la Fortuna en el siglo XX. Como muestra la imagen (de 1907) de la cubierta del libro de González García, puede haber una buena Fortuna, representada con la palma de la victoria (la figura en primer plano de la cubierta), y una mala Fortuna, una Fortuna derrotada (la figura que aparece al fondo de la cubierta sosteniendo un neumático roto en la mano.) El conferenciante resaltó también la transformación que se produjo en Prusia con respecto a la figura de la *Niké*, diosa de la Victoria, que va a adoptar los atributos del ángel cristiano. En el siglo XVIII empiezan a aparecer en Prusia ángeles en el espacio público donde asumen una

21 Al respecto y con relación al derecho internacional público existe un interesantísimo texto de DANILO ZOLO, *La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Ed. Trotta, 2006, el cual recomiendo como una lectura para ampliar los conceptos aquí expuestos.

22 Así TRAVERSO 1991:33.

23 Resumiendo la conferencia de JOSÉ MARÍA GÓNZÁLEZ GARCÍA, ver PINILLA/RABE, op. cit., págs. 294-295.

función político-religiosa. En Berlín nacerán en plazas, palacios, puentes y fachadas de casas incontables ángeles, muchos de ellos vinculados a la idea de la victoria, que marca la ideología política y militar prusiano-alemana del siglo XIX. Como afirmó González García, Benjamin tuvo que convivir con todos estos ángeles urbanos en su ciudad natal. Aunque Benjamin no hizo nunca referencia, según González García, a la Fortuna, sí habló de un ángel que se encontraba en aquel entonces en un lugar destacado de la capital alemana y que representaba de manera muy clara la ideología de los Hohenzoller: se trata del Ángel de la Victoria (en *Infancia en Berlín hacia 1900*). El Ángel de la Victoria de los escritos de *Infancia* y el Ángel de la Historia de las *Tesis de Historia*, muestran, para González García, dos formas opuestas de tratar la historia. Mientras el primero representa la historia tal y como la escriben los vencedores, el segundo se hace cargo de la historia y memoria de los vencidos.

Empleando esta categoría del “progreso”, si nos remontamos a los tiempos de la ilustración cuya figura sobresaliente resulta la de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, y su famosa obra *De los delitos y de las penas*²⁴ y confrontamos el discurso de la “moderna” teoría del delito, pronto caeríamos en cuenta, que no hemos avanzado tanto como creemos en el estudio de la cuestión

criminal, tal y como se expone al plantear el problema en este mismo texto.

(X)

Esta tesis es derivada de la anterior. Denuncia cómo la concepción ilustrada de progreso reaparece también en la izquierda: “La fe ciega de estos políticos en el progreso, la confianza en su ‘base de masas’ y, por último, su servil inserción en un aparato incontrolable no han sido más que tres aspectos de la misma cosa”. El pensamiento se hace cómplice de la concepción de la historia que sirve a la clase dominante. Esta idea se conecta con la de “peligro”: el de servir a dicha clase.

El punto medular desde mi perspectiva que debe de ser considerado en este momento, es el del poder político.

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente

24 Crf. BOMBINI, op. cit. Ver por todos Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984. Cfr. Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, 1999 y Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización²⁵, es precisamente el otro poder, “el oculto” el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales. Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión, resultan de fácil descubrimiento.

De que el poder existe, creo que nadie duda, me refiero al poder “oculto”, de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido, esa es otra historia, quién lo ostenta, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores, pero que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera, tampoco tengo duda.²⁶

Precisamente, es en este punto y vistas las tres categorías anteriores esbozadas por Benjamin, que nos acercamos a la tesis central de esta exposición, la categoría de “la memoria”, como instrumento para “espabilar” nuestras mentes adormecidas y “advertir” los intrincados caminos que el poder político, sobre todo “el oculto” recorre en los procesos de criminalización y así aprender de nuestra propia experiencia.

La memoria.

Desde mi punto de vista, lo más rescatable del concepto de memoria en Benjamin, lo expresa REYES MATE, de la siguiente manera: “ Benjamin critica la relegación del concepto de memoria desde la historia de la filosofía, entendida como una facultad subsidiaria y marginada desde la modernidad por su carácter inicialmente conservador, al establecer la norma del pasado para el presente. Benjamin cuestiona de raíz estos planteamientos y no sólo rehabilita la memoria como concepto filosófico, sino también como concepto político y crítico. Su objetivo es plantear una filosofía de la historia alternativa a las surgidas en la Ilustración,

25 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”. Así GÓMEZ PÉREZ (1999:204)

26 Para consultar in extenso acerca de este tema, ver SALAZAR, op. cit.

dado que su racionalidad supuesta no ha llevado precisamente a un mundo racional. Tanto el historicismo como la ideología del progreso, que se basan en una concepción de tiempo lineal, son desenmascarados por Benjamin por su posible alianza con el fascismo, un pacto secreto que radica en sus planteamientos, pues acaban realizando una aceptación “natural” de las víctimas. La memoria benjaminiana como instrumento político hace presente la injusticia más olvidada o justificada, poniendo en evidencia toda justicia que olvida a la víctima. Reyes indagó de modo lúcido sobre el énfasis que Benjamin hace en el *lumpen*, la figura marginal olvidada y despreciada por Marx (*Lumpenproletariat*), como hilo conductor para retomar la memoria de lo que queda en las cunetas de la historia. El objetivo es fracturar, no discursivamente sino desde el fogonazo del testimonio y la memoria, la tendencia de reducir la realidad a la razón al modo hegeliano. De ahí que la memoria en Benjamin también quede iluminada desde su afán, atestiguado incluso desde su biografía, de adentrarse en las “razones del otro”, de lo que parecería que quedaría al margen o fuera. Partiendo de estas razones, Benjamin

otorga lucidez a la mirada del trapero, de aquel que repara en lo desechado”.²⁷

Comentando el concepto de memoria en relación con el progreso en Benjamin, señala REYES MATE: “...El problema no es el mal uso del progreso sino su lógica. El progreso piensa conquistar el futuro dando la espalda al pasado. Es incapaz, por principio, de establecer una relación entre injusticias pasadas y justicia presente, por eso puede plantearse la mejora del mundo sobre la producción industrial de víctimas. Sabe que todo se le perdona, como en el fútbol, por los buenos resultados. Los caídos serán lamentados pero “comprendidos”, como precio obligado²⁸ para que nuestros nietos vivan mejor o para que mejore una parte importante de nuestra generación...”.²⁹

Ahora bien, la historia de los procesos de creación del derecho, está permeada de una serie de influencias de todo tipo, dentro de las que se pueden citar los intereses en el orden político, político-electoral, económico, social, cultural [no siempre tan claros], etc. Auscultando en las leyes [y sobre todo las leyes penales], podríamos llegar a descubrir

27 Así PINILLA/RABE comentando a REYES MATE, op. cit, pag. 299-300.

28 Señala REYES MATE: “Hegel es muy consciente de ello cuando pregunta en su Filosofía de la historia, por qué los humanos sólo saben hacer historia sacrificando al hombre. Hegel es muy consciente que la historia se ha construido sobre víctimas, pero enseguida nos tranquiliza diciendo que son el precio de la historia, unas «florejillas pisoteadas al borde del camino». Y lo que hace Benjamin es decir, ojo, no son florejillas pisoteadas, es el precio de la historia. Entonces lo que hace la memoria, como conocimiento, es fijarse en eso que ha estado siempre ahí, las víctimas, y darles significación”. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 82.

29 Así REYES MATE, op. cit.

detrás de bambalinas, una serie de teorías, discursos, intereses de toda ralea e incluso, llegaríamos muy probablemente a la conclusión de que en un porcentaje significativo de casos, ni siquiera el mismo legislador tiene claro dichos intereses.

A este último aspecto ya me he referido en otros sitios al señalar que la construcción de tipos penales no siempre es un proceso técnico [en sentido estricto], que suponga un acto consciente de deliberación por parte del Poder Legislativo, en el sentido, de que cada vez que se pretende crear un tipo penal, se realice de manera consciente un verdadero estudio acerca de proceso de inclusión y exclusión de conductas típicas, que la definición como tal implica. Más me atrevo a afirmar, como lo he expuesto en otros lugares, vgr. en una discusión sostenida con el Prof. Dr. Bern Schünemann durante una visita suya al Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Albert-Ludwig-Universität Freiburg, durante un Workshop organizado por el Prof. Dr. Klaus Tiedemann en el año de 1999, que existe lo que podemos denominar una especie de péndulo legislativo mediante el cual, ciertamente el Legislador crea las leyes, en apariencia pretendiendo responder a determinados intereses y proteger ciertos bienes jurídicos, mas eso es un discurso formal, pues en la realidad, simplemente crea las leyes, que luego son

abordadas por los distintos operadores jurídicos, que son quienes -en un ejercicio de interpretación-, procuran dar sentido a las leyes e incluso se lanzan a señalar cuál fue la intención del legislador [fin teleológico] al promulgar ciertas leyes, cuando muchas veces, ni el mismo Legislador, como tal, lo tiene claro.³⁰

No obstante lo anterior, [y fue esto lo que señalé en la parte introductoria de este artículo] cuando por segunda vez me fue presentado el concepto de “memoria en Walter Benjamin” por parte del Prof. Rivera Beiras, de inmediato saltaron frente a mí una serie de interrogantes, a saber: ¿toma en cuenta el Legislador en el momento de promulgar las leyes penales, al destinatario de las mismas?, ¿importa para la sociedad qué opina el “delincuente” de la definición que de su conducta se hace en el plano social?, ¿se considera para efectos de establecer los “fines” de la pena, la opinión de los individuos a quienes éstas se dirigen, de manera que los fines propuestos [de forma programática] sean alcanzados de manera efectiva con la participación activa de los destinatarios?, y un largo etcétera, cuyas respuestas ya conocemos, es un simple no, para los individuos de mente más amplia, un jamás para el resto de los mortales y un ¿estás demente?, probablemente para los más conservadores.

30 Cfr. SALAZAR, op. cit. (de próxima publicación).

He reflexionado acerca de lo expuesto, con el propósito de valorar cómo en la práctica opera el castigo en otras dimensiones y siendo padre de una niña, la he tomado como ejemplo. En ocasiones, sobre todo cuando los niños se encuentran en una edad muy temprana y comienzan a tomar consciencia del mundo que les rodea de una manera racional [la denominada edad de los por qué], en dónde todo lo cuestionan, encontramos serios problemas para comunicarnos con ellos sobre las cosas más simples, precisamente porque ante cualquier manifestación de nuestra parte o discurso explicativo, inmediatamente surge la pregunta ¿por qué?, ante la siguiente respuesta nuevamente la misma pregunta y así hasta el cansancio.

El interrogante más complejo que he tenido que responder ante mi hija [al menos hasta el momento de escribir estas líneas] ha sido precisamente cuando con la intención de lograr “corregir” un comportamiento “inadecuado” le he infligido un castigo, de inmediato la pregunta ¿Papá por qué me castigas, es que no me quieres?, tratar de explicarle a un niño que se le castiga por amor, es algo así como encontrar la cuadratura del círculo. He ensayado todo tipo de respuestas y no he encontrado una que satisfaga a mi hija. Veamos otra, ¿Papá, pero si ya entendí el error, por qué sigo castigada, me dijiste que era para que entendiera?, Puff!, recto a la mandíbula y KO. Otra tan bella como las anteriores ¿Papá, pero si me dices que me

quieres y me castigas para que aprenda y ya aprendí, me dices que soy inteligente, por qué tengo que seguir castigada para que no se me olvidé, si lo tengo muy presente y no se me va a olvidar?. Aquí como dije antes, podríamos ir hasta el infinito, y cada respuesta complica más la siguiente pregunta.

Pues bien, ahora frente al “delito”, me pregunto ¿por qué no hemos tomando en consideración al “delincuente” a la hora de definir la conducta que vamos a castigar?, ¿por qué no hemos buscado un acuerdo con el “infractor” para determinar la forma más “adecuada” de sancionar la infracción que ha cometido?, o ¿por qué no hemos establecido de común acuerdo con el delincuente, los fines de la pena que éste deberá sufrir ante la infracción cometida?, ¿por qué?, ¿por qué?, ¿por qué?. Quisiera que alguien me conteste, no soy yo quien dará las respuestas, este artículo en más una provocación que un ejercicio por brindar respuestas, no por pedantería, si las supiera las daría, sino por ignorancia, confieso que las desconozco.

Conclusión

Es difícil llegar a concluir un trabajo por naturaleza “inconcluso” cuando apenas unas líneas arriba he indicado que no doy respuesta alguna a mis preguntas porque no las tengo y además, que no encuentro la explicación a las interrogantes que he formulado.

Creo que siendo muy sincero, he de señalar lo que la experiencia me ha enseñado, tanto en mi vida social, como en mi rol de padre, incluso en mi campo académico y/o profesional. Sin temor a equivocarme, he visto en todos los campos, que cuando un individuo tiene claro el porqué de algo, cuando se le toma en cuenta su opinión, incluso, cuando considera que cualquier acto, disposición, conducta o comportamiento, de un tercero para con él, le puede reportar algún beneficio a sí mismo, si se trata de una persona con plenas capacidades, lo toma con buena disposición y se empeña en lograr el cumplimiento de los fines propuestos por quien así actúa.

Si esta lógica es correcta, pienso que una buena forma de lograr los “fines” de la pena, lograr la modificación de las “conductas desviadas”, las transformaciones sociales tan necesarias de nuestro tiempo, es precisamente no “olvidar” a los destinatarios de la norma, no actuar como lo hemos hecho en el pasado en “aras de alcanzar el progreso”, sino más bien, incorporar en el proceso de creación y ejecución del derecho, al individuo para quien se “confeccionan las leyes penales”. Claro está [y es aquí en donde dejaré la discusión por ahora], si es que moral y éticamente podemos “descubrirnos” frente al destinatario de la norma y revelarle los verdaderos fines del derecho penal, para que como nosotros, se

integre en el proceso y recorra con nosotros el camino para lograrlos. De no ser así, otro gallo cantará y lo que hasta ahora hemos hecho, ha sido un rotundo éxito, porque no conozco un orden político que no tenga un derecho sancionatorio y no se ha encontrado aún sustituto alguno para él, por lo que derecho penal y Estado [no importa de qué tipo], son una mancuerna indisoluble, el uno es consustancial al otro.

BIBLIOGRAFÍA

- (Sin autor). <http://sicarioinfernal.forosgratis.org/t139-el-concepto-de-historia-de-walter-benjamin-fragmentos>.
- (Sin autor). <http://walterbenjaminportbou.cat/es/content/glossari> (sin autor).
- (Sin autor). Las víctimas de la historia y Walter Benjamin en: <http://herodotovirtual.blogspot.com/2007/06/las-vctimas-de-la-historia-y-walter.html>.
- Aguirre Rojas, Carlos Antonio. Walter Benjamin y las lecciones de una historia vista a contrapelo, en: http://www.dhi.uem.br/publicacoesdhi/dialogos/volume01/vol5_atg1.html.
- Baratta, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Siglo XXI editores, México, 1986.
- Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984.
- Benjamin, Walter, 1992. *Cuadros de un pensamiento*. Buenos Aires, Imago Mundi.

- Bombini, Gabriel. Breve recapitulación epistemológica en torno a la “cuestión criminal” en: <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>.
- Cuadra R., Álvaro. La obra de arte en la época de su hiperreproductividad digital en: <http://www.e-torredbabel.com/Estudios/Benjamin/Benjamin1.htm>.
- Flórez Miguel, Marcelino, Memoria de la Víctimas. Hacia una cultura de la moria en: <http://www.revistapueblos.org/spip.php?article1266>.
- Forero, Alejandro/Rivera, Iñaki/Silveira, Héctor. Filosofía del mal y memoria. Antropos, Barcelona, 2012. Citado como FORERO/RIVERA/SILVEIRA.
- Fressoli, Guillermina, Memoria y recuerdo en la obra de Walter Benjamin, Afuera, estudios de crítica cultural, Año VI, Número 10, Mayo 2011, en: <http://www.revistaafuera.com/articulo.php?id=51>.
- García, Luis Ignacio. Constelación austral. Walter Benajmin en la Argentina en: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-43/constelacion-austral-walter-benjamin-en-la-argentina>.
- García-Pablos de Molina, Antonio, PROBLEMAS Y TENDENCIAS DE LA MODERNA CRIMINOLOGÍA, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal. CONSEJO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL, 1994, p. 315-364.
- Gómez Pérez, Ángela, Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología en en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, Instituto Brasileiro

de Ciências Criminales, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, p. 203-212.

- Hernández Valle, Rubén, La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa, en Llobet Rodríguez, Javier (compilador), Justicia Penal y Estado de Derecho, libro homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, p. 59-65.
- Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984.
- Lección Inaugural. Así citado para referirme a la Lección Inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Primer Ciclo Lectivo 2012 a cargo del Prof. Dr. Cornelius Prittowitz, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt del Meno, República Federal de Alemania, denominada la “Criminalidad de los Poderosos”.
- Llobet Rodríguez, J. Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999.
- Llobet Rodríguez, Javier, Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.
- Olmo Bau, Carlos, Walter Benjamin: Historia, Tiempo, Memoria en: <http://es.scribd.com/doc/57079950/Walter-Benjamin-Historia-Tiempo-Memoria>.
- Pinilla, Ricardo/Rabe, Ana María. Los

espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.

- Poe Lang, Karen. Sobre algunos temas en Walter Benjamin. Revista de Ciencias Sociales, Año II, Volumen II, Número 100, Universidad de Costa Rica, 2003, pgs. 61-70. Se localiza en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/153/15310005.pdf>.
- Popper, Karl R., Conjeturas y Refutaciones, El desarrollo del conocimiento científico, Ed. Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, adaptación la (4ª ed. Inglesa).
- Primo Marsiglia, Elan. Walter Benjamin y Marc Chagal en: <http://www.tumeser.com/-/cultura/171-walter-benjamin-y-marc-chagal>.
- Rabe, Ana María. Benjamin en la

Argentina: Historia, Memoria y el presente del pasado en; http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_19.pdf.

- Reyes-Mate, Manuel. Medianoche en la historia. Actualidad de Walter Benjamin, Pensamiento Crítico en: <http://www.pensamientocritico.org/manrey0307.html>.
- Salas, Minor E. Ni Roxin ni Jakobs' ¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?. De próxima publicación.
- Traverso, E.; "Walter Benjamin y León Trotsky. afinidades y divergencias marxistas", en *Imprecor*, nº83, Madrid, abril de 1991, pág 33.
- Zolo, Danilo, La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad, Ed. Trotta, 2006.

ANEXO



* Weder Roxin noch Jakobs. Este es el título original de este trabajo. Él fue escrito para el libro homenaje a Claus Roxin con motivo de sus 80 años: (Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Walter De Gruyter Inc., 2011). Sin embargo, el trabajo nunca llegó a publicarse, incluso una vez enviado a los editores en dos versiones (una extensa y otra reducida) y a petición expresa de éstos. Al parecer, finalmente resultó demasiado "crítico" como para ser aceptado por un grupo que, al igual que otros en el campo jurídico (¡y no solo en Alemania!), se comportan como una secta religiosa. Dada esta circunstancia, el trabajo se publica ahora en honor al Prof. Dr. Juarez Tavares quien, a diferencia del grupo referido, pertenece a un raro sector de la dogmática que no reciente la crítica ni la demolición de ídolos. Para él, entonces, mis mejores deseos y mi agradecimiento. Nota del Autor.

PRINCIPALES PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Lic. Luis Albán Arias Sosa

DEDICATORIA

Para Brenda.

AGRADECIMIENTO

A Erick Arias y Braulio Fernández por su oportuno apoyo.

*“... se está ante los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de su disposición.” **

INTRODUCCIÓN

Originan estas notas la legendaria trascendencia, sin decaimiento alguno, lograda por los principios generales del derecho. Estos, pese a su cotidiano pregón en las esferas jurídico laborales, lejos se encuentran de estar aprehendidos a cabalidad. Son muy pocas líneas, con las que cuenta este estudio, para ahondar en ellos. Sin embargo; más artículos relacionados con este tópico le significan un paso adicional, tendiente a consolidar su congruencia. Por eso, la proposición aquí

realizada pretende enmarcarse en dichos afanes. Lo hará efectuando una delimitación, que posibilite acercarse a los postulados del trabajo, desde una perspectiva accesible y diáfana. Pensando, sobretudo, en los recién llegados a estas lides. Por allí se dirige, entonces, la presente disertación.

En ese orden de ideas, los objetivos rectores de este trabajo son:

- Distinguir “principio jurídico” de sus aplicaciones usuales.
- Referir, con un enfoque tripartito, algunos de los principios iuslaboralistas más importantes.

Queda de este modo puntualizado, vía su dupla estructural, el específico campo de acción.

Así las cosas; en este estudio de carácter bibliográfico, encaminado a brindar apreciaciones fundadas en materia de principios, iniciase con una bosquejo básico que prosigue con un detalle hexagonal.

* Burón citado por Cabanellas, 2001, p.168.

PRINCIPALES*1 PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL²

A-Semblanza Elemental

1-Noción

Los principios jurídicos³ son los enunciados⁴, sistemáticos y coherentes, que tienden a adquirir un carácter de validez general⁵. Vienen a constituir la esencia⁶ de cualquier rama del Derecho⁷, no siendo la del Trabajo una excepción.

Para conservar esa cualidad resulta indiferente la circunstancia de constar o no por escrito. Pues expresos o tácitos⁸ mantienen su operatividad⁹ en el derecho interno y el comparado¹⁰. No en vano observase su cotidiana utilización, en los tribunales laborales de todos los países, permitiendo

-cuando es procedente- la concreción de las peticiones de las partes.¹¹

2-Funciones

Cumplen, los principios generales del Derecho del Trabajo, al menos tres funciones básicas: informadora, normativa e interpretativa. Respecto a la primera, consiste en orientar la acción normadora del legislador.¹² En ese orden de ideas se dice que erigen la plataforma del orden jurídico laboral, por cuanto lo vendrían a inspirar.¹³

En relación con la segunda, sirve para resolver aquellos casos no previstos, de forma explícita, por la ley de trabajo (integración jurídica). Configurándose como fuente supletoria en ausencia de norma.¹⁴ Referente a la tercera, son los postulados laborales instrumentos para realizar hermenéutica.

* Estudio redactado en setiembre del año 2008.

1 En su acepción de: reputados, usuales, señalados.

2 "Sustantivo", por lo demás.

3 Se usaran indistintamente, durante el estudio, los términos: principios jurídicos, principios generales, postulados y otras expresiones similares.

4 "... axiomas o máximas jurídicas ..., las denominadas reglas de derecho." Sánchez citado por Cabanellas, 2001, p.168.

5 Couture citado por Arias, 1998, nota 37, p.11. "... la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio." Couture citado por el Tribunal de Familia (TF), #319-05.

6 Tal pareciera que para muchos dicha "esencia" está en la función informadora. Pues no falta quien defina los principios generales partiendo de ella. Blanco, 2006, pp.111-112 y Burón citado por Cabanellas, 2001, p.168. "El Derecho del Trabajo cuenta con sus propios principios que inspiran el sentido de las normas laborales, ..." Vargas, 2006, p.12.

7 Ver en igual sentido, Arias, 1991, pp.65-66; Cascante, 1999, p.205 y TF, #319-05.

8 "..., ya que se extraen de las normas constituidas." Carnelutti citado por el TF, #319-05.

9 "..., no son algo que opera fuera del ordenamiento jurídico sino, más bien, dentro." Arias, 1991, p.65.

10 "... son propios de cada ordenamiento jurídico, aunque suele haber coincidencia entre diversos sistemas de derecho." Cascante, 2003, p.164.

11 En esto seguimos a un dueto de laboristas. Cabanellas, 2001, p.168 y Cascante, 2003, p.165.

12 "...; constituye la pretensión, el propósito, que el legislador pretende alcanzar o lograr." Cascante, 2003, p.164.

13 Ver en igual sentido, Livellara, 1993, p.6; Olea – Casas, 1991, p.863 y Código Civil (CC), art.4.

14 En esto secundamos conceptos locales. Arias, 1991, pp.64-65; Sala Primera, #284-95; CC, arts.1, 4, 6, 14 y Código de Trabajo (CT), art.15.

Cooperan con el operador del Derecho en determinar el sentido normativo.¹⁵

B-Elenco de Postulados¹⁶

1-Protector

El Derecho del Trabajo no está inspirado en la igualdad de las partes¹⁷, sino en la idea de nivelar las desigualdades existentes entre ellas.¹⁸ La igualdad en este Derecho no es la salida, es la meta.¹⁹ De allí la predilección, consagrada en este principio jurídico, por el obrero.²⁰ Al considerarlo, en términos genéricos, el más débil de la relación laboral.

Está integrado, el principio protector, por tres manifestaciones o reglas: in dubio pro operario²¹, aplicación de la norma más favorable y condición más beneficiosa.²² Tocante a la primera, significa que entre dos o más sentidos de una norma habrá de optarse, en caso de duda, por el más conveniente para el empleado.²³ Es decir, interpretar pro trabajador.²⁴ Pese a lo expresado, como resulta obvio, no puede prevalecer contra el claro tenor de la ley²⁵ (es inviable su uso en forma indiscriminada).²⁶

Acerca de a la segunda manifestación²⁷, tómesese en cuenta que en los concursos de normas –vigentes y de cualquier categoría²⁸-

15 "... guían en el momento de aplicar la ley." Cascante, 1999, p.204. "Este Derecho positivo siempre estará sujeto a interpretaciones, ..., por lo que hay que ajustar el derecho a las nuevas exigencias de los grupos sociales." Vargas, 2006, p.11. Cf. Tribunal de Trabajo - Sección III (TT – III), #568-07 y CC, arts.1,14.

16 Elección motivada por su constante nombramiento en las diferentes obras consultadas.

17 "... quiebra el denominado "Principio de Igualdad" del Derecho Civil; ..." Cascante, 1999, p.205. "... no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tomar en cuenta la igualdad jurídica entre las partes." Forero, 1993, p.23.

18 Asegurar "... una igualdad sustantiva y real, con motivo de la desigualdad –presente-, al momento de negociar ..." Bautista, 2003, p.87 –lo entre guiones no es del original-. Busca "... el equilibrio, por la desigualdad real entre las partes contratantes." Sala Segunda (SS), #614-03.

19 Es "... lícito y lógico que la legislación social proteja al trabajador, ..." Bayón – Pérez citados por Carro – Carro, 2007, p.77.

20 "Tiene como norte el amparo del trabajador, frente al patrono." SS, #145-02. Está implícito en numerales nacionales. CT, art.17 y Constitución Política (CP), art.56.

21 Para algún detalle filológico, consultar doctrina. Bautista, 2003, p.87 y Olea – Casas, 1991, p.861.

22 En esto apoyamos a tribunales patrios. TT – III, #158-06 y Tribunal de Trabajo - Sección IV (TT – IV), #458-06.

23 En esto seguimos autores y jurisprudencia locales. Arias, 1991, p.67; Bautista, 2003, p.88; SS, #413-08 y 162-08.

24 Ligeras variantes son de recibo: "... en caso de que mediara duda debe aplicarse la regla del "in dubio pro accidentado" que rige esta materia ..." SS, #261-08.

25 Ver en igual sentido, Arias, 1991, p.67; Bautista, 2003, p.88 y SS, #98-08.

26 "... sólo se podrá acudir a esa vía interpretativa excepcionalmente cuando se esté frente a un texto legal que amerite tal disertación, pero nunca en la generalidad de los casos y menos aún, cuando la ley es diáfana." Tribunal de Trabajo - Sección II, citado por Carro – Carro, 2007, p.80. Es aplicable "... sólo en los casos de oscuridad de la norma, ..." Olea – Casas, 1991, p.862.

27 Que "... , alcanza a los supuestos de colisión o concurrencia conflictiva entre normas ..." Olea – Casas, 1991, p.848. "Se aplica cuando para una misma situación jurídica, existen varias normas aplicables; ..." SS, #145-02.

28 "..., la norma reguladora de la relación es la que resulte más favorable para el trabajador, cualquiera que sea su rango, ..." Olea – Casas, 1991, p.847.

imperera la concedente de más derechos al obrero.²⁹ Esto rompe la escala de las fuentes,³⁰ en un determinado caso,³¹ pues perfectamente podría tratarse de una norma inferior (más favorable) imponiéndose a una superior (menos benévola).³²

En cuanto a la tercera regla, supone estar en presencia de una condición específica merecedora de ser respetada. Ello en el tanto favorece más al empleado que la nueva condición a regir.³³ Esto bajo el alero del tema de los derechos adquiridos.³⁴ No entran dentro de este supuesto, entonces, las situaciones transitorias (ascensos –con el mismo patrono- fracasando en el período de prueba, interinatos, suplencias, etc.).³⁵

2-Irrenunciabilidad

Existen derechos laborales sobre los cuales no se puede disponer,³⁶ al ser estimado así por el ordenamiento jurídico³⁷ que les concede carácter imperativo.³⁸ Las renunciaciones efectuadas, a contrapelo de lo anterior, están privadas de validez.³⁹ Por eso, es menester sustituir a la disposición violatoria y poner en su lugar a la norma del trabajo declinada.⁴⁰

No obstante la severidad de lo expuesto, la irrenunciabilidad conoce límites, presenta sus atenuaciones. Ello cuando no se trata de derechos indisponibles,⁴¹ allí cabe el establecimiento de acuerdos.⁴² Sería el

29 Así: Bautista, 2003, p.90; Cabanellas, 2001, p.466 –Diccionario- y CT, art.16.

30 Debe "... optarse por aquella –norma- que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre la jerarquía de las normas." SS, #93-97 –lo entre guiones no es del original-

31 "...; en el derecho laboral, se aplicará a cada caso particular, la norma que más favorezca al trabajador." SS, #145-02.

32 "En presencia de distintas normas, provenientes de diferentes fuentes, casuísticamente, debe prevalecer la norma más favorable al trabajador ... No –se- "deroga", entonces, la norma desechada." Arias, 1991, p.70 –la negrilla y lo entre guiones no son del original-

33 En esto secundamos a juristas nacionales. Bautista, 2003, p.91; Cascante, 1999, p.208 y Vargas, 2006, p.18.

34 Toda condición de trabajo, según profesores españoles, pactada u otorgada como liberalidad patronal, con el transcurso del tiempo y la regularidad en su disfrute se convierte en derecho adquirido. Olea – Casas, 1991, pp.852-853.

35 Ver en igual sentido, Arias, 1991, p.72, SS, #400-01 y CP, art.34.

36 "Consiste en la imposibilidad jurídica que tiene el trabajador de privarse voluntariamente de las ventajas concedidas por el Derecho Laboral, ..." Cascante, 1999, p.209. "... consiste en la no posibilidad de los trabajadores de desprenderse voluntariamente de los derechos laborales otorgados por ley ..." Vargas, 2006, p.19.

37 Ver en igual sentido, CC, arts.18-19; CT, arts.11, 14, 21 y CP, arts.74, 129 p.3.

38 Conforme a un pensamiento ibérico es por la idea de corregir, con la irrenunciabilidad, la inferioridad del trabajador en relación con el patrono. Olea – Casas, 1991, p.861. "... la autonomía de la voluntad, está limitada a las previsiones constitucionales y a la normativa de orden público, carácter que tienen ..., los derechos contemplados en el Código de Trabajo." SS, 375-07.

39 En esto apoyamos a la Sala respectiva. SS, #363-06, 1085-06 y 893-07.

40 Asimismo: Arias, 1991, p.75; Cascante, 1999, pp.210-211 y Olea – Casas, 1991, p.859. Igual procedimiento sustitutivo, cuando en vez de renuncia, se presenta la nulidad de alguna cláusula contractual. En virtud del principio de continuidad. De tal forma: Arias, 1991, p.79; Cascante, 1999, p.216 y CT, art.11.

41 Según cuentan: aguinaldo, descanso semanal, salario mínimo, vacaciones, etc. Arias, 1991, p.76; Cascante, 1999, p.210 y Vargas, 2006, pp.20-21.

42 Transacción y conciliaciones, administrativa y judicial, los más mencionados. Cascante, 1999, pp.211-212; SS, #893-07 y TT – IV, #394-07.

caso del preaviso y la cesantía (derechos discutibles y controvertidos).⁴³

3-Continuidad

Para el Derecho Laboral es prioritario asignarle la más larga duración posible a las relaciones obrero-patronales.⁴⁴ Esto por estar en juego la subsistencia del trabajador.⁴⁵ Lo deseable es que la actividad se mantenga continua, permaneciendo en el tiempo, hasta el momento de la pensión.⁴⁶ Así las cosas, como seguidamente se mostrará, diversas consecuencias surgen del postulado considerado.

La rama jurídica del Trabajo prefiere los contratos de duración indefinida⁴⁷ (sin fecha de terminación): existiendo dudas sobre el plazo, el convenio devendrá en indeterminado; siendo permanente el carácter del servicio a prestar, no es dable pactar un tiempo determinado; si el acuerdo

a término fijo llega a expirar con persistencia de las causas de origen, el contrato tornase indefinido.⁴⁸

También exhibe una amplia admisión de las transformaciones del vínculo laboral:⁴⁹ muchas veces las prestaciones y condiciones de trabajo varían con el curso de los años, hay una separación respecto al momento inicial, son observables modificaciones⁵⁰; sin embargo, la relación subsiste⁵¹.

Asimismo denota resistencia a las rupturas unilaterales injustificadas provenientes del empleador:⁵² interesa sobremanera la estabilidad en el trabajo; genéricamente, comporta una firme tendencia contra los despidos.⁵³ En el sector público habría que coincidir con alguna causal (no la mera voluntad patronal), la esfera privada sí tolera el rompimiento incausado pero lo hace oneroso.⁵⁴

43 Ver en igual sentido, Arias, 1991, pp.75-76; Bautista, 2003, p.95 y Olea – Casas, 1991, p.860.

44 De por sí: "El contrato de trabajo es una relación de tracto sucesivo, es decir, no se agotan sus efectos en un solo instante." Arias, 1991, p.76. "... la prolongación del Contrato de Trabajo garantiza, ..., mayor estabilidad laboral." Vargas, 2006, p.24.

45 En esto seguimos a un autor patrio. Blanco, 1994, pp.105-106.

46 "... este principio es la contraposición de actitudes patronales que tienden a extinguir o modificar los Contratos de Trabajo ..." Vargas, 2006, p.24. Salvaguardándose "... la más importante fuente de ingresos (...) del trabajador, para su manutención y el –sic- de su familia." Cascante, 1999, p.214.

47 "... sólo excepcionalmente y ante circunstancias muy calificadas, se admiten las contrataciones a tiempo definido." Blanco, 1994, p.106.

48 Cf. SS, #172-98 y 838-07; CT, arts.26-27.

49 De esta forma: Arias, 1991, p.78; Blanco, 1994, p.107 y Cascante, 1999, p.216.

50 Por allí recuerdan al ius variandi. Arias, 1991, p.79.

51 Este principio procura "... mayor facilidad para que los contratos de trabajo se mantengan, ..." Vargas, 2006, p.24.

52 "Por ello, se pretende desestimular el uso de la facultad de despido patronal de diversas formas." Cascante, 1999, p.217.

53 En esto secundamos pensamiento local. Arias, 1991, p.80 y Blanco, 1994, p.107.

54 De este modo: CT, arts.28, 29, 31, 85 inc.d y CP, arts.56, 63, 192.

Igualmente establece como suspensiones a las interrupciones:⁵⁵ la relación laboral persiste, en determinados casos,⁵⁶ aún sin la activa prestación del trabajo.⁵⁷ Por último, la sustitución del empleador no afecta la continuidad:⁵⁸ el reemplazo del patrono no termina con el ligamen, su relevo asume las obligaciones preexistentes.⁵⁹

4-Primacía de la Realidad⁶⁰

Es la efectividad en el servicio,⁶¹ más que cualquier otra cosa, la causante de la tutela laboral para el obrero.⁶² Lo importante es atenerse a las circunstancias de trabajo reales.⁶³ El principio autoriza al operario jurídico a profundizar en el contexto y

determinar lo correspondiente.⁶⁴ Ello, incluso, por sobre los acuerdos formales.⁶⁵ Entre hechos y documentos, se imponen los primeros.⁶⁶ En caso de darse este tipo de discordancias, entonces, la opción es por lo fáctico.⁶⁷

5-Razonabilidad

Patrón y empleado deben proceder, en lo que a su nexos respecta, conforme al sentido común.⁶⁸ Tratase de un instrumento orientador para los dos. Así disfrutarán de compatibilidad y actuaciones coherentes.⁶⁹ La idea de lo razonable viene a introducir en el Derecho Laboral una medida de equilibrio.⁷⁰

55 Son "... un paréntesis dentro de la relación laboral." Arias, 1991, p.84.

56 Según relatan: enfermedad, vacaciones, huelga legal, licencias sin goce de salario, descansos, etc. En fin, toda una gama de suspensiones individuales y colectivas. Blanco, 1994, p.106; SS, #737-07 y CT, arts.30 inc.c, 68 inc.e, 73, 74, 78, 79, 85 inc.c, 153 p.3 –entre otros-.

57 "..., hay una serie de derechos (...) e indemnizaciones (...) que se otorgan y/o calculan tomando como base la antigüedad en el puesto. De ahí la importancia de las causas de suspensión y de sus efectos conservativos ..." Arias, 1991, p.91.

58 Ver en igual sentido, Arias, 1991, p.92; Vargas, 2006, p.24 y CT, art.37.

59 "... el cambio de empresario no extingue el contrato de trabajo, ya que éste no es personalísimo en cuanto al patrono, operando entonces la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador, como una de las proyecciones del principio de continuidad, ..." SS, #185-91.

60 Implícito en el ordenamiento. CT, art.18.

61 "... la situación real en que el trabajador se encuentra colocado." De la Cueva citado por Vargas, 2006, p.22.

62 "..., en materia laboral cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, ..." Sala Segunda citada por Vargas, 2006, p.22.

63 "De esta manera se desconocen los fraudes al derecho de los trabajadores." Cascante, 1999, p.224.

64 En esto apoyamos un criterio judicial. TT – IV, #286-08.

65 "... los documentos pueden no tener tanto valor como la manifestación concreta del servicio." Arias, 1991, p.93.

66 "...si las estipulaciones pactadas no corresponden a la realidad, es lógico que carecen de todo valor." Arias, 1991, p.94.

67 Ya lo han resuelto así los jueces: "..., con base en el principio de primacía de la realidad, valen más las circunstancias reales que determinan una concreta situación, que aquello que deriva de documentos escritos, aún con la venia de las partes." TT – IV, #308-08. "... la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes." SS, #462-08.

68 Ver en igual sentido, Arias, 1991, p.95; Tribunal de Trabajo - Sección II (TT – II),#894-08 y CT, art.20, 493.

69 Por eso el poder directivo del empleador: "... no significa una carta blanca para actuar de cualquier manera. Tiene que basarse en criterios de razonabilidad." Tribunal de Trabajo, Sección I, #95-2006.

70 De esta manera: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, #182-2006.

6-Buena Fe

Este postulado general refiere a un honesto y escrupuloso cumplimiento de sus deberes por ambas partes.⁷¹ Derivándose una exigencia de confianza recíproca,⁷² revelada en actividades leales y bien intencionadas.⁷³ Entre otros corolarios provenientes, de las líneas predecesoras, estarían:⁷⁴ poner empeño en las tareas, abstención de actos que puedan resultar perjudiciales, cuidar los bienes como un buen padre de familia, observar buenas costumbres durante la jornada, inhibirse de caer en competencia desleal, etc.⁷⁵

CONCLUSIÓN

Es menester, prácticamente al cierre de estos apuntes, fijar los aspectos centrales tratados. Obsérvese, por tanto, aquello estimado medular.

En tema de principios jurídicos; valer como herramienta legislativa, integradora y de esclarecimiento del sentido normativo, es diverso a su estricto rasgo constitutivo de enunciados esenciales.

Los postulados laborales referidos resultan receptados y expuestos por la doctrina, han sido jurisprudencialmente asumidos y aplicados, siendo contemplados –explícita y tácitamente- por el ordenamiento.

De esta manera, acorde a la ruta advertida, alcanzan a cumplirse los diferentes propósitos esgrimidos en los preámbulos de este quehacer.

BIBLIOGRAFÍA*

Libros

Bautista (Oscar)

Curso de Derecho Laboral Costarricense, San José, Publicaciones Jurídico-Sociales, Primera edición, T. I, 2003.

Cabanellas (Guillermo)

Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 4ª ed., T. I, 2001.

Cabanellas (Guillermo)

Diccionario de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2ª ed., 2001.

71 En esto seguimos distintas procedencias. Carro – Carro, 2007, p.17; Livellara, 1993, p.8 y CT, art.19.

72 "Tanto el empleador como el trabajador deben ajustar su conducta a esa regla general ..." Livellara, 1993, p.6. Esa misma línea siguen las autoridades jurisdiccionales. "El deber de fidelidad es mutuo entre trabajador y empleador." TT – II, #894-08. "... empresario y trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, ..." Escudero y otros citados por TT – IV, # 57-08.

73 Ver en igual sentido, Arias, 1991, p.97; Bautista, 2003, p.78 y Carro – Carro, 2007, p.17.

74 En el medio nacional cumplir de mala fe es ilegal. Deseable es la correcta ejecución del contrato de trabajo. Carro – Carro, 2007, p.17; Cascante, 1999, p.225 y CT, art.19.

75 De tal manera: Arias, 1991, p.96; TT – II,#894-08; TT – IV, # 307-08; SS, #346-08 y 998-07.

* Recabada, durante setiembre del 2008, en la Biblioteca Víctor Manuel Sanabria Martínez.

Carro (Carlos) y Carro (Adriana)
Derecho Laboral Costarricense, San José,
Editorial Juricentro, 2a. ed., T. I, 2007.

Carro (Carlos)
Las Justas Causas del Despido en el Código
de Trabajo, San José, Juritexto, 1 ed., 1992.

Cascante (Germán)
Manual Práctico de Legislación Laboral, San
José, IJSA, 1º ed., 2003.

Cascante (Germán)
Teorías Generales del Derecho del Trabajo,
San José, IJSA, 1º ed., 1999.

Livellara (Carlos)
Suspensión Preventiva y Precautoria del
Contrato de Trabajo, Buenos Aires, Editorial
Astrea, s.n.e., 1993.

Méndez (Odilón)
La Investigación Científica, San José, Mundo
Gráfico, 1 ed., 1994.

Olea (Manuel) y Casas (María)
Derecho del Trabajo, Madrid, Universidad de
Madrid, Duodécima Edición, 1991.

Vargas (Eugenio)
El Contrato Individual de Trabajo, San José,
IJSA, 1 ed., 2006.

Obras Colectivas

Arias (Luis Albán)
Principios Ambientales y Jurisprudencia

Constitucional, Monografías en Diversas
Materias Jurídicas, San Pedro, UCI, s.n.e.,
1998, pp. 1-20.

Blanco (Francisco)
Los Principios Generales del Derecho del
Turismo, El Derecho del Turismo en el
Estado Autonómico, Zaragoza, Cortes de
Aragón, s.n.e., 2006, pp. 107-141.

Blanco (Mario)
Auxilio de Cesantía y Ajuste Estructural, El
Derecho del Trabajo en los Albores del Siglo
XXI, San José, Juritexto, 1 ed., 1994, pp.
103-136.

Forero (Rafael)
Derecho del Trabajo: de Derecho Protector
a Derecho Promotor, Derecho del Trabajo:
Normas y Realidad, Santiago, Universidad
Andrés Bello, s.n.e., 1993, pp. 15-30.

Texto

Arias (Luis Albán)
Curso de Derecho Laboral Individual, s.c.,
Sede de Occidente, Universidad de Costa
Rica, 1991.

Constitución

Constitución Política, 7 de noviembre de
1949, San José, IJSA, 22. ed., 2005.

Códigos

Código Civil, s.n.l. del 26 de abril de 1886,
San José, Editorial Porvenir, 14. ed., 2000.

Código de Trabajo, ley #2 del 26 de agosto
de 1943, San José, IJSA, 21. ed., 2005.

Resoluciones Judiciales

Sala Primera, #284 de las 14:00 hrs. del 24
de noviembre de 1995.

Sala Segunda, #185 de las 10:00 hrs. del 4
de octubre de 1991.

Sala Segunda, #132 de las 10:20 hrs. del 24
de junio de 1992.

Sala Segunda, #93 de las 15:10 hrs. del 14
de mayo de 1997.

Sala Segunda, #172 de las 10:20 hrs. del 16
de julio de 1998.

Sala Segunda, #400 de las 10:30 hrs. del 20
de julio del 2001.

Sala Segunda, #145 de las 13:50 hrs. del 9
de abril del 2002.

Sala Segunda, #614 de las 9:55 hrs. del 24
de octubre del 2003.

Sala Segunda, #363 de las 14:00 hrs. del 23
de mayo del 2006.

Sala Segunda, #1085 de las 10:10 hrs. del
24 de noviembre del 2006.

Sala Segunda, #124 de las 9:55 hrs. del 28
de febrero del 2007.

Sala Segunda, #157 de las 9:45 hrs. del 9 de
marzo del 2007.

Sala Segunda, #375 de las 9:35 hrs. del 20
de junio del 2007.

Sala Segunda, #737 de las 9:30 hrs. del 10
de octubre del 2007.

Sala Segunda, #838 de las 10:05 hrs. del 7
de noviembre del 2007.

Sala Segunda, #893 de las 10:05 hrs. del 21
de noviembre del 2007.

Sala Segunda, #998 de las 9:45 hrs. del 19
de diciembre del 2007.

Sala Segunda, #73 de las 9:55 hrs. del 1 de
febrero del 2008.

Sala Segunda, #98 de las 9:50 hrs. del 13 de
febrero del 2008.

Sala Segunda, #162 de las 10:25 hrs. del 27
de febrero del 2008.

Sala Segunda, #169 de las 11:00 hrs. del 27
de febrero del 2008.

Sala Segunda, #261 de las 10:45 hrs. del 28
de marzo del 2008.

Sala Segunda, #346 de las 9:40 hrs. del 23
de abril del 2008.

Sala Segunda, #413 de las 9:25 hrs. del 9 de
mayo del 2008.

Sala Segunda, #462 de las 9:35 hrs. del 29 de mayo del 2008.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, #182 de las 10:25 hrs. del 7 de abril del 2006.

Tribunal de Familia, #319 de las 8:00 hrs. del 28 de marzo del 2005.

Tribunal de Trabajo, Sección I, #95 de las 8:15 hrs. del 30 de marzo del 2006.

Tribunal de Trabajo, Sección II, #894 de las 8:10 hrs. del 10 de junio del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección III, #158 de las 8:15 hrs. del 24 de abril del 2006.

Tribunal de Trabajo, Sección III, #568 de las 10:15 hrs. del 15 de noviembre del 2007.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #683 de las 8:05 hrs. del 28 de julio del 2000.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #458 de las 19:10 hrs. del 4 de julio del 2006.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #18 de las 18:25 hrs. del 19 de enero del 2007.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #394 de las 19:30 hrs. del 31 de julio del 2007.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #33 de las 19:15 hrs. del 24 de enero del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #57 de las 19:25 hrs. del 25 de enero del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #286 de las 19:25 hrs. del 20 de mayo del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #299 de las 18:10 hrs. del 26 de mayo del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #307 de las 18:50 hrs. del 26 de mayo del 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección IV, #308 de las 18:55 hrs. del 26 de mayo del 2008.

LA IMPUTACIÓN PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LAS SEDES CIVIL Y PENAL¹

Lic. Javier Lisandro Madrigal Navarro

Introducción

La imputación y determinación del daño para obtener su justa reparación ha sido uno de los temas más relevantes dentro de todas las ramas del derecho. Su desarrollo doctrinario y normativo ha llegado a conformar el nuevo *Derecho de Daños* que abarca todos los criterios que las partes procesales deben incluir para determinar el daño ocasionado por una conducta humana, lo cual implica tener en cuenta criterios de imputación objetivos y subjetivos, que varían –para los efectos de este trabajo- de la rama del Derecho Civil a la rama del Derecho Penal.

El tema de la reparación del daño ha llamado la atención de los juristas del Derecho Penal en las últimas décadas, por su importancia en varios aspectos. En primer lugar, por la propuesta que proviene del *Abolicionismo* de la necesidad de eliminar el Derecho Penal y

buscar otras opciones para la resolución de los problemas sociales, que podrían tener su origen en la indemnización de los perjuicios causados a las víctimas y que apartan con ello el castigo de naturaleza penal que se le pueda atribuir al ofensor². En segundo lugar, este tema ha sido muy desarrollado por los instauradores de la *Justicia Restaurativa* que buscan no sólo la reintegración al seno de la sociedad del ofensor, sino también la reparación total del daño y la mediación entre las partes del conflicto³. Y en tercer lugar, la corrección del daño recibe importante atención de parte de los procesalistas que tanto en sus pretensiones civiles como en sus planteamientos penales requieran de la exacta determinación del daño para su reparación, ya sea mediante la restitución o reivindicación de la cosa, de la indemnización de los perjuicios o por la misma reparación del daño ocasionado, cuestión aceptada también por aquéllos quienes promueven

¹ Este material es elaborado como parte del Curso de Medicina Legal de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica impartido por el Profesor Dr. Franz Vega Zúñiga.

² En ese sentido ver: CHRISTIE, (Nils), *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, 1ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, (1993); y HULSMAN, (Louk) y BERNAT DE CELIS, (Jacqueline), *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, 1ª Edición, Ariel Derecho, España, (1984).

³ Al respecto puede consultarse: *Justicia Restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, BERNAL ACEVEDO, (Fabiola) y CASTILLO VARGAS, (Sara), (compiladoras), Costa Rica, (Junio de 2006).

la observancia de un *Derecho Penal Mínimo*⁴. Independientemente de la posición ideológica con que se aborde el juicio, para la víctima, el proceso penal debe ser un medio reparatorio, que nunca agrave las consecuencias del delito.

Como vemos, estas posiciones ideológicas sobre el papel del Derecho Penal como método de resolución de los conflictos sociales ha llevado a la interrogante sobre cuál rama del Derecho podría ser más adecuada para la reclamación formal de un daño. Aunado a lo anterior, analizaremos también los criterios sustantivos utilizados para la determinación de un daño reclamado formalmente.

A.- El marco ideológico de la reparación del daño conlleva al respeto de los derechos fundamentales.

Propugnar por la utilización del Derecho Civil para obtener una adecuada indemnización o reparación del daño, implica referirnos a las características que revisten la materia penal. Y esto lo podemos observar mediante los siguientes argumentos:

1.- El derecho penal tiene carácter de *última ratio*.

Se ha dicho por la doctrina más calificada que la verdadera misión del Derecho Penal es la de proteger, a través del control formalizado, los intereses humanos fundamentales que no pueden ser defendidos de otra manera⁵; y esos intereses sólo pueden ser intervenidos por el derecho penal bajo criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en su sentido más estricto⁶, pues corresponde al Derecho Penal la solución de los ataques más graves a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

La intervención del derecho penal sólo es admisible si se observan determinados principios fundamentales de la ley penal en un Estado de Derecho.⁷ Y sobre ello tienen especial relevancia los principios “*pro homine*” referido al respeto de la dignidad de la persona, y del principio “*pro libertate*” según el cual, todo aquello que afecte o perjudique la libertad debe interpretarse de manera restrictiva, y aquello que la beneficie debe ser interpretado de manera extensiva,

4 Cfr. FERRAJOLI, (Luigi), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 4ª Edición, Editorial Trotta, Madrid, (2004) y *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, (1995). En contra del abolicionismo ver HASSEMER, (Winfried), *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*, Conferencia pronunciada en el acto de clausura de los XII Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca, Traducción de Miguel Ontiveros Alonso, Universidad de Salamanca/Universidad Anahuac Norte.

5 HASSEMER, (Winfried) y MUÑOZ CONDE, (Francisco), *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, 1ª Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, (1989), p.p. 100-122.

6 Con respecto al desarrollo del principio de proporcionalidad ver: CUELLAR SERRANO (Nicolás González), *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, (1990).

7 Una referencia bibliográfica interesante sobre el desarrollo de los derechos fundamentales como recursos contra los excesos del poder en un Estado de Derecho es: GÖSSEL, (Karl H.), *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, 1ª Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, (2007).

según el artículo 2 del Código Procesal Penal. Ello implica que en un Sistema Democrático de Derecho el ser humano no debe ser considerado como un medio, sino más bien la finalidad última de sus actuaciones. Además debe de acatarse el principio de lesividad que suele sintetizarse con el aforismo “*no hay delito sin daño*” que exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado: “*nullum crimen sine injuria*”. De éste modo, la intervención punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas graves para los demás y que afecten las esferas de libertad ajenas, con la concurrencia del principio de inocencia en todos sus efectos procesales.⁸

Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social; y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales o la consagración de los tipos penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico.

Por su parte, el principio de intervención mínima constituye uno de los grandes límites al poder punitivo estatal. Por ello, todo Estado que se rija por los postulados

democráticos y pretenda proteger los derechos y las garantías de los individuos debe respetar este límite. El principio general de la *intervención penal mínima* consiste en que el Estado podrá intervenir y ejercer su poder punitivo sólo en aquellos supuestos donde las demás ramas del derecho se han mostrado insuficientes para dar solución a esa situación social que requiere una respuesta satisfactoria e indispensable para el mantenimiento de la armonía y la paz social. La intervención penal del Estado solamente se justifica cuando sea necesario para el mantenimiento de su organización política, dentro de una concepción de protección de los principios democráticos. De ello inferimos dos consecuencias: sólo debe recurrirse al derecho penal cuando hayan fracasado todos los demás controles, teniendo por ello *carácter de última ratio*. En segundo lugar, no es válido utilizarlo frente a toda situación sino solo con respecto a determinados y concretos hechos que revistan mayor entidad.

A la luz de los principios del derecho anteriores, podemos ver con claridad que el derecho penal es inadecuado para resolver problemas patrimoniales debido a su *carácter de última ratio* para la solución de los problemas sociales que pueden encontrar medios más adecuados en otras ramas del Derecho como la Civil o la del

8 Con respecto al principio de inocencia en relación a las diferentes corrientes criminológicas ver: LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier), *La prisión preventiva (Límites Constitucionales)*, 3ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2010),

Derecho Administrativo. Sin embargo, para obtener beneficios de esta rama del Derecho, es necesario realizar las reformas que permitan agilizar los procesos civiles para hacerlos más expeditos y ágiles (oralidad y concentración en primer término). Ello podría traer como beneficio la disminución de la carga judicial en materia penal y la celeridad del proceso civil, ofreciendo así a la sociedad un instrumento versátil y efectivo para la resolución de conflictos más efectivos que los de la materia penal.

2.- El derecho penal debe dar participación a la víctima dentro del proceso.

Uno de los alegatos más antiguos contra el derecho penal, y del cual han obtenido provecho quienes propugnan por un *Derecho Penal Máximo*, es que se expropia a la víctima de su intervención dentro del proceso convirtiéndolo en un convidado de piedra, y que por ende, su participación en el proceso tiene solamente un carácter simbólico, en el cual la víctima no logra, a su entera satisfacción, la reparación al perjuicio que le han provocado.

Este efecto de exclusión de la víctima del proceso penal para nosotros tiene su origen en el feudalismo dentro del cual los intereses de las víctimas comenzaron a reemplazarse por los intereses del Estado para reducir

las fuentes del conflicto. Esto provocó que el proceso penal centrara su atención en el daño ocasionado al interés público del Estado con el cual se quería lograr el respeto a los mandatos del monarca, a cuyos efectos los castigos propinados ante la desobediencia de los súbditos eran penas pecuniarias, la tortura y la condena de muerte.

En nuestro tiempo la situación no es la misma. Las relaciones entre el Estado-nación, la democracia y el poder político han evolucionado hacia el respeto de los derechos fundamentales, y con total acatamiento a las garantías del imputado dentro del proceso penal, la víctima puede exigir la reparación del daño recibido, sea ésta patrimonial o extra-patrimonial. Y por esa razón es que la víctima debe ser reparada a su entera satisfacción, en cualquier tipo de daño sufrido, dentro de los cuales podemos citar el daño corporal, el daño moral, el daño patrimonial, el daño reflejo o el daño al proyecto de vida, como actualmente se está planteando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹

Ahora bien, la víctima debe ser oída en el proceso, y expresar su concepción de reparación, pues perfectamente podría expresar su deseo de no utilizar el proceso penal y desistir de su accionar por encontrar que la sanción impuesta pudiera resultar desproporcionada en cuanto a su concepción

⁹ Al respecto ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, (Carlos), El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, en la Revista Judicial, Costa Rica, N° 95, (Marzo del 2010), p.p. 13-145.

de reparación del daño y para la cual una reparación simbólica podría ser suficiente.

3.- El derecho penal debe contribuir a lograr la paz social.

El derecho penal no puede tener como simple finalidad la retribución del daño causado. La paz social puede lograrse mediante el arreglo pacífico, íntegro y satisfactorio, y por ello se han contemplado dentro del proceso penal los instrumentos pertinentes que en etapas anteriores al juicio permitan lograr un encuentro armonioso entre el actor-víctima y el imputado, para impedir que la cosa juzgada material impida solucionar el conflicto y que además trascienda en la conciencia de los individuos para que los resultados obtenidos alcancen la virtud del arreglo armonioso e impida la revancha rebelde o violenta de las partes.

4.- El derecho penal debe permitir una integral y completa reparación del daño, a entera satisfacción de la víctima para evitar con ello la venganza social.

A pesar de que el Derecho Civil habla de "reparación" en el artículo 1045 del Código Civil, y que consiste en que la víctima sea restituida, de ser posible, al estado anterior al daño en que se encontraba, y no solamente la indemnización pecuniaria de los daños (pérdida sufrida) y de los perjuicios (ganancias dejadas de percibir), la conciliación y la reparación integral del daño pretenden que la víctima sea reparada en igual medida que en la forma civil.

Debemos recordar que nuestro derecho penal también permite un arreglo que consista no sólo en la indemnización pecuniaria al daño ocasionado, sino también en ciertos casos en disculpas, explicaciones, obligaciones de hacer o dejar de hacer, indemnizaciones con montos simbólicos a favor del querellante o de cualquier institución. Y cualquiera que sean los términos acordados, lo más importante es el acuerdo profundo entre la víctima y el ofensor en la solución de sus propios conflictos.

B- Elementos constitutivos en la determinación del daño.

La reparación del daño requiere de la determinación precisa del daño. Esto significa que la determinación del daño nos lleva a la discusión del bien jurídico que ha sido afectado por la actuación del ofensor y en qué monto cuantitativo o cualitativo éste ha impedido el desarrollo de la persona en su individualidad y como ser social. Esta afectación sufrida al bien jurídico tutelado la da el tipo penal y la forma de imputar el daño subjetiva u objetivamente al ofensor obedece a reglas procesales y sustantivas que deben ser verificadas para responsabilizar correctamente a la persona que ha ocasionado el perjuicio.

Nosotros entendemos por "Daño", toda signo de perjuicio físico, psíquico, moral o material que pueda sufrir una persona. Más particularmente, podemos significarla como todo detrimento, perjuicio o menoscabo que

por acción de otro se recibe en la humanidad o bienes de una persona. El daño en sentido estricto constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extra-patrimonial de la persona damnificada, el cual provoca la privación de un bien jurídico respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.

Las dos categorías de daños en materiales y morales se derivan de las dos clásicas categorías de derechos patrimoniales y extra-patrimoniales. El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extra-contractual, pues el deber de resarcir sólo se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico.

De ahí deriva la importancia de que un daño deba ser cierto, directo, personal y plausible para que sea indemnizable. Para que tenga el carácter de cierto, debe ser real y efectivo, no eventual, ni hipotético, y no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturas. Directo significa que debe ser la consecuencia inmediata del hecho dañoso y personal significa que debe ser imputable al responsable de realizar el hecho que provocó la lesión. Por otro lado, el daño debe ser probado, así como sus consecuencias inmediatas y directas. Ésta exigencia es conocida como *Principio de Prueba del Daño* que sólo se quiebra en las

obligaciones contractuales a través de las cláusulas penales.

A continuación analizaremos los instrumentos que nos ofrece el Derecho Civil, seguido por las reglas que también nos brinda el Derecho Penal para obtener la reparación del daño.

1.- La reparación en la vía civil.

La reclamación formal por la reparación de un daño en ésta vía no responde al principio de intervención mínima, sino que responde a una necesidad de acceder a la justicia para buscar la resolución de un universo de situaciones civiles y comerciales que comprende el derecho de las personas, los derechos de la personalidad, el derecho de las obligaciones y de los contratos, el derecho de cosas o de bienes, que regula la materia de los derechos reales y, en general, las relaciones jurídicas de los individuos con los objetos o cosas, tales como la propiedad, los modos de adquirirla, la posesión y la mera tenencia, el cual comprende, además, el análisis de las diferentes acciones judiciales que el ordenamiento jurídico otorga para la protección de las situaciones jurídicas del Derecho Privado.

Por esa razón el proceso civil se caracteriza por el dominio de las partes del procedimiento, y en éste el juez sólo debe tomar en cuenta los hechos que contiene el escrito de la demanda, la contestación o la contrademanda, dando así la participación a las partes para que desempeñen su rol

dentro del proceso y de acuerdo a la defensa de sus intereses.

Desde el punto de vista civil, para reclamar la reparación, la sustitución o la indemnización de un daño, debemos contar con los siguientes elementos que conforman la reparación civil extracontractual:

a.-Debe existir un acto ó comportamiento, o bien, un hecho o evento dañoso y contrario a derecho, el cual puede ser activo u omisivo. En el caso de la responsabilidad civil contractual se habla de un incumplimiento, que es la conducta antijurídica de un contratante.

El comportamiento se define en derecho civil, como el fenómeno temporal, que a diferencia de los eventos (los hechos naturales y los hechos de vida), se caracteriza por estar constituido por una iniciativa humana externa que incide sobre intereses jurídicamente relevantes.¹⁰

b.-Es necesario la existencia de un daño cierto, sin el cual no puede existir el resarcimiento. Desde el punto de vista civil la obligación de indemnizar sólo nace cuando el comportamiento activo u omisivo ha producido un menoscabo en la persona o en los bienes de la víctima. En concordancia con lo que venimos sosteniendo, la prueba del daño es una condición necesaria para que

pueda prosperar la acción civil resarcitoria en todos sus extremos.

Propiamente, la creación de un riesgo en el Derecho Civil no constituye un acto ilícito. Por ejemplo: si un automóvil circula por el carril izquierdo de una vía, sin causar ningún tipo de daño, no podrá causarse ningún tipo de reclamación por reparación.

c.-Ulteriormente se requiere de la intencionalidad, que se basa en la culpa o la negligencia, pues no está obligado al resarcimiento aquel a cuya conducta nada se le pueda reprochar. El dolo en materia civil, es muy parecido al dolo penal, y lo podemos definir como la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo que puede causar un daño en los demás, pero sin necesidad de que el agente haya podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos.

La culpa, por su parte, se considera como el grado de diligencia posible, y supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo el agente. Aunque debemos recordar que en materia civil la culpa ha sido entendida no sólo como negligencia (es hacer de menos, es la carencia del comportamiento necesario para evitar que se incurra en el daño previsto), sino también como impericia (actuar sin los conocimientos técnicos requeridos),

¹⁰ PÉREZ VARGAS, (Víctor), Derecho Privado, 3ª Edición (revisada), San José, Costa Rica, Litografía e imprenta LIL S.A., (1994), p. 386.

imprudencia (exceso de actividad ó hacer de más) y la inobservancia de reglamentos o deberes (normas que tienen como fin la adecuación de ciertas conductas al correcto ejercicio de un arte o técnica para evitar el alcance de un daño, mediante la previsibilidad de un resultado negativo como mecanismo de prevención). Para que haya culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto.

d.-Y por último, la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo ocasiona; lo que equivale decir que un comportamiento ha causado un daño, cuando ésta ha desempeñado un papel eficiente y generador en su producción.

En el Derecho Civil utilizamos **“teoría de la adecuación”**¹¹ a la relación causal para establecer la relación entre acto y daños (y perjuicios). La teoría de la adecuación se conoce también con el nombre de la **“teoría de la condición adecuada”**¹² o como la **“teoría de la causalidad adecuada”**.¹³

Según esta teoría sólo es condición del resultado aquélla causa que es adecuada

para producirlo, y esta causa se considera que es adecuada cuando una persona con discernimiento pudiera prever que ese resultado puede producirse ante la presencia de determinadas circunstancias, naturales frente al sentido común y al buen juicio de su raciocinio. Pero como estos conceptos son tan amplios y de tan difícil limitación, se utiliza además el criterio de la debida diligencia, según el cual, si un resultado se presenta, a pesar de haber actuado sin contravenir el deber de la debida diligencia, esto es, actuando sin omitir los cuidados requeridos en una situación concreta, se actúa con ello dentro del campo de lo jurídicamente permitido, por lo que esa condición del resultado no será su causa en sentido jurídico. De esta forma, la previsibilidad del hombre medio y la debida diligencia, son los criterios utilizados por el derecho civil para determinar cuando un comportamiento determinado –en el sentido civil-, es condición del resultado.

En el derecho civil se excluye la responsabilidad civil por exclusión del nexo causalidad¹⁴ a través la fuerza mayor, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero¹⁵, así como también el denominado hecho

11 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Derecho Penal, Parte General, T.I., (2008), p. 410.

12 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Causalidad e imputación de resultado, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, (2003), p. 89.

13 En este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las catorce horas veinticinco minutos del cuatro de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las nueve horas treinta minutos del veintiuno de diciembre de 2006, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

14 En ese sentido ver la resolución N° 295-F-2007 de la Sala Primera de Corte Suprema de Justicia, San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil siete.

15 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p. 404.

del príncipe cuando es ocasionado por la Administración Pública. También se excluye por el caso fortuito, pero por ausencia de culpa al no haberse podido prever el evento.¹⁶

Como lo veremos, la responsabilidad civil tiene un fundamento radicalmente diferente a la penal, pues no pretende la represión de determinadas conductas, sino que parte de un resultado dañoso ya ocurrido, y regula el resarcimiento del sujeto lesionado en su persona o patrimonio, con lo cual pasa a un segundo plano la finalidad de norma de control social. Falta en la vía civil, el elemento clave de la tipicidad, que es sustituida por la efectiva causación de un daño.

Por último es necesario mencionar que la doctrina civil avala que en el momento de valorar el daño se recurra a criterios de sensatez y de justicia que permitan resolver el caso concreto de acuerdo a sus circunstancias específicas, por lo cual la resolución del juez debe conducirse por razonamientos que hayan sopesado las circunstancias de manera prudente y equitativa, acudiendo por supuesto a la sana crítica racional.

2.- La acción resarcitoria en la vía penal.

En esta vía la acción civil resarcitoria es totalmente accesoria a lo que se decida por

el juez penal, sin embargo, todo lo que se refiere a la acción civil se regula de acuerdo a las normas y preceptos del derecho civil, por así estipularlo el artículo 138 de las Reglas vigentes sobre responsabilidad civil, según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971, correspondiente a su Título IV, Libro I del Código Penal de 1941 que dice que **“Las obligaciones concernientes a la reparación civil, tratada en este capítulo, se extinguen por los medios y en la forma que determina el Código Civil, para las obligaciones civiles”**, lo cual requiere de un análisis que comprenda todas las reglas y principios civiles.

Procesalmente, podemos decir que la acción civil resarcitoria en esta vía tiene las siguientes características: a) atendiendo a su finalidad, no nos cabe la menor duda de que a través de esta acción se pretende hacer valer una pretensión del derecho privado; b) la acción civil es independiente de la acción penal, a pesar de que ambas se basan en los mismos hechos y tengan diversos contenidos y finalidades; y c) en la sede penal, sólo puede ser ejercida cuando esté pendiente la acción principal.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando una conducta humana se exterioriza para constituir un delito, por estar definido como tal en el Código Penal o en leyes especiales, causando con ello una lesión a un bien jurídico tutelado, y con ello un daño de carácter patrimonial o extra-patrimonial en detrimento

16 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p. 408.

de una persona, entonces, tanto los autores como los partícipes de la acción delictiva asumen la obligación solidaria de reparar el perjuicio ocasionado (artículo 1046 Código Civil). Una excepción a la responsabilidad civil solidaria se contempla en el artículo 20 del Código Notarial, según el cual, si dos o más notarios públicos actúan en conjunto, todos serán solidariamente responsables por las faltas u omisiones, salvo si las circunstancias revelaren que son imputables sólo a uno o algunos de ellos.

Esta afirmación es de suma importancia, pues mientras el derecho penal considera el delito como una afectación a los derechos fundamentales de la sociedad, el derecho civil lo considera como un hecho ilícito que perjudica un interés particular de quien sufre el perjuicio, determinando con ello un deber jurídico de resarcimiento que recae en el verdadero responsable. Por ello en la vía penal, el delito queda sujeto, simultáneamente, a las normas penales y civiles, precisamente por sus repercusiones de carácter individual.

De esta forma, la realización del derecho civil en la vía penal, depende de una situación de hecho prevista abstracta e hipotéticamente, que sólo será aplicado cuando exista un delito que genere un daño privado y una persona obligada al resarcimiento. Ese daño generado da origen al derecho subjetivo de reparación, y consiste en el derecho de exigir a otro el cumplimiento que el deber que deriva de la norma jurídica le impone. De

ésta forma el Derecho Penal parte de que la persona debe ser sancionada de acuerdo a la Constitución Política, teniendo en cuenta las circunstancias objetivas (entre ellas, el daño causado), y las subjetivas (como lo son las circunstancias que lo llevaron a delinquir).

La existencia de este derecho subjetivo, y consecuentemente, de la responsabilidad que surge con el delito, depende de cuatro elementos:

a.- Que exista una acción humana ya que las conductas involuntarias no producen la obligación de indemnizar.

En virtud del principio “*cogitationem poena nemo patitur*”, las emociones, los pensamientos y las actitudes internas no tienen relevancia penal. La relación psíquica de la acción nos indica que sólo una persona puede ser capaz de acción, y por ello el derecho penal sólo puede responsabilizar a una persona la acción propia, configurándose con ello un Derecho penal de acto y no de autor, en el cual no puede juzgarse la personalidad del individuo.

La persona jurídica no es capaz de acción en el sentido jurídico-penal, ello según el aforismo latino “*Societas delinquere non potest*” que significa que las sociedades no delinquen, pues la responsabilidad reside en la persona de sus representantes o gestores legales.

Iguales consideraciones respecto de la responsabilidad civil pueden hacerse sobre

los actos delictivos imputados a las personas jurídicas. Si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delitos, habrá que indagar la responsabilidad penal de los miembros de su junta directiva y por ello esas acciones delictivas pueden generar consecuencias civiles para la misma persona jurídica y, eventualmente, para quienes la dirijan o la constituyan, pues si bien no convierte a las personas jurídicas en sujetos activos del derecho penal, hace recaer sobre ellas las consecuencias de los daños que ocasionen quienes las dirijan o administren, entre los cuales están los daños provenientes de delitos.

Esta imputación de las acciones propias no tiene los mismos límites en derecho civil, ya que en determinadas situaciones se debe responder por el hecho ajeno, aún al margen de cualquier indagación de culpabilidad. Y no solamente por el hecho ajeno, sino por acontecimientos que se producen como derivaciones de movimientos de las cosas, ya sean animadas o inanimadas. Empero, interesa destacar que cuando se debe responder por el hecho de terceros, es preciso destacar la responsabilidad objetiva de los artículos 1047 y 1048 del Código Civil.

Por supuesto, la conducta humana no pudo haber sido producto de una fuerza física irresistible, o del acaecimiento de un movimiento reflejo o incluso defensivo.

b.- Que exista un tipo penal, cometido con dolo o culpa y que se conforme el injusto penal que da lugar a la responsabilidad civil.

El delito debe referirse a una conducta humana, que cumpla con los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal. Esto quiere decir que el sujeto debe tener conocimiento y voluntad de realización del tipo (directo o eventual) o haber obrado con inobservancia del deber de cuidado que le incumbía de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de habérselo representado como posible, por haber actuado confiado en poder evitarlo.¹⁷

Podría afirmarse que el concepto de culpa penal tiene su origen en la rama civil.¹⁸ Sin embargo en derecho civil el concepto de culpa se utiliza para la reparación del daño y no para la represión de conductas ilícitas. Por esa razón, la menor culpa existente en un caso concreto da lugar a la reparación

17 Debemos recordar que en nuestro país la ley prevé expresamente determinadas formas de comisión culposa.

18 Ver: TERRAGNI, (Marco Antonio), El delito culposo en el Tránsito y la Medicina, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2010), p. 19, quien apunta que: “La problemática penal de la culpa se complica a raíz de que ha partido del Derecho Privado y no ha conseguido aún desvincularse de él en forma definitiva (...) Las definiciones de culpa son numerosas, tantas, como los intentos de caracterizarla y de buscarle sinónimos. Sin embargo, llama la atención que pocas veces se haya advertido que resulta imposible señalar los contornos de la culpa en sí porque ésta no existe (...)”.

del daño. No así en materia penal donde se habla de la innecesidad de castigar los hechos cometidos con culpa inconsciente.¹⁹

Atendiendo el grado de previsibilidad o inevitabilidad del evento, el caso fortuito es un evento imprevisible aún utilizando una conducta diligente, pues si pudiera haberse previsto sería evitable. La fuerza mayor, por el contrario, es un evento que, aún cuando pudiera preverse, es inevitable. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia. Se entiende que si a pesar de

darse esa diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito, el cual exime la culpa, y por lo tanto la responsabilidad. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad. La culpa excluye en ese sentido, al caso fortuito.²⁰

La doctrina mayoritaria²¹ también impone como causas de atipicidad el caso fortuito, la fuerza mayor y el riesgo permitido. Sin embargo, en virtud del artículo 33 de nuestro Código Penal, *“no es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor”*. Por esa razón la doctrina más calificada nos dice que, en los procesos

19 BACIGALUPO, (Enrique), Manual de Derecho Penal, (Parte General), 2ª Edición, Temis-ILANUD, (1984), p. 70, quien nos dice que: “La no punibilidad de la culpa inconsciente se fundamenta en el marco de la teoría finalista sobre la base de la deficiente o defectuosa estructuración de la personalidad como fundamento determinista de las acciones antijurídicas particulares”.

20 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p.p. 403-408.

21 ALEGRÍA HIDALGO, (Juan Luis), Derecho Penal, Parte General, UAP, Fondo Editorial, Perú, (2007); BACIGALUPO, (Enrique), Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Hammurabi, (1999); BUSTOS RAMÍREZ, (Juan J.) y HORMAZÁBAL MALARÉE, (Hernán), Lecciones de derecho penal, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, (1999); FONTÁN BALLESTRA, (Carlos), Manual de Derecho Penal Parte General, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Abelot-Perrot, (1998); HURTADO POZO, (José), Manual de Derecho Penal, EDDILI, Segunda Edición, Lima (1987); JESCHECK, (Hans-Heinrich), Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Editorial Bosch S.A., Barcelona, (1981); MÁRQUEZ PIÑERO, (Rafael), El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Universidad Nacional Autónoma de México, (2005); MUÑOZ CONDE, (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes), Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, (2002); POLITOFF, (Sergio); MATUS, (Jean Pierre) y RAMÍREZ, (María Cecilia), Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, (2003); NÚÑEZ, (Ricardo C.), Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Erner-Editora Córdoba, (1999); PAVON VASCONCELOS, (Francisco), Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décimo Séptima Edición actualizada y corregida, Editorial Porrúa, (2004); ROXIN (Claus), Derecho Penal, Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, (1997); SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia) y ROJAS CHACÓN, (José Alberto), Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, (2009); SCHÜNEMANN, (Bernd), Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal, Bogotá. Ibáñez, (2007); ZAFFARONI, (Eugenio Raúl), ALEJANDRO (Alajia), ALEJANDRO (Slokar), Manual de Derecho Penal Parte General, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, (2002).

causales atípicos, en los cuales el resultado es imprevisible, nuestro Código Penal dispone expresamente la exclusión de la culpabilidad del agente por el caso fortuito o la fuerza mayor²² como consecuencia del artículo anterior.

Además de típico, el hecho debe ser antijurídico, pues sólo el injusto penal da lugar al reclamo de indemnización de daños y perjuicios. De ésta forma tenemos que no se configura el injusto penal cuando no se constata la existencia de una antijuricidad material. Tampoco puede concurrir ninguna causa de justificación legal o suprallegal, como las que tienen su origen en el derecho consuetudinario, la doctrina y la jurisprudencia.

Según el principio de unidad del ordenamiento jurídico, no pueden existir contradicciones en su seno, y por ello la consecuencia natural es que si el acto resulta justificado a los fines penales, no puede ser ilícito para el derecho civil. Y esto es así porque resultaría un contrasentido aplicar una pena a quien realiza los fines del derecho. Por ello, quien obra en legítima defensa de sus derechos, o de los derechos de terceros, actúa lícitamente, y esa licitud excluye la obligación de indemnizar. Sin embargo, si una persona al defenderse utiliza un objeto perteneciente a un tercero, el cual resulta dañado o destruido en el hecho, o

si alguien causa un daño a otro para evitar un mal mayor actual o inminente y que no hubiera provocado el mismo, el beneficiario de dicha acción deberá satisfacer una justa indemnización según las circunstancias del caso. Estos perjuicios causados aunque son permitidos por el ordenamiento jurídico deben ser resarcidos a título de equidad.

Esto quiere decir que si la acción necesaria con la cual se ejerce una causa de justificación es impune por resultar conforme a derecho, pero esa justificación no implica necesariamente la ausencia de consecuencias civiles, ya que el daño se provocó para salvar un bien de mayor valor; consecuentemente es justo que quien se benefició, sea el agente o un tercero, repare los perjuicios ocasionados. No a título de sanción, porque la conducta es lícita, pero sí en forma de justa compensación. La fuente es la equidad, ya que descartada la culpa del propietario-víctima del bien sacrificado y la del autor del daño justificado, sólo la equidad indica que no debe soportar la desilusión de su patrimonio.

Por otro lado, la existencia de la culpabilidad acarrea consecuencias penales. En caso de que no exista una comprobación de la culpabilidad, sólo se conformaría el injusto penal, que da lugar a indemnización. En función de lo anterior debemos tener en cuenta que son *causas de exclusión de la*

22 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Causalidad e imputación de resultado, (2003), p. 26.

culpabilidad los casos de (1) la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad y (2) el error de prohibición invencible, que elimina el conocimiento de la ilicitud, por lo que en su presencia sólo se conformaría el injusto penal que da lugar al derecho de reclamar la reparación del daño sufrido.²³

Ahora bien, recordemos que en el caso de que un imputado sea declarado inimputable, aún así la persona que esté a su cargo será quien tendrá que responder por el daño que cometió. También debemos tomar en cuenta que la pena es la medida de la culpabilidad. Mas en cambio, la reparación o la indemnización de los daños ocasionados se determinan independientemente de la medida de la culpabilidad, y aunque puede variar su monto, ésta no es aumentada por el reproche de la conducta misma, pues la extensión de la responsabilidad civil reside en la relación causal del hecho que ocasionó el daño.

En el derecho penal juvenil, la acción civil para el pago de daños y perjuicios ocasionados por los hechos atribuidos al menor de edad, deberá promoverse ante el juez competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del Juez Penal Juvenil.²⁴

c.- Que exista un daño.

Este daño debe tener las características de ser privado, cierto, directo y efectivo, que haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado, como consecuencia para la persona o el patrimonio del damnificado.

d.- Que entre el delito y el daño exista un nexo de causalidad idóneo.

Como vemos las consecuencias de que la causa civil sea accesoria al proceso penal acarrea la situación de que sea también accesoria en las resultas del proceso, con

23 También debemos tener en cuenta, que en nuestro derecho se consideran como causas de exculpación o causas de exclusión de responsabilidad, los siguientes casos: (1) el exceso en la legítima defensa, (2) el estado de necesidad exculpante, por tratarse de casos de culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad (ROXIN, (Claus), Derecho Penal Parte General, (1997), p.p. 814-815). También lo son (3) la coacción o amenaza -que elimina la exigibilidad de actuar conforme a derecho-, (4) la no punibilidad entre parientes, (5) el miedo insuperable (BACIGALUPO, (Enrique), Manual de Derecho Penal, (Parte General), (1984), p. 138), y (6) la obediencia debida, que debe cumplir con tres requisitos: a-que la orden dimane de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por ley; b-que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden y c-que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible (en ese sentido consultar la sentencia número 700-2006 de Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), entre otras. Por otro lado, son causales personales de no punibilidad, el desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo, que eliminan la pena para quien las realiza, pero dejan subsistente el carácter típico, antijurídico y culpable del hecho. En ese sentido ver CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Tentativa y desistimiento voluntario, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2003), p. 124, criterio que sostiene en su obra Derecho Penal, Parte General, T.III., p.p. 290-291. Sobre el desistimiento voluntario como causal de exclusión de la tipicidad ver: Chinchilla Calderón, Rosaura, El principio de legalidad ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la Teoría del Delito en Costa Rica?, 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, (julio del 2010).

24 Artículo 55 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, 9ª Edición, San José, Costa Rica, IJSA, (2008).

la consecuencia de que en materia penal existen más filtros que garantizan el principio de inocencia.

En materia penal el tema de la causalidad nos debe revelar dos aspectos importantes: en primer lugar nos debe determinar el tipo de relación entre el comportamiento del supuesto causante y el resultado dañoso, que nos permita concluir que la una es causa del otro, y también, nos debe decir hasta donde se desarrolla la causalidad.

Para ello, en el derecho penal utilizamos la **“teoría de la igualdad de las condiciones”** conocida también como la **“teoría de la equivalencia de las condiciones”**, en donde la responsabilidad se limita por la aplicación de los criterios normativos de la imputación objetiva²⁵. Para esta teoría es causa del resultado toda condición que suprimida mentalmente haría que no se produjese el resultado, o toda condición del resultado que agregada hipotéticamente en los delitos de omisión pudieran evitar el resultado.

La teoría de la igualdad de las condiciones utiliza como correctivos al dolo y la culpa, así como a los criterios normativos de la imputación objetiva (Roxin) que limitan la responsabilidad.

Dentro del marco esclarecedor de la imputación objetiva, debemos recurrir en

primer lugar, *al fin de protección de la norma lesionada* que incluya resultados de primer orden y conceda la prioridad a la causa que precisamente pretenda evitar el tipo penal.

Se debe tomar en cuenta que existen *riesgos que deben ser permitidos* y que deben ser soportados por el ordenamiento jurídico para el funcionamiento social (como el tránsito vial, los riesgos derivados de las actividades laborales ó la producción industrial).

Debe tenerse también presente la influencia de otras cadenas causales importantes para el caso concreto. Por ello, se debe examinar *la libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima*, que atribuye a cada uno la responsabilidad de su propio comportamiento. Otro criterio auxiliar de la imputación objetiva es la auto-responsable intervención de un tercero, la cual permite la atribución de una obra como suya (del tercero responsable) y no como producto de la casualidad.

Por último, debe tenerse en cuenta *la disminución del riesgo del autor*, según el cual, si el mismo disminuye el riesgo que existe para la víctima de sufrir un percance, con su accionar se elimina la creación de un riesgo posiblemente dañino y concomitantemente a ello, el criterio suficiente de imputarle el resultado en caso de que este se diera.

25 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, (2008), p. 410.

Por estas razones, en materia penal, la culpa de la víctima no excluye la culpabilidad del autor, mas en lo civil, su concurrencia disminuye la responsabilidad.

3.- La valoración del daño imputado.

En cuanto a la valoración del daño corresponde al juez realizarlo según su apreciación de las pruebas, pero debe de resolver utilizando los criterios de la sana crítica racional, la cual alude a las nociones de la experiencia, la razón y la lógica, acompañadas por los conocimientos de la ciencia, la psicología y la sociología, todo en aras de dilucidar la verdad. En este momento es cuando debe acudir a los distintos medios de prueba que se le presentaron en juicio, donde la prueba pericial adquiere una especial relevancia. Esto se debe a que la peritación es el medio probatorio que aporta datos especializados y determinantes al proceso de verificación y refutación que se desarrolla en una investigación judicial.

El juez debe basarse en criterios objetivos en donde juega un papel de suma importancia la labor del perito actuario matemático, quien debe calcular el porcentaje de la incapacidad en una compensación económica para la víctima, para lo cual existen múltiples procedimientos. En estas operaciones actuariales de naturaleza económica-jurídica, los cálculos del perito deben derivar de la aplicación de principios de rentabilidad financiera, pero a la vez, también principios de lógica y validez jurídicos, en donde está

presente la probabilidad de ocurrencia de un evento y la probabilidad de producción del daño, junto a criterios de imputación objetivos y subjetivos.

En otras palabras, el perito informará al juez sobre las posibles causas del daño y sobre la gravedad de los efectos producidos por el mismo, sustentado en métodos científicos que respondan al grado actualmente alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica. Por ello es inadmisibles que su informe sea impreciso, incoherente y contradictorio, y por el contrario, sus fundamentos deben gozar de firmeza y calidad, pues este criterio técnico debe ser aplicado junto a criterios jurídicos específicos como los anteriormente mencionados.

Tenemos, entonces, que la determinación del daño se produce por un método analítico deductivo, que contrapesa criterios de imputación jurídicos, diferentes en la rama del derecho civil y de la penal, y a criterios técnicos y objetivos de la ciencia en el caso concreto, que deben incluir la proporción del daño sufrido, el impacto sobre la vida de la víctima, los efectos que el mismo produjo y que afectará el normal desarrollo del ofendido.

Conclusión

Como vimos, la naturaleza del derecho penal responde a fines distintos a los de los fines

civiles. El derecho penal por su carácter de ultima ratio no puede intervenir en todos los casos, salvo en agresiones graves a los bienes jurídicos tutelados. A pesar de ello se ha trabajado en aspectos relevantes para dar mayor participación a la víctima, para que la misma tenga la oportunidad de obtener una justa reparación al daño sufrido y para lograr con ello la paz social.

Apesar de ello el derecho penal es inadecuado para resolver asuntos de poca gravedad, pues una sanción de pena privativa de libertad podría producir un daño social mayor que la reparación pretendida por la misma víctima, esto por cuanto además del mal ocasionado por un delito de poca gravedad, vamos a tener que sumar el mal causado al ofensor con una pena que en este caso no va a cumplir su papel de readaptación a la sociedad, y con la posibilidad de que la prisionización genere en el privado de libertad una cultura de desadaptación, cuando pudo haberse evitado mediante la utilización de otros instrumentos de carácter constructivos

que permitieran no solo la compensación de la culpabilidad del ofensor, sino también una reparación socialmente constructiva, cosa que no puede lograr el mal impuesto con la pena.

Por esa razón la respuesta puede estar fuera del proceso penal, pues una utilización de sus instrumentos para lograr objetivos materiales, esto es, por encima de la dignidad de la persona humana, pueden ser tan perversos como la misma inexistencia de posibilidades para que las personas obtengan una justa solución a sus problemas.

Debemos utilizar los instrumentos procesales de manera tal que permitan la incorporación de las partes de nuevo a la convivencia social. Y ello sólo se logrará con una reforma de procesos civiles que permitan la obtención de rápidas soluciones a los conflictos sociales que pudiesen responderse a la luz de sus principios, en procesos más expeditos, dinámicos y sencillos, y que se adecúen a la celeridad procesal perseguida actualmente por otras ramas del Derecho.

LAS NUEVAS FUENTES DE LA LEX MERCATORIA

Licda. Karen Castro Montero

Introducción

Parte I: Generalidades sobre la Lex Mercatoria

- a. Concepto
- b. Antecedentes Históricos
- c. Principios de Unidroit
- d. La Nueva Lex Mercatoria

Parte II: Incoterms

- a. Concepto
- b. Antecedentes Históricos
- c. Nuevos Incoterms 2010 y la diferencia con los Incoterms 2000

Parte III: Reglas de York Amberes (The York-Antwerp Rules 2004)

- a. Concepto
- b. Antecedentes Históricos
- c. Reglas de York-Amberes 2004

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Al referirse a las fuentes de la nueva *lex mercatoria*, nos lleva a analizar que efectivamente tuvo que existir en algún momento de la historia la *lex mercatoria* que le dio sustento a la nueva. La cual, con la codificación de los Estados fue excluida casi por completo de la regulación de los comerciantes.

De esta manera, es importante subrayar que la *lex mercatoria* de la Edad Media tuvo gran trascendencia para el desarrollo del comercio, dado que fue la única normativa que lo reguló y provocó de una u otra manera el gran apogeo y desarrollo de las ciudades centros del comercio en Europa. Lo anterior, en vista de que fueron los mismos comerciantes quienes, con su actuar cotidiano, crearon de dicha normativa.

Así las cosas, es indiscutible la importancia que tuvo la *lex mercatoria* de la Edad Media. De igual manera, en la actualidad, a partir del resurgimiento de la nueva *lex mercatoria*, se constata que continúa teniendo gran intensidad en la regulación del comercio. Hoy en día, resulta de mayor importancia no sólo porque continúa regulando el comercio, sino porque también compite con el derecho estatal e, incluso es de mayor envergadura dado que posee mayor extensión territorial, participan mayor número de actores y es en sí misma de mayor complejidad.

Adicionalmente, la nueva *Lex mercatoria* posee características que la distinguen del derecho estatal que la convierten en la

regulación más adecuada para la ordenación del comercio. La propia experiencia les ha dado la razón a los juristas quienes han alzado la voz y han hecho ver que con la dinámica actual del comercio, tanto nacional como internacional, el derecho estatal se ve como una máquina oxidada que es incapaz de funcionar adecuadamente y brindar las soluciones inmediatas a las diversas situaciones del comercio.

Es por esta razón, que ante las exigencias del comercio internacional se ha vuelto la mirada hacia las reglas que componen la *lex mercatoria*, toda vez que debido a que se caracterizan por ser mucho más maleables y adaptables otorgan una solución más inmediata y real a los diversos conflictos jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas de los partícipes en el comercio internacional.

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis de los aspectos generales que definen a la nueva *lex mercatoria*, así como de las principales fuentes, entre las cuales se encuentran los Incoterms y Reglas de York Amberes 2004.

LAS NUEVAS FUENTES DE LA LEX MERCATORIA

PARTE I: GENERALIDADES SOBRE LA LEX MERCATORIA

a. Concepto

La doctrina ha determinado que resulta complicado lograr obtener un concepto

completo de la *lex mercatoria*, ya que un término poco analizado y estudio. Aunado a que se encuentra en constante desarrollo y construcción, dado que es consecuencia del actuar de los comerciantes y de la dinámica que esto engloba.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesta, la *lex mercatoria* ha sido definida como:

“(...) un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.”¹

En la misma línea de pensamiento se ha dicho que la *lex mercatoria* se refiere a:

“(...) un conjunto de principios generales, de instituciones y reglas, adicionada a todas las fuentes que han progresivamente alimentado y continúa alimentando la estructura y el funcionamiento jurídico propio de la colectividad de operadores del comercio internacional.”

Además se afirma que se trata en suma, de normas transnacionales

que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y así mismo precisan, e incluso elaboran para ellos.

También podría definirse como la transnacionalización del derecho comercial internacional que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales.”²

En suma, se trata de un conjunto reglas de fuentes diversas, las cuales se caracterizan por ser dispersas, de carácter supranacional, compuestas por una serie de principios y reglas consuetudinarias, las cuales son amplia y uniformemente reconocidas y aplicadas en las transacciones internacionales. Estas reglas que componen a la *lex mercatoria*, gozan de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales y constituyen un grupo de reglas elaboradas con el fin de regular las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales.

¹ Walter René Cadena Afanador, p. 4

² Fundación Universitaria Los Libertadores, Facultad De Derecho Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, “Derecho Internacional Privado, Derecho Y Globalización: Naturaleza y Fuentes de la Nueva Lex Mercatoria.

b. Antecedentes Históricos

Los autores que han estudiado los antecedentes históricos de la *lex mercatoria* consideran que éstos se sitúan en la época medieval, aunque algunos consideran que podrían incluso ubicarse en antecedentes aún más remotos.³

Con el surgimiento en la Edad Media de la clase social la *Societas Mercatorum*, la cual se dedicó al comercio, el derecho mercantil alcanzó su primer fortalecimiento. Esta clase social del Medioevo estaba conformada por artesanos y comerciantes, quienes se agruparon en corporaciones y gremios. Como resultado de las actividades comerciales de esta clase social, se implementaron una serie de usos y costumbres que llegaron a conformar lo que se denominó como la *lex mercatoria*. Así las cosas, la historia ubica a auge de la *lex mercatoria* desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.⁴

Dentro de los eventos de mayor relevancia para el desarrollo de la *lex mercatoria*, se encontraron las ferias medievales, que fueron eventos que se celebraban cada año, las cuales asistían comerciantes de muchos lugares. Por lo cual, se puede indicar que apogeo del derecho comercial medieval surgió en Italia y luego se trasladó a otras regiones, tales como Holanda (las guildas flamencas), Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática).

A lo anterior se le debe agregar, el importante papel que representaron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII, las cuales poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial. No obstante a su origen consuetudinario, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados interlocales e internacionales.⁵

3 Por ejemplo Szabo cree que se remonta a las prácticas comerciales de los árabes en el siglo X. Walter René Cadena Afanador, págs. 4 y 5

4 La antigua *lex mercatoria* puede ubicarse entre los siglos XI y XII. Coincidiendo con el surgimiento de una nueva clase social integrada por comerciantes y artesanos, los cuales se organizaron en asociaciones y gremios conocida como *Societas Mercatorum*. Estas asociaciones que fueron formadas con una visión internacional, debido al aumento de la demanda de productos que a nivel local le eran imposible abastecer (materias primas, telas etc.) que al principio eran vistas como una clase de parias paulatinamente fue adquiriendo mayor poder gracias a su agremiación y la utilización del contrato comercial enfrentados a la inadecuación de las leyes. Enfrentados a la inadecuación de las leyes locales, los comerciantes –esos *pieds poudreux* (pies sucios) que llevaban sus bienes de ciudad en ciudad, de feria en feria, de mercado en mercado, a pie o a caballo– crearon para sí mismos un sistema jurídico que servía a sus intereses.” Fundación Universitaria Los Libertadores, Facultad De Derecho Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, “Derecho Internacional Privado, Derecho Y Globalización: Naturaleza y Fuentes de la Nueva *Lex Mercatoria*.”

5 “A esta *lex mercatoria* se la relaciona con la que funcionó en la Edad Media, básicamente entre los siglos X y XIII, cuando cortes de mercaderes especiales que funcionaban en lugares específicos (mercados, ferias y puertos) adjudicaban disputas entre comerciantes con referencia a las prácticas comerciales consuetudinarias, cuyas decisiones eran válidas y ejecutables bajo leyes nacionales porque los señores de la época reconocían los beneficios de un comercio eficiente. El énfasis era la rápida e informal resolución de las causas y su focalización sobre la flexibilidad, libertad contractual y la decisión de los casos “*ex aequo et bono*”, para acomodarse a la constante evolución de las costumbres mercantiles. Los jueces mismos eran comerciantes.” Ernesto Grún, p. 4

De esta manera, fueron los mismos mercaderes quienes desarrollaron la *lex mercatoria*, pero de igual manera fueron ellos mismo quienes aplicaron y e interpretaron la normativa comercial. Por eso se ha dicho, que la *lex mercatoria* fue un conjunto de normas para los mercaderes y por los mercaderes.

Dentro de las características que distinguieron a la *lex mercatoria* se encontraron ser universal, consuetudinaria, clasista, flexible, especial y autónoma. Estas particulares de la *lex mercatoria* ayudaron a su fortalecimiento, dado que el derecho civil medieval se caracterizó por su inoperatividad que impedía dar una solución a los conflictos surgidos con ocasión de las actividades comerciales de los mercaderes.

Posteriormente, a finales del siglo XVI decayó la importancia de la *lex mercatoria*. Lo cual ocurrió, debido a un interés de los Estados modernos de tener su propia normativa local, individualizada de las regulaciones de los demás Estados. Esto desembocó en que la *lex mercatoria* fuera “*borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.*”⁶

c. Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional, de UNIDROIT

A nivel internacional han existido numerosos intentos con el fin de unificar el derecho

internacional, ejemplos de ellos son los tratados internacionales, convenios internacionales, leyes modelo, entre otras. Sin embargo, ante la falta de fuerza jurídica éstos instrumentos de carácter internacional devienen en el desuso y de esta manera quedan sin aplicación práctica.

Específicamente, en el área del derecho comercial internacional se han hecho numerosos intentos por desarrollar normas de derecho que tiendan a la unificación y otorguen soluciones ágiles a los múltiples problemas que se suscitan en esta campo del derecho. Para esos fines, se han elaborado cláusulas y contratos modelos que tiendan a evitar la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos para den variadas soluciones a un conflicto en específico.

La iniciativa de UNIDROIT para la elaboración de los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional” se encamina hacia esa dirección. El proyecto de elaboración de los principios se remonta desde 1971 con la decisión del Consejo de Dirección de UNIDROIT de incluir este ideal en el programa de trabajo del instituto.

Los principios de UNIDROIT representan fundamentos generales de derecho que se encuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo. Por otra parte, dado que los principios están destinados a ofrecer un sistema de reglas especialmente concebidas

6 Walter René Cadena Afanador, págs. 4 y 5

en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales, ellos adoptan también soluciones que puedan considerarse adaptas para tales exigencias, si bien estas soluciones no sean todavía generalmente aceptadas.

Dentro de los principales objetivos de los principios de UNIDROIT se encuentran el instaurar un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que sean aplicados. Asimismo, los Principios de UNIDROIT tratan de evitar el uso de una terminología propia de un sistema jurídico determinado.

La fuerza jurídica de los principios radica precisamente en que los comerciantes se abstienen de aplicar el derecho nacional, para en su lugar regir las relaciones jurídicas de conformidad con los principios. Aunado a lo anterior, se encuentra el hecho de que los principios son suficientemente flexibles para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional. Al mismo tiempo los principios tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable.

Con respecto a los principios de UNIDROIT, el doctor Víctor Pérez Vargas ha indicado:

“Lejos de ser una mera compilación de usos y costumbres, los Principios son una codificación del derecho internacional de los contratos. La preparación de este instrumento implicó una ardua labor de estudios comparativos de los principales sistemas legales nacionales y de ciertos instrumentos internacionales como la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”.

Dentro del proceso de formación de la Lex Mercatoria, debe destacarse la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercancías. Ella constituye el antecedente más importante de los Principios de UNIDROIT (de 1994) y, al igual que esta normativa, ha determinado el contenido de la jurisprudencia arbitral de nuestros días.

Muchos principios de UNIDROIT tienen su claro origen en esta Convención de la cual son transcripción literal.”⁷

Los principios de UNIDROIT, han sido catalogados por la doctrina como un ejemplo

vivo de la nueva lex mercatoria, los cuales resultan ser de una aplicación práctica de vital importancia para la regulación de las relaciones jurídicas entre los comerciantes de esta nueva era, que se caracteriza por la complejidad de los negocios jurídicos llevados a cabo, conjuntamente con los adelantos de las tecnologías que se vislumbran como un gran reto que debe ser abordado por el derecho moderno.

La aceptación de los principios de UNIDROIT se reflejan en los múltiples fallos de los tribunales arbitrales internacionales y nacionales, quienes ante el acuerdo de las partes contratantes de aplicar dichos principios en lugar de las normas de derecho interno de cada país, han fundamentado sus decisiones en estos principios. De ahí el éxito y la aceptación en la comunidad internacional de los principios de UNIDROIT, los cuales ha sido revisados y ampliados hasta obtener la última versión en el año 2004.⁸

Lo anterior, se ve plasmado en el preámbulo de la versión 2004 de los principios de UNIDROIT, el cual indica lo siguiente:

“PREÁMBULO
(Propósito de los Principios)

8 “En este sentido, la “jurisprudencia” internacional, sea arbitral o no, ha llegado a aceptar la aplicación de los principios de UNIDROIT no sólo en el comercio internacional, sino también como apoyo a decisiones fundamentadas en derechos internos y, sobre todo, como la principal manifestación de la Lex Mercatoria: “de los principios generales de derecho y los principios generales de equidad comúnmente aceptados por los sistemas jurídicos de la mayoría de países”, siendo esta tendencia la que crece progresivamente a partir del año 2000. La jurisprudencia arbitral ha reconocido que estos principios no son completos: Laudos como el n° 9875, de enero de 1999, o el n° 7110, de abril de 1998, ambos de la Cámara de Comercio Internacional, señalan que los Principios de UNIDROIT son una de las diversas fuentes de la Lex Mercatoria, y que no agotan esta.” Anselmo Martínez, págs. 30 y 31.

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.”

d. La Nueva Lex Mercatoria

Tal y como fue explicado en los apartados anteriores, la lex mercatoria medieval concluyó cuando el Estado asumió la regulación directa del ordenamiento comercial, lo cual ocurrió con Luis XIV, el ministro Colbert y las Ordenanzas de 1673 y 1681.

No fue sino hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial que los Estados se preocuparon y buscaron mecanismos para impulsar el comercio internacional. Lo anterior, con el fin de lograr el crecimiento económico de los países devastados por la guerra y lograr de esta manera la recuperación económica. Por esta razón, se inició una etapa de flexibilización del intervencionismo estatal para dar lugar a una mayor participación de los comerciantes en el comercio mundial, reconociéndoles la facultad de crear material jurídico al amparo de la autonomía de la voluntad.

Sobre este punto en particular los autores han explicado que:

“Después de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente en las décadas de los sesenta y setenta, los usos comerciales van a adquirir una importancia mucho mayor debido, fundamentalmente, al enorme desarrollo del comercio internacional, al creciente aumento de las inversiones extranjeras

y al aumento de los préstamos internacionales en divisas. Estos factores económicos conducen a la utilización de nuevas formas jurídicas que provocan de alguna manera los siguientes fenómenos: a) el renacimiento de los usos del comercio internacional, contribuyendo a la configuración de códigos privados independientes de los derechos nacionales; b) la práctica comercial internacional, consistente en regular las partes por sí mismas - autonomía conflictual y autonomía material - y sus relaciones contractuales estableciendo para los mismos tipos de contratos cláusulas semejantes o muy similares, determinará la institucionalización de los contratos-tipo autonormativos. Los mercados financieros internacionales no son ajenos a este proceso; desde la década de los ochenta, la ingeniería financiera pone en el mercado, a velocidades vertiginosas, nuevos productos financieros de difícil encaje en el derecho mercantil tradicional.

Quizá, el punto, donde comience el disenso, está en el polémico origen no estatal ni internacional de sus reglas, es decir, en que la lex mercatoria, cuya fuente es privada, sea o no un conjunto de reglas no vinculadas, en principio, a la ninguna soberanía estatal. Este dato unido a la relevancia económica de las materias

que está llamada a regular, comercio y las finanzas internacionales, hacen que la lex mercatoria sea uno de los exponentes más significativos de cómo la globalización económica tiene una inmediata traducción jurídica. A partir de aquí encontramos una abundante y prolija discusión sobre su contenido, funciones y estructura.”⁹

Aunado a lo anterior, se observa el hecho el sistema de normas de Derecho Internacional Privado resulta de total inaplicabilidad para la resolución de los conflictos surgidos entre los operadores del creciente comercio internacional. Lo anterior, en virtud de que el comercio internacional del siglo XX pasó a estar dominado por grandes sociedades multinacionales norteamericanas y europeas que buscaban la creación de grandes monopolios protegidos por las

correspondientes potencias. Ante este panorama, las empresas multinacionales exigieron la aplicación de un derecho que se adaptara a la solución de sus problemas jurídicos, el cual debía proceder de los propios usos y costumbres impuestos por estas empresas en el mercado. Así las cosas, se ha llegado a indicar que la nueva lex mercatoria es la ley del más fuerte, en virtud que prevalece la decisión de los sujetos que tienen mayor poder económico en el mercado ante los participantes que carecen de coacción para imponer sus decisiones.

De lo anteriormente expuesto, se extrae que el derecho nacional resulta completamente obsoleto para la satisfacción de las necesidades tan imperiosas de esas compañías internacionales que dominan el mercado de obtener soluciones inmediatas y adecuadas a sus múltiples conflictos jurídicos.¹⁰

⁹ Francisco López Ruiz, El papel de la societates mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria, págs. 7 y 8

¹⁰ Se trata de la societates mercatorum o business community no sólo independiente, en buena medida de los Estados, sino también capaz de condicionarlos. No puede soslayarse, por tanto, la capacidad ni la necesidad de los agentes económicos operantes en el tráfico mercantil internacional en la creación progresiva de un marco jurídico-institucional propio que de respuestas a sus necesidades ofreciendo soluciones jurídicas coherentes y adecuadas al comercio internacional. Esto hace que al jurista actual “no se le pide sólo que interprete la ley, se le pide como en la época preindustrial, que utilice la técnica jurídica para satisfacer las necesidades cambiantes del mercado produciendo nuevos bienes o nuevas operaciones económicas”⁷. Se crea de esta manera una red de vínculos entre las corporaciones transnacionales, las grandes law firms⁸ internacionales e instituciones privadas internacionales que constituyen los cimientos de la nueva lex mercatoria. Los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, los principios generales del comercio internacional elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma.

Uno de los ejemplos más representativos y relevantes de estas instituciones creadoras de reglas jurídicas es la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con más de 7000 miembros de 130 países, donde conviven empresas y juristas altamente cualificados las diversas ramas del comercio internacional. Como señala Fernández Rozas, “la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC [...] para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales.” Francisco López Ruiz: Notas sobre la nueva lex mercatoria, págs.

Por lo tanto, es inminente el hecho de que ha surgido una nueva lex mercatoria que se deriva de la evolución y crecimiento de las empresas multinacionales que ven en este derecho consuetudinario la óptima solución a sus conflictos de carácter jurídico. Si bien es cierto, que esta nueva lex mercatoria tiene rasgos comunes y tiene sus bases en la lex mercatoria del Medioevo, no es posible dejar de lado que esta nueva lex mercatoria es mucho más compleja, tanto por la cantidad de sujetos que participan, como por las relaciones jurídicas tan cambiantes y de creación constante que debe regular y normativizar.

PARTE II: INCOTERMS

a. Concepto

El término incoterms corresponde a un acrónimo del idioma inglés, el cual significa International Commercial Terms.

Los incoterms han sido definidos como aquellas normas que regulan las condiciones de entrega de las mercancías. Se usan para dividir los costos de las transacciones comerciales internacionales, delimitando las responsabilidades entre el comprador y el vendedor. Actualmente, reflejan la práctica actual en el transporte internacional de mercancías.

En esta misma línea, el doctor Víctor Pérez Vargas define a los incoterms de la siguiente manera:

“Los INCOTERMS son recopilaciones de términos del comercio internacional con los que se expresan las obligaciones de compradores y vendedores. Se ha dicho que “son el principal elemento normativo utilizado en el comercio internacional de mercaderías” (Así MARZORATI, Derecho de los negocios internacionales, p. 164). Ellos ayudan a eliminar barreras lingüísticas y dan seguridad jurídica a las relaciones comerciales. Los usos y costumbres comerciales son la principal fuente de la Lex Mercatoria. Se encuentran en la vida y siguen las transformaciones de la realidad (elemento material). Normalmente son de conocimiento de los operadores del comercio quienes asumen que son de aplicación a sus contratos (elemento psicológico: opinio iuris atque necessitatis). Estos pueden estar recopilados o no.

Desde hace algún tiempo la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, se ha venido preocupando por realizar recopilaciones actualizadas de los usos y costumbres del comercio internacional.

Especial mención merecen las Reglas y usos uniformes sobre crédito documentario y los INCOTERMS, que son una recopilación de las prácticas relativas al significado de

11 Víctor Pérez Vargas, Revista Iustitia. Año 14. N° 164 – 165 agosto – setiembre 2000.

ciertos términos de la compraventa internacional.”¹¹

A lo anterior se le debe agregar que simplifican la redacción, ayudan a evitar discusiones o controversias al establecer, en forma clara, las obligaciones del comprador y el vendedor y aportan coherencia a un sistema comercial y judicial.

Dentro de los objetivos que le han sido encomendados se encuentran la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre las partes en un contrato de compraventa internacional.¹²

b. Antecedentes Históricos

Las mismas causas que le dieron origen a la nueva lex mercatoria, las cuales se basan fundamentalmente en las actividades económicas iniciadas por las empresas multinacionales a inicios del siglo XX, han sido las que han propiciado la idea que crear una serie de reglas que pudieran ser

aplicadas en la regulación y solución de las controversias surgidas con ocasión de las relaciones de comercio internacional.

Lo anterior, dado que “a los empresarios que a título individual o mediante agrupaciones de sociedades mercantiles, en el tráfico diario internacional se le empezaron a presentar principalmente tres problemas:

- a) Desconocimiento de las leyes en otros estados,*
- b) Desconocimiento de los usos y costumbres mercantiles en otros estados y*
- c) Desconocimiento del idioma.”¹³*

Los incoterms fueron creados por parte de la Cámara de Comercio Internacional, el Comité de Términos Comerciales, la cual intervino con el objetivo de crear unas normas sintéticas y de carácter facultativo que permitieran conocer en forma concreta, cuales son los derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes.

12 Los Incoterms son un conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional. Los Incoterms también se denominan cláusulas de precio, pues cada término permite determinar los elementos que lo componen. La selección del Incoterm influye sobre el costo del contrato. El propósito de los Incoterms es el de proveer un grupo de reglas internacionales para la interpretación de los términos más usados en el Comercio internacional.

Los Incoterms determinan:

- El alcance del precio.
- En que momento y donde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador.
- El lugar de entrega de la mercadería.
- Quién contrata y paga el transporte
- Quién contrata y paga el seguro
- Qué documentos tramita cada parte y su costo.”

<http://www.businesscol.com/comex/incoterms.htm>

13 www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/.../LOS%20INCOTERMS.pdf

Tal y como lo explica el doctor Víctor Pérez Vargas, en la historia de los incoterms han sido creadas las siguientes versiones:

“INCOTERMS 1953. Ex Works, Franco vagón, FAS, FOB, CF, CIF, "Flete o porte pagado hasta..." y "Sobre muelle".

INCOTERMS 1967. Agregan : "Entregado en frontera" (indicando la frontera convenida) y "Entregado..." (indicando el lugar de destino en el país del comprador).

INCOTERMS 1976. Agregan "FOB Aeropuerto"

INCOTERMS 1980. Agregan : "Libre transportista : Free carrier" y "Transporte y seguro pagado hasta... : Freight and insurance paid to...", adaptado para todo medio de transporte incluso el multimodal.

INCOTERMS 1990. En 1990 se da

una importante revisión a raíz del uso de EDI y del desarrollo del transporte mediante contenedores.

(...)

INCOTERMS 2000. Mantienen básicamente la estructura y contenido de los INCOTERMS 90.”¹⁴

A las versiones anteriores de los incoterms se le deben agregar los incoterms 2010, los cuales serán aplicados en el apartado siguiente.

Nuevos Incoterms 2010 y la diferencia con los Incoterms 2000

Derivado de la revisión del texto de los incoterms, se realizó una modificación para la emisión de los incoterms 2010. Lo cual conllevó, a que se eliminaran cuatro reglas y se crearan dos, quedando únicamente 11 reglas vigentes.

Incotems que se crearon	Incoterms que se eliminaron
<ul style="list-style-type: none"> • DAT (Delivered at Terminal) • DAP (Delivered at Place) que sustituyen a los 4 Inconterm. 	<ul style="list-style-type: none"> • DAF (Delivered at Frontier) • DES (Delivered Ex-Ship) • DEQ (Delivered Ex-Quay) • DDU (Delivered Duty Unpaid).

La característica principal de los nuevos incoterms es que la entrega se da en un punto previamente acordado. En DAT la mercancía es descargada del vehículo (función que desempeñaba el Incoterm DEQ) y en el DAP hay cobertura hasta antes de descargarla (función que desempeñaban los Incoterms DAF, DES, y DDU).

A continuación se detallan los actuales incoterms que se encuentran vigentes.

a. Grupo E, Salida

a. EXW - Ex Works

- Incluya el lugar de entrega designado.
- Se usa con cualquier medio y cuando se emplea más de un medio.
- Más adecuada para el comercio nacional,

en tanto el FCA es para el comercio internacional.

- El vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en sus instalaciones o en otro lugar designado –taller, fábrica, almacén.
- El vendedor no carga la mercancía ni la despacha para exportación.
- Obligación mínima del vendedor.
- Muy importante señalar el lugar de entrega, el **vendedor** asume los costos y riesgos hasta dicho punto.
- El **comprador** corre con los gastos y riesgos desde el punto acordado.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que deja la mercancía disposición del comprador en los almacenes del vendedor.

EXW es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.¹⁵

b. Grupo F, Sin pago del transporte principal

a. FCA - Free Carrier

14 Víctor Pérez Vargas, Revista Ivstitia. Año 14. N° 164 – 165 agosto – setiembre 2000

15 Tomado de la página 'http://www.areadepymes.com/?tit=exw-ex-works-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcab

FCA (incluya el lugar de entrega designado). FRANCO PORTEADOR O TRANSPORTISTA. Free Carrier (named place)

- Se usa con independencia del medio de transporte y cuando se emplea más de un medio.
- Franco Porteador significa que la empresa vendedora entrega la

mercancía al porteador o a otra persona designada por el comprador en las instalaciones del vendedor o en otro lugar designado, dentro del país de origen (locales de una estación ferroviaria o la aduana). Terminales de exportación

- Se debe especificar el punto de entrega. El comprador asume el riesgo en ese punto.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que deja la mercancía despachada en la aduana para su exportación.

FCA es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.¹⁶

b. FAS - Free Alongside Ship
FAS (incluya el puerto de embarque designado). FAS Free Alongside Ship FRANCO AL COSTADO DEL BUQUE.

- Franco al Costado del Buque significa que la empresa vendedora realiza la entrega cuando la mercancía se coloca al costado del buque designado por la empresa compradora (por ejemplo, en el muelle o en una barcaza) en el puerto de embarque designado.

- El riesgo de pérdida o daño se transmite cuando la mercancía está al costado del buque, y la empresa compradora corre con todos los costos desde ese momento en adelante.
- Los costos y los gastos de manipulación asociados pueden variar según los usos del puerto.
- Se exige al vendedor o que entregue la mercancía al costado del buque o que proporcione la mercancía así ya entregada para el embarque.

- Cuando la mercancía está en contenedores, es habitual que el vendedor ponga la mercancía en poder del porteador en una terminal y no al costado del buque. En tales situaciones, la regla que debería utilizarse es FCA.
- FAS exige al vendedor que despache la mercancía para la exportación, cuando sea aplicable. Sin embargo, el vendedor no tiene ninguna obligación de despacharla para la importación, pagar ningún derecho de importación o llevar a cabo ningún trámite aduanero de importación.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades cuando la mercancía ha sido colocada al costado del buque, sobre el muelle o en barcazas, en el puerto de embarque convenido

FAS es un término utilizado exclusivamente para transporte por barco, ya sea por mar o vías fluviales.¹⁷

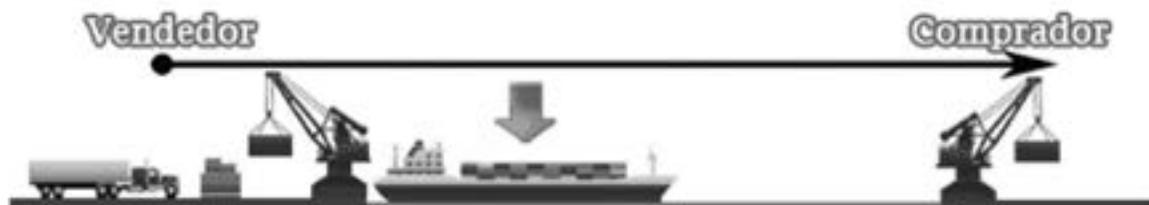
c. FOB - Free On Board

FOB (incluya el puerto de embarque designado). FOB Free on Board. FRANCO A BORDO.

¹⁶ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=exw-ex-works-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcab>

¹⁷ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=fas-free-alongside-ship-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcad>

- Franco a Bordo significa que la empresa vendedora entrega la mercancía a bordo del buque designado por la compradora en el puerto de embarque designado o proporciona la mercancía así ya entregada.
- El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque, y la empresa compradora corre con todos los costos desde ese momento en adelante.
- Se exige al vendedor o que entregue la mercancía a bordo del buque o que proporcione la mercancía así ya entregada para el embarque.
- Si la mercancía se pone en poder del porteador antes de que esté a bordo del buque, por ejemplo, con la mercancía en contenedores, que se entrega habitualmente en una terminal, se usa FCA.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades cuando la mercancía ha sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

FOB es un término utilizado exclusivamente para transporte por barco, ya sea por mar o vías fluviales.¹⁸

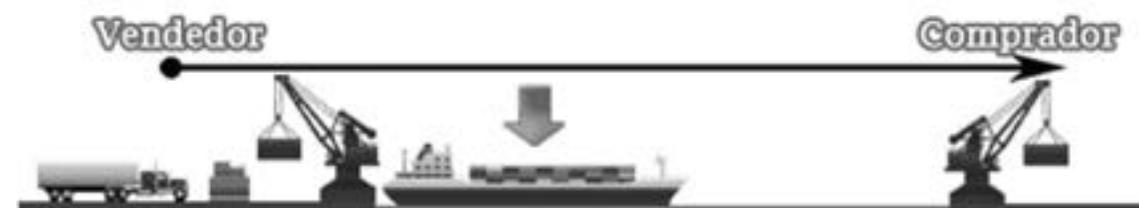
c. Grupo C, Con pago del transporte principal

a. CFR - Cost and Freight

CFR (incluya el puerto de destino designado).
FR (Cost and Freight). COSTO Y FLETE.

- Costo y Flete significa que la empresa vendedora entrega la mercancía a bordo del buque o proporciona la mercancía así ya entregada.

- El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque.
- El vendedor debe contratar y pagar los costos y el flete necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino designado y cuando la pone en poder del porteador como en CPT, CIP, CFR o CIF.
- El riesgo y los costos se transfieren en lugares diferentes. El contrato puede especificar un puerto de destino, pero podría no indicar el puerto de embarque, lugar en que el riesgo se transmite al comprador.
- Si el vendedor incurre en costos según el contrato de transporte que estén relacionados con la descarga en el punto especificado en el puerto de destino, no tiene derecho a recuperarlos del comprador a menos que las parte lo acuerden de otro modo.
- El vendedor entrega la mercancía a bordo del buque o se exige que proporcione la mercancía así ya entregada para el embarque hasta el destino. Además, se le exige que formalice un contrato de transporte o que lo proporcione.
- La entrega de mercancías al porteador antes de que esté a bordo, en contenedores por ejemplo, en una terminal, utilizaría la CPT.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades cuando la mercancía ha sobrepasado la borda del buque en el puerto

de embarque convenido. Se diferencia del FOB en que el vendedor se hace cargo de todos los costes, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino.

CFR es un término utilizado exclusivamente para transporte por barco, ya sea por mar o vías fluviales.¹⁹

¹⁸ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=fob-free-on-board-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcae>

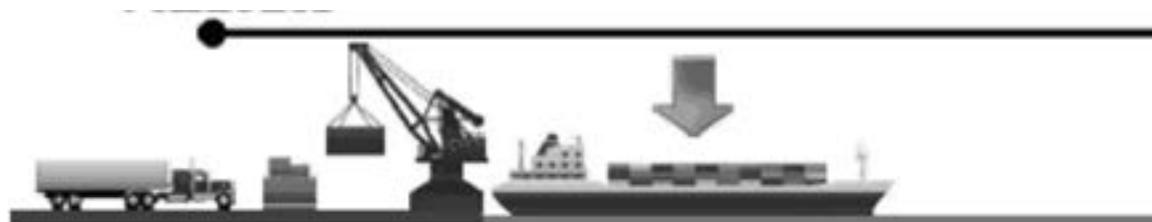
¹⁹ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=cfr-cost-and-freight-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcaf>

b. CIF - Cost, Insurance and Freight

CIF (incluya el puerto de destino designado).
COSTO, SEGURO Y FLETE. CIF
(Cost, Insurance & Freight)

- El vendedor entrega a bordo del buque. Por lo tanto el riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque.
- El vendedor contrata y pago los costos del flete para llevar la mercancía hasta el puerto de destino designado.
- El vendedor también contrata la cobertura de seguro contra el riesgo del comprador de pérdida o daño a la mercancía durante el transporte.
- En condiciones CIF se exige al vendedor que obtenga un seguro con sólo una cobertura mínima.

- La empresa cumple con su obligación cuando pone la mercancía en poder del porteador y no cuando la mercancía llega al lugar de destino.
- Si el vendedor incurre en costos según el contrato de transporte que estén relacionados con la descarga en el punto especificado en el puerto de destino, no tiene derecho a recuperarlos del comprador a menos que las partes lo acuerden de otro modo.
- Se utiliza CIF si la mercancía se pone en poder del porteador antes de que esté a bordo del buque, como ocurre con la mercancía en contenedores, que se entrega normalmente en una terminal.
- CIF exige que el vendedor despache la mercancía para la exportación, cuando sea aplicable.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades cuando la mercancía ha

sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido. Se diferencia del FOB en que el vendedor se hace cargo de todos los costes, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino. Y se diferencia del CFR

en que el vendedor está obligado a contratar un seguro durante el transporte principal donde sea beneficiario el comprador.

CIF es un término utilizado exclusivamente para transporte por barco, ya sea por mar o vías fluviales.²⁰

c. CPT - Carrier Paid To

CPT (incluya el lugar de destino designado).
TRANSPORTE PAGADO HASTA Carriage
Paid To (named place of destination).

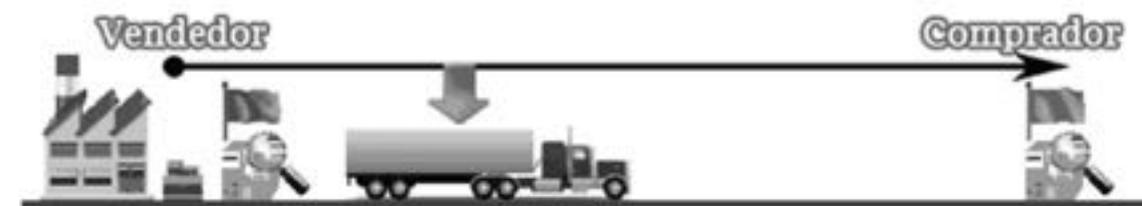
- El vendedor entrega la mercancía al porteador o a otra persona designada por el vendedor en un lugar acordado (si dicho lugar se acuerda entre las partes).

El vendedor contrata y paga los costos del transporte necesario al lugar de destino pero cumple su obligación cuando pone la mercancía en poder del porteador y no cuando la mercancía llega al lugar.

Así el riesgo se transmite y los costos se transfieren en lugares distintos. El riesgo se transmite al comprador en el lugar de entrega y el costo es del vendedor en el lugar de destino.

En caso de varios porteadores y no hay acuerdo específico, el riesgo se transmite cuando la mercancía se ha entregado al primer porteador. Aplicable para el transporte multimodal, terrestre-marítimo.

El riesgo se transmite entonces en el país de origen



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en

el que deja la mercancía a disposición del transportista o transitario.

CPT es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.²¹

²⁰ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=cif-cost-insurance-and-freight-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcag>

²¹ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=cpt-carrier-paid-to-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcah>

d. CIP - Carriage and Insurance Paid To

CIP (incluya el lugar de destino designado). CIP TRANSPORTE Y SEGURO PAGADOS HASTA. Carriage and insurance paid (to) (named place of destination).

- El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al punto convenido en el país de destino –lugar de destino designado-.
- El riesgo se transfiere al comprador en el momento de la entrega de la mercancía al transportista dentro del país de origen. Aunque el seguro lo ha contratado el

vendedor, el beneficiario del seguro es el comprador.

- El vendedor también contrata la cobertura del seguro contra el riesgo del comprador de pérdida o daño causados a la mercancía durante el transporte. La cobertura que se exige es mínima, caso contrario se tiene que acordar expresamente.
- La empresa vendedora cumple con su obligación de entrega cuando pone la mercancía en poder del porteador y o cuando la mercancía llega al lugar de destino



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que deja la mercancía a disposición del transportista o transitario. Se diferencia

del término CPT en que el vendedor ha de conseguir un seguro para la carga contra el riesgo de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte.

CIP es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.²²

²² Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=cip-carriage-and-insurance-paid-to-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcaj>

d. Grupo D, Llegada

DAT - Delivered At Terminal

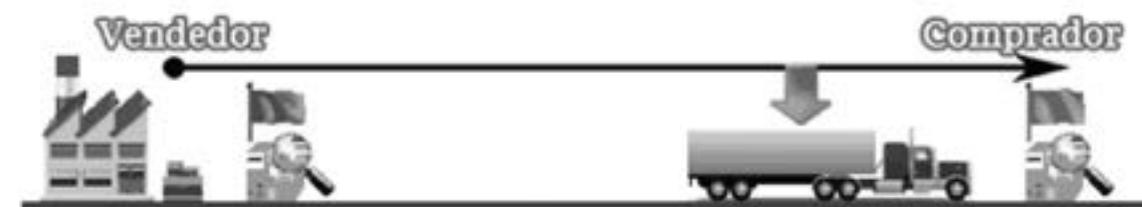
DAT (incluya la terminal designada en el puerto o lugar de destino). DAT ENTREGADA EN TERMINAL NUEVA REGLA. DAT (Delivered at terminal)

- Entrega en Terminal significa que la empresa vendedora realiza la entrega cuando la mercancía, una vez descargada del medio de transporte de llegada, se pone a disposición de la empresa compradora en la terminal designada en el puerto o lugar de destino designados. (terminal área, marítima o terrestre). La DEQ desaparecida lo refería al transporte marítimo y el DAF al transporte multimodal.

- Terminal incluye cualquier lugar, cubierto o no, como un muelle, almacén, estación de contenedores o terminal de carretera, ferroviaria o aérea. La empresa vendedora corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta la terminal en el puerto o en el lugar de destino designados y descargarla allí.

- El vendedor asume los riesgos hasta la terminal o el punto específico de la terminal en el puerto o lugar de destino acordado. Esto se puede definir en el contrato de transporte.

- Si la intención es que el vendedor corra con los riesgos y costos de transportar y manipular la mercancía desde la terminal a otro lugar, deberá usarse otras reglas como DAP o DDP.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que

deja la mercancía colocada en la Terminal definida.

DAT es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.²³

²³ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=dat-delivered-at-terminal-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcaj>

b. DAP - Delivered At Place

DAP (incluya el lugar de destino designado). DAP (Delivered At Place) NUEVA REGLA. ENTREGADA EN LUGAR.

- La empresa vendedora realiza la entrega cuando la mercancía se pone a disposición de la compradora en el medio de transporte de llegada preparada para la descarga en el lugar de destino. Se refiere a entregas en el punto convenido en el país de destino.
- El vendedor corre todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar designado.

- Permite una mayor flexibilidad respecto al punto de entrega.
- El vendedor entregará las mercancías sin tomar las formalidades aduaneras de importación, que queda reservado al DDP. Reemplaza DAF y DDU.
- Se recomienda al vendedor que proporcione contratos de transporte que se ajusten con precisión a esta elección.
- Se exige que el vendedor haga el despacho de exportación no así el de importación. Caso contrario utilizaría la regla DDP



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que deja la mercancía en un vehículo listo para ser descargado a disposición del comprador. DAP es un término multimodal, por lo que

es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.²⁴

DDP - Delivered Duty Paid

DDP (incluya el lugar de destino designado). DP (Delivered Duty Paid). ENTREGADA DERECHOS PAGADOS.

²⁴ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=dap-delivered-at-place-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcak>

- Entrega Derechos Pagados significa que la empresa vendedora entrega la mercancía cuando ésta se pone a disposición de la compradora.
- La empresa vendedora corre con todos los costos y riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar de destino y tiene la obligación de despacharla, no sólo para la exportación, sino también para la importación y de llevar a cabo todos los trámites aduaneros.
- DDP representa la máxima obligación para la empresa vendedora.
- No se debe utilizar DDP si el vendedor no puede efectuar el despacho de importación.
- Si las partes desean que la empresa compradora corra con todos los riesgos y costos del despacho de importación, debería utilizarse la regla DAP.
- El IVA o cualquier otro impuesto pagadero a la importación son por cuenta del vendedor, salvo pacto en contrario.



La flecha verde hacia abajo (↓) indica el momento de la entrega por parte del vendedor, lo que conlleva el final de sus responsabilidades para con la mercancía. En este caso, el vendedor cumple con sus responsabilidades en el momento en el que deja la mercancía en el punto convenido en el país de destino.

DDP es un término multimodal, por lo que es utilizado con cualquier modalidad de transporte principal.²⁵

PARTE III: REGLAS DE YORK AMBERES (THE YORK-ANTWERP RULES 2004)

a. Concepto

La doctrina ha definido a las reglas de York Amberes como:

“(...) un código voluntariamente establecido para mantener la uniformidad internacional en el

²⁵ Tomado de la página <http://www.areadepymes.com/?tit=ddp-delivered-duty-paid-guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=em0bcak>

*tratamiento de la Avería Gruesa. No forman parte de leyes nacionales o convenciones internacionales, sino que son introducidas a la práctica jurídica por la aceptación voluntaria de los diversos grupos que componen la comunidad marítima internacional.*²⁶

Adicionalmente, se ha indicado que “no son normas jurídicas, sino reglas prácticas de carácter voluntario internacional para la liquidación de las averías: los interesados en la justificación y liquidación de las averías podrán convenirse y obligarse mutuamente en cualquier tiempo acerca de la responsabilidad, liquidación y pago de ellas.”²⁷

Desde esta perspectiva, las reglas de York Amberes se refieren a aquellas reglas de aplicación internacional, que no forman parte de un ordenamiento jurídico estatal, sino que son creadas y aplicadas por los comerciantes con el fin de dar solución a las controversias que surjan de la avería gruesa.²⁸

b. Antecedentes Históricos

Las reglas de York Amberes fueron promulgadas por primera vez en 1877 y

surgieron del esfuerzo común de armadores, propietarios de cargamento liquidadores y aseguradores de las ciudades de Glasgow, Londres, Liverpool, York, Amberes y Génova para dotar al instituto de avería gruesa de un marco legal común aceptado internacionalmente.

Le ha correspondido al Comité Marítimo Internacional (CMI) desde 1924 la custodia de estas normas y es en las Asambleas Generales de este órgano que se discuten sus modificaciones. No obstante, dicho comité por su condición de organización internacional privada compuesta por las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo y dedicada a la unificación del Derecho Marítimo, carece de fuerza coactiva para imponer las reglas de York Amberes.

Hoy en día, las reglas de York Ambers son el único cuerpo normativo que aunado a las legislaciones nacionales, regula la aplicación y liquidación de la avería gruesa.

Las diferentes versiones de las reglas de York Amberes han pasado por una serie de modificaciones en 1890, 1924, 1950, 1974, 1994, 2004, las cuales se detallan a continuación.²⁹

²⁶ Carlos Valenciano Góngora, p. 104.

²⁷ <http://www.proz.com/kudoz/616285#1570382>

²⁸ “Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha hecho o contraído intencionada y razonablemente algún gasto o sacrificio extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a las propiedades comprometidas en un riesgo marítimo común. Sus consecuencias económicas se distribuyen proporcionalmente entre los bienes beneficiados por dicho acto voluntario.” <http://www.definicionlegal.com/definicionde/AveriaGruesacomun.htm>

²⁹ Tomado de la página <http://www.proz.com/kudoz/616285#1570382>

a. Glasgow Resolutions

El organismo conocido como National Association for the Promotion of Social Ciencias, con sede en Londres, se reúne en 1860 por presiones de los aseguradores de casco con la idea de redactar un proyecto de ley uniforme con objeto de presentarlo ante el Parlamento. Este proyecto contiene una serie de casos para la avería común.

Se entregó al Parlamento pero no se aprobó. No obstante los aseguradores de mercancías optan por no variar lo que tradicionalmente y recogido en luyes y usos anteriores se venía haciendo.

b. York Rules (1864)

Consta de once reglas, siendo el organismo encargado de su estudio la Asociación para la Reforma y Codificación de las Leyes de las Naciones.

Pese a que no se aprobó por el Parlamento, se recomienda su incorporación al Derecho interno y su inclusión en los conocimientos de embarque y pólizas de fletamento.

c. York & Antwerp Rules (1877)

Se reúnen en Amberes, y de ahí su nombre. Elaborada por la misma asociación anterior, consta de doce reglas. El Lloyd’s se opone a dicha elaboración, llevándose a cabo una modificación de las de York de 1864.

Se trata de conseguir un acuerdo entre armadores, cargadores, etc., para insertar una cláusula con objeto de liquidar las averías según estas reglas. A partir de aquí adquieren el nombre de Reglas de York y Amberes (York & Antwerp Rules).

d. York & Antwerp Rules (1890)

La misma asociación se reúne ahora en Liverpool. Se aumenta el número de reglas a 18, con la excusa de cambiarlas para su adaptación.

Estas reglas se adoptan o aceptan en todo el mundo, siendo fundamentales (desgraciadamente). Surge a partir de aquí la rivalidad entre la “common safety” y el “common benefit”. Siendo negativa, pues se destruye la institución clásica de la avería común al primar el common benefit sobre la common safety.

e. York & Antwerp Rules (1924)

Se reúne, en esta ocasión en Estocolmo, el mismo organismo anterior. Se aumenta a 30 el número de reglas (7 alfabéticas y 23 numéricas). Tratan de confeccionar un proyecto de Código uniforme que contuviera unos principios generales (reglas alfabéticas) y luego unos casos prácticos (reglas numéricas). Sin embargo no tienen aceptación.

En los EE.UU no fueron aceptadas, donde se incluyó una cláusula especial mediante la

cual tan sólo se aplicarían las reglas 1 a la 15, 17 a la 22 y la alfabética F.

f. York & Antwerp Rules (1950)

Esta vez se reúnen en Amsterdam, apareciendo como organismo el Comité Marítimo Internacional (CMI). Son 30 reglas, una de interpretación, 7 alfabéticas y 22 numéricas.

Con la regla de interpretación se da un criterio para el orden a seguir en cuanto a la prioridad de unas sobre otras.

g. York & Antwerp Rules (1974)

En esta ocasión se reúnen en Hamburgo, siendo el organismo el CMI. Se adaptan las reglas al comercio actual y son confeccionadas de tal forma que hacen tambalear y perder credibilidad a las YAR.

Estas reglas fueron modificadas en 1990.

h. York & Antwerp Rules (1994)

El pasado 7 de octubre, los delegados representantes de las Asociaciones de Derecho Marítimo del CMI, reunidos en asamblea en Sidney, han aprobado el nuevo texto de las Reglas de York y Amberes que viene a modificar el conocido y utilizado como "Reglas de York y Amberes de 1974".

El nuevo texto entró en vigor el 1 de enero de 1995.

i. York-Antwerp Rules 2004

c. Reglas de York-Amberes 2004

El Comité Marítimo Internacional, en su conferencia celebrada en Vancouver del 31 de mayo al 4 de junio de 2004, realizó una revisión de las Reglas de York y Amberes de 1994 y aprobó un nuevo texto que se conoce como reglas de "York y Amberes de 2004".

Las modificaciones introducidas por medio de las Reglas de York Amberes 2004 fueron específicamente sobre las siguientes reglas:

a. Regla VI: Remuneración de Salvamento

b. Regla XI. Gastos en el Puerto de Refugio.

c. Regla XIV. Reparaciones Temporales.

d. Regla XX. Provisión de Fondos.

e. Regla XXI. Intereses sobre pérdidas.

f. Artículo XXIII. Barra de tiempo.

CONCLUSIÓN

Tal y como fue abordado en este trabajo de investigación, las nuevas fuentes de la *lex mercatoria* han florecido a partir de insuficiencias muy específicas que han sido obstaculizando el avance y desarrollo vertiginoso del comercio internacional. Lo anterior, a partir del surgimiento de las

empresas multinacionales de principios del siglo XX, aún más es posible remontar estos antecedentes a partir de la revolución industrial del siglo XIX. Sin embargo, el precursor de mayor peso en las nuevas fuentes de la *lex mercatoria* se ha dado a partir del inminente avance acelerado de las empresas multinacionales de principios del siglo XX.

Así las cosas, las relaciones jurídicas que han nacido a partir del comercio internacional, implementado por estas empresas multinacionales ha sido un gran reto para el derecho nacional de cada Estado, en virtud de que no ha ido capaz de dar soluciones ágiles y adecuadas a las controversias de carácter jurídico derivadas de esas nuevas relaciones de comercio internacional. Lo anterior, dado que dichas empresas exigen soluciones rápidas y apropiadas que sean coherentes con el sistema que utilizan para llevar a cabo el comercio internacional, o sea, que no entorpezcan el contante desarrollo de sus actividades comerciales. En este punto, es que el derecho nacional de cada Estado no ha cumplido con las expectativas del comercio internacional, dado que las soluciones que ofrece este derecho son bastante engorrosas, además involucran mucho tiempo que desde el punto de vistas de estas empresas es totalmente contrario a sus intereses.

Por esta razón, estas empresas multinacionales han debido recurrir a la preparación de sus propias normas, las

que en su mayoría se caracterizan por ser consuetudinarias y de aplicación facultativa. No obstante, la mayor conquista de estas nuevas fuentes de la *lex mercatoria* ha sido su aplicación en los tribunales arbitrales, por medio de la aceptación de las propias partes, interesadas obtener una solución más ajustada a sus intereses en el menor tiempo posible.

Si bien es cierto, esta *lex mercatoria* y sus derivaciones han dado muchos beneficios a los partícipes del comercio internacional, tampoco se debe dejar de lado que esta nueva *lex mercatoria* constituye el derecho del más fuerte, en virtud de que los pequeños participantes del comercio internacional se encuentran supeditados a los intereses de los grandes.

Ante este panorama nacen tanto ventajas como perjuicios para los partícipes del comercio internacional:

Ventajas

i. Constituye un esfuerzo interesante en ajustar el derecho al proceso de globalización del derecho comercial.

ii. Instituye una ligera y firme opción procesal en contraposición a las alternativas de solución de conflictos que ofrecen el derecho nacional de cada Estado.

iii. Le da mayor relevancia al principio de la autonomía de las partes en un contrato internacional.

Desventajas

- i. Aparecimiento de desigualdades en la protección jurídica entre los comerciantes más fuerte en relación con los comerciantes pequeños.
- ii. Surgimiento de abusos por parte de posición dominante ante la defensa de la autonomía contractual.
- iii. Falta de seguridad en la normativa mercantil internacional generada por la búsqueda de mayor flexibilidad regulatoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. Anselmo Martínez, "Bloque temático I: La nueva lex mercatoria. Instrumentos de Derecho mercantil uniforme: de CNUDMI, de UNIDROIT, de la CCI, y otras fuentes". Primera edición: marzo 2009. Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears. ocw.uib.es/ocw/derecho/derecho-del-comercio.../Bloque-tematico-1.pdf
2. Ernesto Grün, "Los Nuevos Sistemas Jurídicos del Mundo Globalizado. Revista Telemática de Filosofía del Derecho", nº 4, 2000/2001, pp. 1-13. www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero4/1-4.pdf
3. Fundación Universitaria Los Libertadores, Facultad De Derecho Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, "Derecho Internacional Privado, Derecho Y

Globalización: Naturaleza y Fuentes de la Nueva Lex Mercatoria." html.rincondelvago.com/derecho-y-globalizacion_naturaleza-y-fuentes-de-la-nueva-lex-mercatoria.html

4. Francisco López Ruiz, "El papel de la sociedades mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria" Dpto. Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero4/1-4.pdf
5. Alejandro Faya Rodríguez, "La Nueva Lex Mercatoria: Naturaleza y Alcances." www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/.../pr5.pdf
6. Francisco López Ruiz, "Notas sobre la nueva Lex Mercatoria". Departamento Filosofía del Derecho Universidad de Alicante. Revista de Derecho del Mercado Financiero, diciembre 2007. rdmf.files.wordpress.com/.../lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf
7. Carlos Eduardo Valenciano Góngora, "La Avería Gruesa: Reflexiones críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido de la Lex Marítima." Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008.
8. Víctor Pérez Vargas, Transporte Marítimo, San Pedro de Montes de Oca, 2002.
9. Víctor Pérez Vargas, Congreso Internacional Presente y Futuro del Arbitraje Comercial Internacional en Costa Rica Hotel Intercontinental. Comisión de Arbitraje I.C.C. Costa

Rica. San José, Costa Rica, 24 Y 25 de Febrero 2010.

10. Jorge Alberto Silva. Estudios sobre Lex Mercatoria, Una realidad Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 2006.
11. Incoterms: International Commerce Terms. <http://www.businesscol.com/comex/incoterms.htm>
12. Presentan nuevas reglas INCOTERMS 2010. <http://www.procomer.com/contenido/news/2011/02/11/presentan-nuevas-reglas-incoterms-2010.html>
13. Comercio cambia de terminología <http://www.elperiodico.com.gt/es/20101104/economia/181035>
14. Los Incoterms. <http://www.monografias.com/trabajos16/incoterms/incoterms.shtml>
15. César Mendieta, Nuevos Incoterms 2010 – 201, March 20, 2011. <http://inpechi.org/nuevos-incoterms-2010-2011.html>
16. INCOTERMS2010. <http://www.mediafire.com/?nbodicbrwpg1cc2>

17. Departamento Virtual de Comercio y Marketing. Nuevos "Incoterm 2011" Nuevos "Incoterms 2011".
18. www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/.../LOS%20INCOTERMS.pdf
19. Víctor Pérez Vargas, "LOS INCOTERMS 2000". Revista Ivstitia. Año 14. Nº 164 – 165 agosto – setiembre 2000.
20. <http://www.comitemaritime.org/National-Maritime-Law-Associations/0,2713,11332,00.html#C>
21. <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>
22. El Motivo de las Reglas De York – Amberes 2004. urubamba.es/.../Trabajo%20sobre%20la%20Avería%20Gruesa.doc
23. www.encyclopedia-juridica.biz14.com/.../york-y-amberes/reglas-de-york-y-amberes.htm
24. http://www.riskmexico.com/magazines/magazine57/asp/articulo_ace.asp
25. <http://www.areadepymes.com/?tit=guia-de-incoterms-2010&name=Manuales&fid=eh00022>

EL CONCEPTO DE HACIENDA DESDE LAS CIENCIAS ECONÓMICAS Y EL DERECHO MERCANTIL

Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón

Abogada y Contadora Pública Autorizada
Especialidad en Administración Pública
Máster en Gestión Pública

Resumen:

La figura de la Hacienda para la empresa se encuentra regulada por el derecho mercantil como el conjunto de bienes, derechos, recursos, obligaciones y compromisos que posee la empresa para llevar a cabo su actividad lucrativa.

La Hacienda está integrada por:

El establecimiento mercantil o industrial: Se refiere al conjunto de bienes materiales e inmateriales que la empresa posee para desarrollar su actividad, estos bienes se relacionan con la figura de los activos de las ciencias económicas.

En el establecimiento mercantil también se incluyen los compromisos y obligaciones que pudiera tener con un tercero, sea un con un acreedor, un socio, un accionista y similares; lo anterior se vincula con los pasivos y las cuentas de capital que reflejan compromisos de la empresa con sus socios e inversionistas.

El aviamiento: Se refiere a la capacidad que posee el negocio para ser exitosos, tales como la habilidad del comerciante para detectar y aprovechar las oportunidades del mercado, la posición estratégica, la fidelidad del cliente y demás elementos que no se incluyen dentro de la información financiera pero que poseen gran relevancia al momento de determinar el valor del negocio.

Los libros contables: Todo comerciante posee dos obligaciones financieras básicas, que son llevar la contabilidad de forma actualizada y en orden, y conservar los documentos que respaldan las transacciones comerciales.

El comerciante está obligado a llevar como mínimo tres libros contables, que son: El libro de diario, el libro mayor y el libro de inventarios y balances. Cuando el ordenamiento jurídico establece la obligación de llevar los libros contables se refiere

a la totalidad de la información financiera de la empresa, pues el espíritu del legislador es que cualquier tercero interesado en el negocio, sea un socio, un accionista, un acreedor, el Estado o similar, con la intención de que posean los datos suficientes para tomar decisiones acertadas.

Lo anterior, se vincula con el cambio que ha tenido la contabilidad en los últimos, pues ha pasado de ser un instrumento que genera información para lo interno de la empresa, es decir, únicamente para el comerciante, a ser un instrumento

que formule información para los terceros vinculados con la empresa. En síntesis se puede afirmar que la Hacienda como la globalidad de los elementos integrantes de la empresa según nuestro ordenamiento jurídico, posee una vinculación directa con los instrumentos propios de las ciencias económicas.

Palabras clave:

- La Hacienda
- Establecimiento mercantil o industrial
- Balance de Situación
- Aviamiento
- Libros contables

Índice

- I. Introducción
- II. Elementos de la Hacienda
 1. El Establecimiento Mercantil e industrial
 - 1.1 Componentes del Establecimiento mercantil e industrial.
 - 1.2 Concepto del Establecimiento mercantil o industrial.
 2. El aviamiento
 3. Los libros contables
 - 3.1 Componentes de los libros contables
 - 3.2 Obligaciones financieras del comerciante
- III. Concepto de La Hacienda
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía

El concepto de Hacienda desde las ciencias económicas y el derecho mercantil

I. Introducción

El presente artículo busca explicar el instituto de la Hacienda como elemento integrante de la empresa según lo dispuesto por el Código de Comercio y su vinculación con los institutos propios de las ciencias jurídicas, como el fin de determinar la enorme relación que existen entre las ciencias jurídicas y las ciencias económicas aplicadas a un fenómeno social, como lo es la empresa.

II. Elementos de la Hacienda

El término “Hacienda” como elemento integrante de la empresa desde el punto de vista de las ciencias jurídicas se define como todos los bienes materiales, inmateriales, derechos, recursos, deudas y obligaciones que posee la empresa para desempeñar su actividad lucrativa.

La Hacienda se compone de tres elementos, que son:

1. El establecimiento mercantil
2. El aviamiento
3. Los libros contables

Todos estos elementos poseen una vinculación directa con los institutos que se utilizan en las ciencias económicas y que procederemos a detallar en las siguientes líneas de este texto.

Ahora bien, como primer punto debemos aclarar que el término Hacienda dentro del derecho comercial es utilizado como sinónimo de Patrimonio; no obstante, no en el sentido en que se utiliza Patrimonio para las ciencias económicas.

El término Hacienda es utilizado como sinónimo de Patrimonio, pero no como sinónimo de la cuenta de Patrimonio del Balance de Situación, sino como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, derechos, recursos y obligaciones que posee la empresa para desempeñar la actividad lucrativa a la que se dedica.

Desde el punto de vista de las ciencias económicas Patrimonio se refiere a la cuenta en el Balance de Situación en donde se agrupa el aporte de los socios, conocido como Capital Social y que se refiere a los dineros o bienes que aportaron los socios al momento de fundar la empresa, junto con las utilidades o pérdidas del periodo y utilidades o pérdidas acumuladas, en donde se refleja el comportamiento, ya sea positivo (utilidad) o negativo (pérdida) que ha tenido la empresa a lo largo de los años más los superávits que se puedan presentar, ya sea por revaluaciones o cualquier otro motivo.

En cambio, para el derecho mercantil Hacienda se utiliza como sinónimo de Patrimonio, entendiéndolo como el conjunto de bienes materiales e inmateriales,

derechos, recursos y obligaciones que posee la empresa para desarrollar de forma habitual la actividad lucrativa a la que se dedica.

1. El Establecimiento Mercantil e Industrial

1.1 Componentes del Establecimiento mercantil e industrial.

El Código de Comercio Costarricense no aporta una definición exacta de Establecimiento Mercantil e Industrial, no obstante el numeral 478 que versa la compraventa de establecimientos mercantiles o industriales, brinda una descripción de los elementos que componen el establecimiento mercantil, y nos permiten comprender este instituto, dicho numeral dice:

ARTÍCULO 478.- Son elementos integrantes de un establecimiento comercial, para los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones eléctricas, telefónicas y de cualquier otra naturaleza, el mobiliario, la existencia en mercaderías, las patentes de invención y marcas de fábrica, la contabilidad que comprende los archivos completos del negocio, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y los demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende

todos sus elementos, y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario.

De la lectura de este numeral podemos concluir que el establecimiento mercantil o industrial; y por lo tanto, la Hacienda está compuesta por varios elementos que son: los bienes materiales e inmateriales que posee la empresa para llevar a cabo su actividad lucrativa, y las obligaciones y compromisos que haya adquirido el negocio para poder comercializar.

Ahora bien, podemos estudiar con más cuidado cada uno de estos elementos:

a. Bienes Materiales e Inmateriales:

Para el derecho mercantil establecimiento mercantil o industrial está compuesto por los bienes tanto materiales como inmateriales que posee la empresa para llevar a cabo su actividad lucrativa; ahora bien, desde el punto de vista de las ciencias económicas estos bienes materiales e inmateriales se relacionan con la figura de los activos, que corresponde a la partida en donde se incluyen los bienes que la empresa posee y que le permiten generar una ganancia.

El Establecimiento mercantil o industrial está compuesto por:

- Bienes materiales e inmateriales
- =
- Activos fijos, intangibles, circulantes y demás.

- Compromisos y obligaciones
- =
- Pasivos y cuentas de capital que reflejen compromisos con los socios, inversionistas y demás.

Asimismo, cuando se señala que el Establecimiento mercantil o industrial está integrada por los bienes materiales, es decir aquellos que tienen una composición material, que son tangibles, que podemos tocar, tales como edificios, terrenos, vehículos, maquinaria, materiales, y demás, existe una inmediata correlación con la figura de los activos fijos, que corresponde a aquellos bienes de la empresa que son necesarios para el desarrollo habitual de la actividad lucrativa y que no se suelen convertir en activos líquidos durante el periodo.

Son aquellos activos que permanecen en el tiempo y que de un periodo a otro suelen tener pocas variaciones, ya que no están destinados para su comercialización directa sino que son un instrumento que se usa para desempeñar la actividad lucrativa.

Cítese por ejemplo, el terreno y el edificio en una empresa de asesorías financieras, tanto el terreno como el edificio son bienes que la empresa posee y que utiliza para llevar a cabo su actividad lucrativa de venta de asesorías financieras, y que a través de los años siguen formando parte de los recursos de la empresa, con sólo los cambios de plusvalía y depreciación propios de este tipo de activos, pero que no van más allá de ello;

siendo en consecuencia considerados como activos fijos.

Igualmente, forma parte de la Hacienda de la empresa todos los bienes inmateriales, que son aquellos que no tienen composición física, que no se pueden tocar, pero que poseen mucho valor, muchas veces incluso mayor al de los bienes materiales, acá se incluyen los derechos de propiedad intelectual, tales como las marcas, patentes, nombre comercial, y otros, muchos de estos bienes, son los que contablemente denominamos activos intangibles que tienen un peso importante en el Balance de Situación de una empresa.

Tal como el precio de una patente de invención que le garantiza a una organización la explotación de forma exclusiva de un invento por 20 años, o bien, el valor de una marca muy prestigiosa y posicionada en el mercado.

También se incluyen los derechos que posee la empresa, tales como la concesión para la explotación de un recurso natural, como una mina, o el permiso para usar un bien público; en fin, todos los bienes que si bien no tienen una composición material si poseen un valor muy importante para el negocio, y que desde las ciencias económicas se conocen como activos intangibles, y que se definen como aquellos bienes que no poseen sustancia o forma física, que le permiten a la empresa la explotación de su actividad lucrativa y que poseen un peso importante en los activos de la empresa.

Ahora bien, el término “bienes” también incluye los activos circulantes, que son aquellos recursos que fácilmente se convierten en efectivo, que es el activo circulante por excelencia; se considera como activo circulante aquel que en un año o menos se convierte en efectivo tales como las cuentas por cobrar a corto plazo, las inversiones a corto plazo, los inventarios, y demás similares.

Mientras que si el plazo de conversión a efectivo es mayor a un año se considera que es un activo a largo plazo, tal como una inversión a más de año; no obstante para efectos de integrar el establecimiento mercantil o industrial lo que nos interesa es que los activos circulantes también están incluidos dentro de este instituto.

Al igual, que los restantes tipos de activos como los activos diferidos, los activos financieros y demás que existen en las ciencias económicas, todos se encuentran incluidos dentro del establecimiento mercantil o industrial.

Derivado de lo anterior, podemos concluir que cuando se dice que el establecimiento mercantil o industrial está compuesto por los todos los “bienes” que posee la empresa para realizar su actividad lucrativa, se refiere a lo que en ciencias económicas se denomina “activos”

b. Compromisos y obligaciones:

El establecimiento mercantil o industrial, y por ende la Hacienda también incluye los compromisos y obligaciones que ha adquirido la empresa para poder desplegar su actividad lucrativa.

Se puede afirmar que el establecimiento mercantil o industrial incluye lo que en ciencias económicas se conoce como “pasivos”; es decir, las deudas, obligaciones que ha adquirido la empresa a lo largo del tiempo para desempeñar su actividad lucrativa, ya sea en préstamos, hipotecas, prendas, compras a crédito, cuentas por pagar, dividendos por pagar, intereses por pagar, documentos por pagar, y otros, que se tiene con acreedores, proveedores, socios y otros.

Dentro de esta definición se incluyen todos los tipos de pasivos: los pasivos a corto plazo, a largo plazo, pasivos diferidos, otros pasivos, y cuales quiera otra clasificación.

Igualmente, se incluyen los compromisos que la empresa posee con sus socios, accionistas, inversionistas y similares, ya sea por réditos o beneficios no cancelados e incluso préstamos que le haya solicitado a sus socios, así como otros compromisos con los socios e inversionistas que generalmente se incluyen en las partidas de capital y patrimonio, sea como utilidades por distribuir, y similares.

En consecuencia, el establecimiento mercantil o industrial no sólo incluye los bienes que posee la empresa, sino también los compromisos y obligaciones que ha adquirido, ello por cuanto, hace referencia a la integralidad de la empresa, a las condiciones reales en que esta se encuentra y por lo tanto, se debe incluir los que se puede denominar como aspectos positivos, es decir, los bienes o activos, y los aspectos con una connotación más negativa como lo serían los pasivos.

Finalmente, podemos afirmar que cuando se indica que el establecimiento mercantil o industrial incluye las obligaciones y compromisos que posee la empresa, podemos relacionarlo con las cuentas de pasivos y de capital que se refieren a deudas u obligaciones que posee el negocio con acreedores, proveedores, socios, inversionistas y demás.

1.2 Concepto del Establecimiento mercantil o industrial.

Una vez analizados los elementos que integran el establecimiento mercantil o industrial, se puede afirmar que el establecimiento mercantil o industrial busca definir a la empresa en su globalidad.

$$\begin{aligned} & \textit{Establecimiento mercantil o} \\ & \textit{industrial} \\ & = \\ & \textit{Balance de Situación} \\ & \textit{Activos = Pasivos + Capital} \end{aligned}$$

Tanto sus bienes, es decir, sus activos, los recursos que posee para desempañar la actividad lucrativa, incluidos los activos circulantes, fijos, intangibles y demás; así como los pasivos, es decir, las obligaciones, los compromisos que ha adquirido con sus acreedores, socios, ya sea a corto o largo plazo, así como las cuentas de patrimonio en donde se reflejan los compromisos que posee con sus socios e inversionistas; en fin, la totalidad de la empresa, con los aspectos positivos y negativos.

Ahora bien, en términos de ciencia económicos podemos asociar el concepto de establecimiento mercantil o industrial con el Balance de Situación, que es el estado financiero en donde se resume y unifica la totalidad de movimiento y transacciones económicas desempeñadas por la empresa. En dicho estado se incluyen los activos, pasivos y patrimonio, es decir, todos los bienes, deudas, obligaciones y aportes de los socios, con los cuales cuenta la empresa para desarrollar de manera habitual su actividad lucrativa.

En el Balance de Situación se busca comprobar que el negocio ha respetado la ecuación contable en donde Activo = Pasivo + Capital.

Lo anterior, es importante dado que el espíritu del legislador al momento de regular la compraventa del establecimiento mercantil e industrial en el artículo 478 del Código de Comercio antes citado, es la protección de

ambas partes en la relación comercial, por un lado busca garantizarle al comprador que posee toda la información necesaria para tomar la decisión correcta al momento de realizar el negocio.

En otras palabras, que no se le induzca a error por haberle ocultado información importante como pasivos o compromisos con proveedores, acreedores o inversionistas y de un peso relevante dentro de la información financiera de la empresa.

Por otra parte, busca proteger al vendedor de tal manera que tenga todos los elementos que le permitan otorgarle un valor real a su establecimiento mercantil o industrial, para que no se encuentre en la situación de venderlo por un precio inferior por falta de información.

En otras palabras, el establecimiento mercantil o industrial puede relacionarse con el Balance de Situación como el instrumento en donde se incluyen los activos, pasivos y capital social, y se resume toda la situación financiera de la empresa.

2. El aviamiento

El segundo componente de la Hacienda es el aviamiento, y éste se refiere a la capacidad que tiene el negocio de ser exitoso, al potencial que posee para generar lucro, de crecer y posicionarse en el mercado.

Aviamiento, se refiere a las condiciones y capacidad que

posee el negocio de ser exitoso, al potencial que posee para triunfar en el mercado, y a la conjugación de diversos factores que le permiten triunfar en el mercado.

En este aspecto entra en juego la habilidad del comerciante para hacer negocio, la manera en que logre combinar los factores de la producción, implemente estrategias para aprovechar coyunturas en el mercado, y logre crearse un espacio en un mercado tan competitivo como el actual.

En este punto influyen aspectos como el servicio al cliente, la calidad del producto o del servicio, posición estratégica, estrategias de marketing y publicidad para lograr posicionar su nombre o su producto en la conciencia del consumidor, ofrecer un producto en un momento histórico determinado que le da ventaja frente a sus competidores, satisfacer una necesidad que no encuentra soluciones en el mercado actual, ofrecer un producto único.

Dado que el aviamiento se compone de la habilidad del comerciante para detectar una oportunidad y convertirla en un negocio exitoso, la lealtad del cliente, la calidad del servicio, la posición estratégica, el prestigio, el reconocimiento de la marca y demás variables que son difíciles de medir en términos monetarios, no existe dentro de los estados financieros una cuenta donde se incluya un

monto por concepto de aviamiento. No obstante, todos estos elementos se refieren al esfuerzo que ha desempeñado el comerciante y la inversión realizada por la empresa a través de un adecuado servicio al cliente, un trabajo de calidad, una inversión publicitaria y estrategias de márketing, y demás, a lo largo de los años por alcanzar dicha posición en el mercado.

Pese a que no se cuantifica dentro de los estados financieros, las anteriores variables poseen un valor sumamente importante y por lo tanto, debe considerarse dentro de la Hacienda de la empresa, al momento de determinar el valor del negocio, ya sea para cotizar en bolsa, para vender, arrendar, heredar, fusionar, traspasar o realizar cualquier tipo de negocio vinculado con la empresa.

Además, del prestigio que se forme el empresario, o como comúnmente se dice “la fama” que se forme la empresa, el estudio de márketing que haya realizado para conocer los gustos y necesidades de sus clientes y demás similares.

Dentro del aviamiento se incluye la experticia y habilidad del comerciante de aprovechar oportunidades de comercio para hacer negocios exitosos, y como estos hay muchos ejemplos; cítese el caso por todos conocidos del señor Michael Dell

quien inició su empresa en el dormitorio de la universidad en 1984, comprando viejas computadoras IBM y DEC, arreglándolas con nuevos repuestos y vendiéndolas a precios un 15 por ciento por debajo de los del mercado; finalmente, decide abandonar sus estudios para dedicarse completamente a su compañía que hoy día es una de las empresas más exitosas del mundo.

Ahora bien, ejemplos como estos no sólo se refieren a las grandes industrias o extranjeras, también aplica para los empresarios nacionales, tal es el caso de la señora Yenory Cordero, propietaria de Marroquerías Yenory que en el año 2009 recibió el premio Esfuerzo Exportador MIPYME, por poseer una pequeña empresa costarricense que desde hace dos años exporta sus productos al mercado norteamericano, Puerto Rico, Nigeria y Francia.

Lo anterior, es el reflejo de la habilidad que posea el comerciante de detectar una oportunidad y convertirla en un negocio exitoso.

También forma parte del aviamiento, una posición estratégica que constituye un factor de éxito para el negocio, que puede ser por ubicación física, que coloquialmente se llama tener “un buen punto”, por ejemplo, una soda ubicada justo frente a una fábrica que posee cientos de empleados.

Tener una posición estratégica en una coyuntura histórica, como por ejemplo, las

agencias de bienes raíces cuando se dio la crisis inmobiliaria en Estados Unidos que lograron adquirir propiedades por la cuarta parte de su precio original, y que una vez estabilizados los precios en el mercado se venden hasta por diez veces el valor en que fueron comprados.

Ofrecer un producto único en el mercado, por ejemplo, las empresas farmacéuticas que logran patentes sobre sus medicamentos de hasta 20 años, lo que les garantiza que durante ese tiempo, sólo ellos podrán comercializar la vacuna o medicamento que se utiliza para atacar una enfermedad determinada, y otras múltiples situaciones más.

En el aviamiento también participa la fidelidad del cliente por el servicio prestado, y la capacidad que se posea para recuperarse en los momentos difíciles, tal es el caso de la empresa El Angel, cuya planta fue destruida en forma total por el terremoto ocurrido el 18 de enero del 2009 en Cinchona en Alajuela; y pese a ello, tres meses después del cierre de dicha planta de producción lograron acondicionar una planta provisional en Cariblanco de Sarapiquí de Alajuela, y para un año después del suceso ya producían nuevamente el 100% de la producción que posean antes de la desgracia.

Lo anterior constituye un ejemplo de superación y fidelidad para con sus empleados y para con el pueblo que dependía casi de esta empresa como principal fuente

de empleo; lo cual logró la simpatía del consumidor costarricense.

En fin, dentro del aviamiento se incluyen todos aquellos elementos y condiciones que versan sobre el esfuerzo que durante años ha hecho un empresario con la calidad de su trabajo, el servicio al cliente, una inversión importante en estrategias publicitarias y demás similares, con el objetivo de alcanzar una posición en el mercado y ser reconocido por el cliente; lo cual, debe valorarse al determinar el valor de la Hacienda o Patrimonio de la empresa.

Nótese, que estos aspectos no se reflejan en los estados financieros, a diferencia del establecimiento mercantil, que dijimos se podía comparar con el Balance de Situación, por ser la globalidad de la empresa, activos, pasivos y capital.

En el caso del aviamiento no existe una cuenta contable para contabilizarlo, ya que aspectos como la posición estratégica, la fidelidad de los clientes, y demás similares, son difíciles de cuantificar en términos monetarios, de ponerles un valor; por lo que no está reflejado en la información contable y financiera de la empresa, pero si tiene un peso importante en el valor del negocio.

Libros contables se refiere a toda la información contable y financiera del negocio.

Ahora bien, si resulta necesario considerarlo si se desea cotizar en bolsa, vender, alquilar,

heredar, fusionar o trasladar por cualquier forma, es por ello, que se incluye dentro de la Hacienda de la empresa, como un elemento a considerar al determinar el valor real del negocio.

3. Los libros contables

3.1 Componentes de los libros contables

El último elemento componente de la Hacienda se refiere a la contabilidad, y los libros contables de la empresa, ello se extrae textualmente del artículo 478 del Código de Comercio, anteriormente transcrito, cuando dice: “la contabilidad que comprende los archivos completos del negocio”.

Ahora bien, sobre esta figura debe hacerse una interpretación amplia, ya que cuando el legislador señaló que dentro de la Hacienda se debe incluir la contabilidad y los libros contables, esto debe entenderse como sinónimo de toda la información financiera de la empresa, no únicamente los sistemas contables, que si bien, son los pilares de

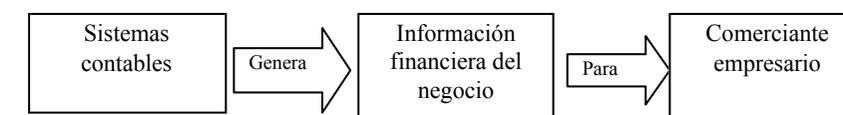
donde se obtiene dicha información, ésta es más amplia.

Lo anterior, se refuerza y se relaciona con la evolución que ha tenido la contabilidad en los últimos años, pues ha pasado de ser un instrumento cuyo principal objetivo era brindar información a lo interno del negocio, dirigido únicamente a indicarle al comerciante el estado de su negocio, a ofrecer información a lo externo de la empresa, es decir, ofrecerle información a los inversionistas, acreedores, entidades gubernamentales, y demás similares, sobre las condiciones de la empresa.

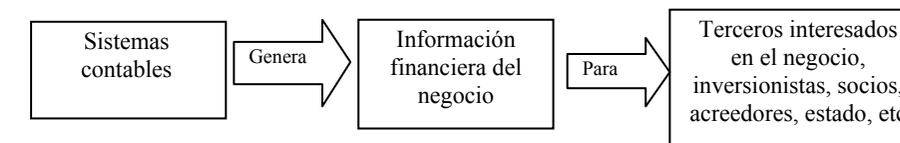
Con la introducción inicialmente de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), y luego con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), se cambia el objetivo que posee la contabilidad, pues los sistemas contables dejan de enfocarse en el comerciante, y pretender brindarle información completa y oportuna a cualquier tercero interesado en el negocio, tales como inversionistas, deudores, y demás citados anteriormente.

Lo expuesto se puede ver de la siguiente manera:

Contabilidad tradicional



Contabilidad moderna (NICs y NIIFs)



El anterior cambio es acorde con el espíritu del legislador plasmado en el artículo 478 cuando incluye como parte de la Hacienda, la información contable, pues se pretende que la persona interesada en comprar, arrendar, fusionar, comprar acciones, invertir o realizar cualquier otro tipo de negocio con el comerciante sepa con certeza las condiciones reales en que se encuentra la empresa, y no sea inducido a error, por información ficticia o incompleta del negocio.

Incluso, de manera expresa el artículo 269 del Código de Comercio, establece que quien adquiera un establecimiento mercantil o una empresa, compra también en ese mismo acto los libros de contabilidad de dicho negocio, dicho numeral a la letra dice:

ARTÍCULO 269.- En caso de venta del establecimiento o empresa, el nuevo propietario adquiere también los libros de contabilidad, los que puede seguir usando, si no resuelve abrir nueva contabilidad. Caso de que resuelva continuar los libros empezados, los presentará a la Tributación para que ponga constancia del traspaso y razón de pertenecer en adelante al nuevo propietario del negocio o empresa. Si resolviere abrir nuevos libros, también se presentarán los llevados hasta ese momento para que la Tributación Directa o su delegado, ponga la razón de cierre correspondiente,

abriendo los nuevos conforme queda indicado.

Lo anterior refirma la importancia de la información financiera como componente que integra la Hacienda de un negocio.

3.2 Obligaciones financieras del comerciante

Dada la importancia que poseen la contabilidad y los libros contables, entendido como toda la información financiera del negocio, es que el artículo 234 incisos c) y d) del Código de Comercio le impone una serie de obligaciones al comerciante, relacionadas con la información contable, que son:

ARTÍCULO 234.- Los que ejercen el comercio contraen las siguientes obligaciones:

(...)

c) Llevar la contabilidad del negocio en orden y de conformidad con las siguientes disposiciones de este Código; y

d) Conservar los libros de contabilidad desde que se inician hasta cuatro años después del cierre del negocio, y conservar igualmente la correspondencia, las facturas y los demás comprobantes, por un período no menor de cuatro años contados a partir de sus respectivas fechas, salvo que hubiere juicio pendiente en que esos documentos se hubieren ofrecido como prueba.

Todo comerciante ésta obligado a llevar al menos tres libros contables, que son:

- a) Diario*
- b) Mayor*
- c) Inventarios y Balances*

Llevar la contabilidad

La primera obligación, consiste en llevar la contabilidad de la empresa de manera ordenada y apegada al marco de legalidad, y a las normas técnicas y profesionales propias de esta ciencia económica.

Todo comerciante tiene dos obligaciones financieras básicas:

- 1. Llevar la contabilidad y los libros contables de forma ordenada y completa.*
- 2. Conservar los documentos que respaldan las transacciones comerciales.*

Para cumplir con esta obligación el artículo 251 del Código de Comercio obliga al comerciante a tener, al menos los siguientes tres libros contables, que son: El libro de diario, el libro de mayor y el libro de inventarios y balances; los cuales son los libros básicos para poder desarrollar la contabilidad por partida doble.

Dicho artículo a la letra dice:

ARTÍCULO 251.- Sin perjuicio de los libros que la ley del Impuesto sobre

la Renta exige a toda persona natural o jurídica, los comerciantes están obligados a llevar otros legalizados por la Tributación Directa, en que se consignen en forma fácil, clara y precisa sus operaciones comerciales y su situación económica. A este efecto los siguientes son indispensables: un libro de Balances e Inventarios, un Diario y un Mayor que deberán ser encuadernados y foliados. Podrán además llevar las hojas columnares y los libros o registros auxiliares que consideren necesarios. Para tales auxiliares no es necesario el requisito de legalización. El comerciante puede llevar un libro de Caja, que no estará sujeto a las prescripciones de este capítulo.

Se debe aclarar, que los tres libros citados son los libros contables básicos necesarios para llevar la contabilidad de la empresa, de tal manera que se pueden exigir o utilizar otros libros contables, tales como auxiliares y demás similares.

Pasemos a estudiar con un poco más de detalle los requisitos que se exigen para cada uno.

a) El Libro de Diario: Es un libro contable donde se recogen, día a día, los hechos económicos de una empresa. La anotación de un hecho económico en el libro Diario se llama asiento; es decir en él se registran

todas las transacciones realizadas por una empresa.

Los asientos son anotaciones registradas por el sistema de partida doble y contienen entradas de débito en una o más cuentas y crédito en otras cuentas de tal manera que la suma de los débitos sea igual a la suma de los créditos; con lo cual se dice que cuadran los resultados, es decir, que se respeta la ecuación contable.

El artículo 256 del Código de Comercio se refiere a este libro, y textualmente dice:

ARTÍCULO 256.- En el Diario se asentará por primera partida, el resultado del inventario a que se refiere el artículo anterior. Igualmente o en registros auxiliares, seguirán asentándose en estricto orden cronológico todas las operaciones que se efectúen, debiendo el comerciante o industrial individual, particularizar los retiros de efectivo, los otros destinados a sus gastos personales o los de su familia, los que llevará en cuenta especial.

b) El libro mayor: es el libro de contabilidad en el que cada página se destina para cada una de las cuentas de la entidad financiera. Cada página va foliada y consta de 5 columnas, la primera columna es para la fecha, la segunda columna es para el concepto, la tercera columna el DEBE, la cuarta columna es la del HABER y la última columna es la del

saldo; se le llama libro mayor precisamente porque recoge el movimiento total de las subcuentas.

El numeral 257 del Código de Comercio, regula los lineamientos generales que debe cumplir de libro de mayor:

ARTÍCULO 257.- Al Mayor, que se llevará por debe y haber, se trasladarán por su orden, los asientos del Diario o registros auxiliares. De estos últimos se pueden hacer traslados totales resumidos. Podrán agruparse en una sola cuenta de Mayor y llevar al correspondiente Mayor Auxiliar aquellas partidas en que por afinidad y conveniencia proceda tal agrupación. Cada partida inscrita en el Mayor se referirá al folio del Diario en que se anotó, o al resumen del respectivo registro auxiliar.

c) El libro de Inventarios y Balances: En este libro contable se plasman los inventarios y los estados financieros de la empresa, donde se resume y refleja su situación económica de la empresa.

Estos estados son los básicos de la ciencia contable, el Balance de Comprobación, el Estado de Resultados, ó Estado de Ganancias y Pérdidas, el Balance de Situación, y el Estado de Superávit o aplicación de sobrantes, también conocido como el Estado de Utilidades Retenidas.

Todos los anteriores estados financieros se elaboran en el Libro de Balances, según lo dispone el numeral 258 del Código de Comercio, que textualmente dice:

ARTÍCULO 258.- En el libro de Balances se asentará por primera partida el Balance General de Situación del negocio o empresa al iniciar operaciones. Sucesivamente, cada año, al cierre de operaciones de su ejercicio fiscal, deberán asentarse los siguientes estados:

- a) Balance de Comprobación, anterior al cierre de operaciones del Libro Mayor;*
- b) Estado de Ganancias y Pérdidas;*
- c) Balance General de Situación, posterior a dicho cierre; y*
- d) Estado de superávit o aplicación de sobrantes, en el caso de sociedades.*

Dichos Balances y estados, los firmará, en ese libro, el dueño del negocio o de la actividad económica. Si se tratare de compañía colectiva, lo harán los socios; si de compañía en comandita, los socios de responsabilidad ilimitada; y si de anónima o de responsabilidad limitada, el contabilista encargado.

2. Preservar dichos registros contables

La segunda obligación impuesta al comerciante se refiere necesidad de preservar dichos registros contables, así como la documentación que la respalda, por

al menos cuatro años después de su fecha de emisión; salvo aquellos documentos que se utilizan en disputas legales, tales como contratos, facturas, recibos de pago, y demás, que pueden ser utilizados como medio de prueba en un litigio, los cuales deben conservarse por un plazo mayor.

Este último punto de preservar los documentos contables y de respaldo se reitera en el párrafo primero del numeral 270 del Código de Comercio, cuando establece que se deberán preservar los libros contables por al menos cuatro años después de liquidar la empresa; o bien, durante el término que dure el juicio.

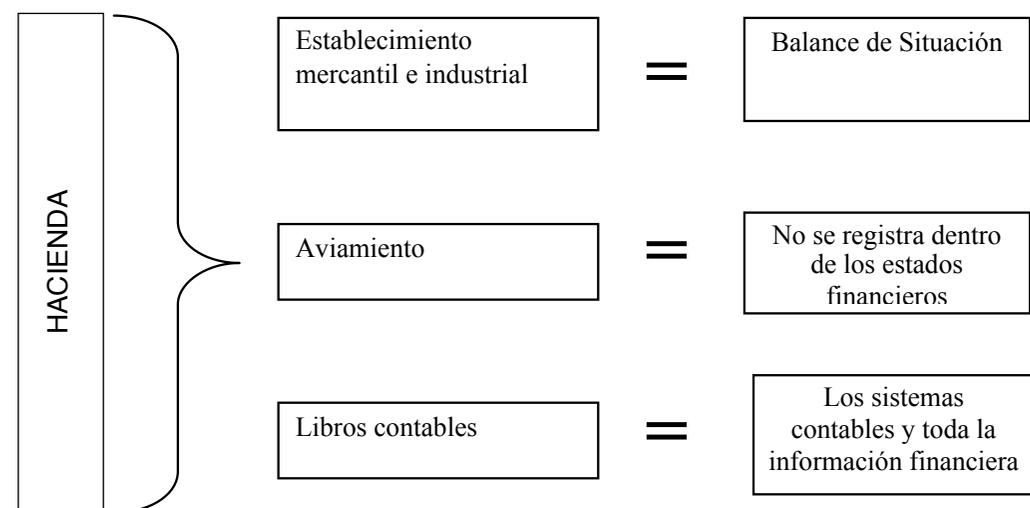
ARTÍCULO 270.- La persona natural o jurídica, obligada a llevar libros, que cierre su negocio, liquidándolo, está obligada a conservar los libros y correspondencia durante el término de cuatro años a contar del día en que termine la liquidación. Pero si hubiere juicio pendiente ante los tribunales, y éste continúe después de los cuatro años, estará obligada a conservarlos por todo el término que dure el juicio. (...)

Finalmente, debemos reiterar que cuando el Código de Comercio le impone al comerciante la obligación de contar con libros contables y una contabilidad actualizada y completa, debe entenderse como toda la información financiera de la entidad, lo cual recoge los libros auxiliares, y otros mecanismos

contables y financieros utilizados para estos fines, máxime tomando en consideración los cambios que ha sufrido la ciencia contable en los últimos años, toda vez que el objetivo del legislador con estas normas es garantizar la transparencia ante terceros de las condiciones reales en que se encuentra la empresa.

Por terceros debemos entender cualquier persona interesada en el negocio sea un socio, un posible inversionista, un accionista, el Estado para cobro de impuesto, un acreedor, es decir, personas que por algún tipo de relación comercial tienen un interés directo en las condiciones del negocio, por lo tanto se busca que este tercero tenga toda la información necesaria para tomar decisiones adecuadas y no se le induzca a error por datos omisos o falsos, con ello se promueve el comercio ya que hay una mayor garantía al invertir.

Gráficamente, Hacienda puede representarse de la siguiente manera:



III. Concepto de La Hacienda

Luego de estudiar cada uno de los componentes de la Hacienda desde el derecho mercantil y su relación con los institutos de las ciencias económicas, se puede formar una definición de este instituto.

La Hacienda de una empresa se refiere al conjunto de todos elementos que conforman el negocio, tanto desde los bienes materiales e inmateriales necesarios para ejecutar la labor lucrativa (activos), como las obligaciones y compromisos adquiridos (pasivos), que en su conjunto se denomina como establecimiento mercantil e industrial, así como las variables, factores y condiciones que posee el negocio para ser exitoso, lo cual se conoce como aviamento; junto con la contabilidad y los libros contables (información contable y financiera de la entidad), todos estos elementos que en su conjunto forman el valor real de la empresa.

Conclusiones

De los aspectos antes analizados se pueden arrojar las siguientes conclusiones:

1. La “Hacienda” como elemento integrante de la empresa desde el punto de vista de las ciencias jurídicas se define como todos los bienes materiales, inmateriales, derechos, recursos, deudas y obligaciones que posee la empresa para desempeñar su actividad lucrativa.
2. El término Hacienda se utilizado como sinónimo de Patrimonio, pero no como sinónimo de la cuenta de Patrimonio del Balance de Situación, sino como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, derechos, recursos y obligaciones que posee la empresa para desempeñar la actividad lucrativa a la que se dedica.
3. La Hacienda se compone de tres elementos que son: El establecimiento mercantil o industrial, el aviamento y los libros contables.
4. El establecimiento mercantil o industrial se integra por dos elementos: los bienes materiales e inmateriales los cuales se pueden relacionar con los activos de todo tipo y por los compromisos y obligaciones que se vinculan con los pasivos y las cuentas de capital que reflejan compromisos con socios, inversionistas y otros.
5. El establecimiento mercantil o industrial define a la empresa en su globalidad, tanto sus bienes; es decir, sus activos, los

recursos que posee para desempeñar la actividad lucrativa, incluidos los activos circulantes, fijos, intangibles y demás; así como los pasivos, es decir, las obligaciones, los compromisos que ha adquirido con sus acreedores, socios, ya sea a corto o largo plazo, así como las cuentas de patrimonio en donde se reflejan los compromisos que posee con sus socios e inversionistas; en fin, la totalidad de la empresa, con los aspectos positivos y negativos.

6. El establecimiento mercantil o industrial se puede vincular con el Balance de Situación, que es el estado financiero en donde se resume y unifica la totalidad de movimiento y transacciones económicas desempeñadas por la empresa.
7. El aviamento, es el segundo componente de la Hacienda se refiere a las condiciones y capacidad que posee el negocio de ser exitoso, al potencial que posee para triunfar en el mercado, y a la conjugación de diversos factores que le permiten triunfar en el mercado.
8. En el caso del aviamento no existe una cuenta contable para contabilizarlo, ya que aspectos como la posición estratégica, la fidelidad de los clientes, y demás similares, son difíciles de cuantificar en términos monetarios; por lo que no está reflejado en la información contable y financiera de la empresa, pero si tiene un peso importante en el valor del negocio, es por ello, que resulta necesario considerarlo para determinar el valor real del negocio.

9. Cuando el Código de Comercio hace referencia a libros contables, debe entenderse como toda la información contable y financiera del negocio.
10. Esta interpretación se refuerza y se relaciona con la evolución que ha tenido la contabilidad en los últimos años, a través de la introducción de la Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), pues ha pasado de ser un instrumento cuyo principal objetivo era brindar información a lo interno del negocio, hacia un instrumento que brinda información a los terceros interesados en el negocio.
11. Dada la importancia de la información financiera de la empresa para los negocios, el ordenamiento jurídico le impone al comerciante dos obligaciones básicas: 1. Llevar la contabilidad y los libros contables de forma ordenada y completa; 2. Conservar los documentos que respaldan las transacciones comerciales.
12. Todo comerciante está obligado a llevar como mínimo tres libros contables, que son: Libro de Diario, Libro Mayor y el Libro de Inventarios y Balances.
13. El libro de diario se encuentra regulado en el artículo 256 del Código de Comercio; el libro mayor se regula en el numeral 257 del Código de Comercio, y el Libro de Inventarios y Balances se encuentra en el artículo 258 del Código de Comercio.
14. La Hacienda de una empresa se refiere al conjunto de todos elementos que conforman el negocio, tanto desde los bienes materiales e inmateriales necesarios para ejecutar la labor lucrativa (activos), como las obligaciones y compromisos adquiridos (pasivos), que en su conjunto se denomina como establecimiento mercantil e industrial, así como las variables, factores y condiciones que posee el negocio para ser exitoso, lo cual se conoce como aviamiento; junto con la contabilidad y los libros contables (información contable y financiera de la entidad), todos estos elementos que en su conjunto forman el valor real de la empresa.
- La anterior investigación demuestra como el concepto de la Hacienda de la empresa, para el ordenamiento jurídico tiene una íntima vinculación con los institutos de las ciencias económicas.

V. Bibliografía

- Asamblea Legislativa (2008). Código de Comercio. San José, Costa Rica.
- Corrales Solano C. (1998). Nociones de Derecho Mercantil. Editorial UNED, San José, Costa Rica.
- La República (2009). Premios al Esfuerzo Exportador 2009. San José, Costa Rica.
- Océano. (2005). Diccionario de Administración y Finanzas. Editorial Océano, España.

¿ES NECESARIO LA CREACIÓN DE UN CÓDIGO DE ÉTICA NOTARIAL EN COSTA RICA?

Licda. Irina Sibaja López¹

Para dar una respuesta a la pregunta que se ubica en el título del presente artículo, resulta necesario en un primer momento discutir la conceptualización de la ética y la moral, sus diferencias y semejanzas; para luego reflexionar sobre la deontología profesional del notario. Así mismo, indagar sobre la normativa que rige a los notarios con el fin de determinar si existe alguna disposición legal sobre la temática.

1. ELEMENTOS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

1.1 La ética y la moral: sus diferencias y semejanzas

Para determinar si procede o no un Código de Ética, resulta esencial remitirnos a la definición de ética, que inevitablemente nos lleva a plantearnos el tema de lo moral y de la moralidad. Si bien, para algunos estos dos términos se pueden tratar bajo un mismo concepto, consideramos que son distintos a los cuales se les ha otorgado significaciones disímiles.

Su confusión deriva de su origen etimológico, ya que ambas palabras tienen un significado semejante en sus raíces griegas y latinas. Ética proviene del griego “ethos” que supone costumbre, y moral procede del latín, “mos–moris” que también implica costumbre. En este sentido, por tener la misma raíz semántica; y por tanto la misma significación original, es que suelen confundirse sus conceptualizaciones, sin embargo, se les han otorgado significaciones distintas dependiendo de la posición teórica de la que se parta.

Es por ello, que autores como Julio De Zan (2004, p.21) plantea que algunos filósofos contemporáneos como Ricoeur, Habermas, Dworkin, Rorty entre otros, han retomado la diferencia entre ética y moral con independencia de los presupuestos de la filosofía clásica de autores como Hegel. En este sentido entiende la moral como

*“(…) la tematización de los principios universales de la moralidad.
(…) Moralidad alude a la forma*

¹ Licenciada en Derecho y Sociología de la Universidad de Costa Rica.

incondicionada del deber, de la obligación, de la rectitud, la justicia y la solidaridad de las relaciones con los demás; al respeto de la dignidad de la persona, de la pluralidad de las culturas, de las formas de vida y de los derechos fundamentales” (De Zan, 2004, p.21)

La moral desde esta perspectiva, nos remite a aquellas normas de conducta, que si bien son de carácter colectivo, tiene una aplicación y repercusión individual; pero su fin último es orientar la conducta de los integrantes de la sociedad, aunque entendida en su dimensión universal. Si bien no puede entenderse como algo privado y subjetivo, por su construcción social, remite a las acciones de los individuos en situaciones concretas, al tomar las decisiones de cómo actuar. De ahí que tiene que ver con *“elecciones libres entre alternativas posibles”* (De Zan, 2004, p.21), además de implicar la conciencia de una auto obligación que supone un juicio reflexivo y hasta una cierta racionalidad. Al respecto, Chinchilla Sandí expone que

“moral es un conjunto de convicciones y pautas de conducta que guían los actos de una persona concreta a lo largo de su vida. En este sentido, estos modos de vida, individuales y comunitarios, se concretan en tradiciones, religiones y sistemas filosóficos” (2006, p.25).

A diferencia de lo moral, lo ético se plantea como

“(…) la tematización del ethos histórico particular de cada comunidad. El ethos, en cuanto a la ética se puede describir como un conjunto de creencias, actitudes e ideales que configuran un modo de ser de la persona, o la personalidad cultural básica de un grupo humano. Por eso la ética alude en este sentido a una concepción de la buena vida, a un modelo de la vida virtuosa y a los valores vividos de un persona o de una comunidad, encaminada en las prácticas e instituciones” (De Zan, 2004, p.21-22).

Por ello, se plantea éste último concepto como un conjunto de normas, principios y directrices que las personas deben de seguir por un condicionamiento social, determinado por un tiempo y espacio en particular.

A esta posición de la ética que se planteó se le ha llamado doctrinariamente “la ética de los socios”, o “moral social”, que se explica a partir del establecimiento de un pacto implícito, que opera en las relaciones sociales, el cual se fundamenta en el hecho de que los individuos al estar interesados y necesitar de la convivencia con los otros, requieren y concuerda en la elaboración de un sistema de reglas que les garantice una convivencia armoniosa y pacífica (De Zan, 2004).

sitúan más cerca del derecho que de la filosofía” (Chinchilla, 2006, p.25).

Por este motivo, suele ser el propio colectivo profesional quién determina dichas normas y, a su vez, se encarga de establecerlas en los respectivos códigos. Es importante no confundir deontología profesional con ética profesional.

Cabe distinguir que la ética profesional es la disciplina que estudia los contenidos normativos de un colectivo profesional, siendo la ética aplicada, aunque no normativa y exigible. De ahí que la podemos entender como

“el estudio de los valores inherentes al ejercicio de una profesión y que emanan de las relaciones que se establecen entre el profesionista y la sociedad” (Berumen y otros., 2003, p.132).

Mientras que la deontología, es la ética aplicada a un determinado campo profesional, la que se concreta en normas y reglas exigibles a los profesionales, a través de los cuales se manifiestan todos los principios éticos colectivamente establecidos. Torres Díaz (En: Chinchilla, 2006, p.30) plantea el siguiente cuadro comparativo que establece con claridad las diferencias entre estos dos conceptos:

Sin embargo, el desafío se encuentra en el contexto actual que supone un proceso globalizador, fragmentado y que mira en la construcción de la identidad colectiva, ya no hacia dentro de una sociedad particular, sino hacia fuera, al intercambio y a la cooperación con las demás grupos sociales y sociedades.

1.2 La deontología profesional

Por otra parte, el término de deontología profesional hace referencia a un conjunto de principios y normas de contenido ético, que guían la actividad de un gremio profesional. Dichas reglas están regidas por la práctica y el ejercicio mismo de la profesión, al ingresar a una se firma una especie de contrato de adhesión, que nos obliga a observar ciertas normas de trato recíproco entre los integrantes. En algunos casos, éstas se manifiestan en Códigos de Ética o bien en simples normas que rigen determinadas conductas del profesional. Por ello,

“la deontología profesional tiene un objetivo muy concreto, dirigido a establecer una normas y pautas de conducta exigibles a los profesionales con la finalidad de garantizar una actuación. (...) Establece unas normas y códigos de actuación se

Ética Profesional	Deontología
Etimología, ethos, modo de ser	Etimología, deon, deber
No normativas, no contiene sanciones	Normas, códigos deontológicos, prevé sanciones
Conciencia individual	Aprobada por el colectivo profesional
Amplitud en su formulación	Mínimos exigibles a los profesionales
Propone motivaciones, da sentido	Exige actuaciones, comportamientos

En suma, cuando hablamos de ética profesional nos referimos a normas y principios colectivos, que no puede ser exigido su cumplimiento dentro de un conjunto de profesionales, hasta que no se materialice en un código deontológico o de ética, ya que la deontología forma parte de la ética normativa.

Por ello, es por medio de un **código de ética o deontológico**, que se materializan las normas que regulan los comportamientos de las **personas** dentro de una determinada profesión. Aunque la ética no es coactiva (no impone castigos legales), el código de ética supone una normativa interna de cumplimiento obligatorio. El fin último de los códigos es establecer el orden de un determinado grupo de profesionales, al contener una serie de principios éticos que se deben acatar de manera obligatoria, pero sobre todo garantiza el fin social de la profesión, ya que esta, cualquiera que sea, se desempeña de la manera que socialmente se ha establecido como “correcta”.

Todo lo anterior, nos lleva a recordar el tema de la autorregulación profesional, y de la responsabilidad que las distintas actividades profesionales tienen en la sociedad.

“Cuando en una profesión fallan los principios éticos que deben inspirar la actuación de sus miembros o cuando determinados profesionales no ajustan su conducta a tales cánones morales, sin que, por otra

parte, les sea llamada la atención en debida forma por los propios órganos rectores de la profesión a que pertenecen, el desprestigio de la profesión comienza, es la sociedad quien sufrirá las perjudiciales consecuencias al fallar un mecanismo merced al cual funcionaba con seguridad en esa esfera de relaciones humanas o asuntos encomendados a los profesionales en crisis. Finalmente, so pretexto de remediar el mal y restituir la primitiva disciplina perdida, se acentúa el intervencionismo estatal, convirtiendo a aquellos profesionales en burócratas, y éstos, echan a la administración la culpa de sus males” (Pérez, 1996, p.15).

Dentro de éste ubicamos con facilidad la función social del notario público en Costa Rica, y con ello el fin mediato que persigue como lo es el mantenimiento de la armonía social.

Como bien lo resume Savater,

“(…) en las sociedades complejas, hay una serie de éticas concretas de acuerdo con la actividad o el puesto social que cada uno desempeña en un grupo humano. La expresión técnica, si me perdonan la pedantería, para designar ese tipo de éticas concretas es la deontología, que viene de la expresión griega taderantak, que significa lo debido,

lo que corresponde a un grupo determinado. La deontología no es entonces una ética global o general para todo el mundo, sino el código ético que tiene un tipo de persona determinada que hace una acción determinada, por lo que hay límites deontológicos para unas profesiones, o para unos puestos de vida, que no corresponden en cambio a otros.” (1998, p.29).

1.3 Los principios éticos notariales en el ordenamiento jurídico costarricense

A partir de lo anterior, y ya con una importante claridad conceptual, nos cuestionamos acerca de la relevancia que se le ha otorgado a los principios éticos en las diferentes regulaciones en nuestro país. Es por ello, que procederemos a analizar el Código Notarial y las distintas directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado.

En lo que respecta al Código Notarial encontramos, específicamente en el artículo 3 inciso a), como uno de los requisitos para ejercer el notariado “*ser de buena conducta*”; si bien puede confundirse con una atribución ética, nosotros consideramos que remite más bien a elementos morales, los cuales por su naturaleza conceptual son de difícil identificación y determinación. Más bien, correspondería regular ese inciso por medio de el establecimiento de principios claramente éticos que permitan su constatación.

Así mismo, en el artículo 18 también del Código Notarial, se establece con respecto a la responsabilidad disciplinaria que

“(…)los notarios serán sancionados disciplinariamente, según este código, por el incumplimiento de la ley, sus reglamentos, las normas y los principios de la ética profesional, las disposiciones que dicten la Dirección Nacional de Notariado y cualquiera de sus órganos encargados de cumplir funciones relacionadas con la actividad notarial”.

Dicho numeral incluye como un motivo de sanción administrativa la inobservancia de los principios éticos, los cuales según se analizó carecen de regulación normativa; salvo lo establecido por la Dirección Nacional de Notario a través de las directrices, que tienen carácter reglamentario, según la Sala Constitucional en el Voto N° 08197-99. Si bien, existe un interés manifiesto del legislador de sancionar las faltas éticas, éstas en nuestro país carecen de un Código que las concentre y permita sancionar su incumplimiento.

En lo que respecta a la Dirección Nacional de Notariado (DNN), encontramos que en la Directriz N° 004-2001 regula el tema de los principios éticos, titulado dichas disposiciones como el Reglamento Ético y Moral, en el ejercicio de la función notaria, lo que justifica al indicar que

“(…)el ejercicio de la función notarial, delegada por el Estado en el notario público debidamente habilitado, exige de éste, un ejercicio seguro y eficaz, donde convergen una serie de principios éticos y morales, que el fedatario debe tener presente al brindar el servicio; así tenemos que, de acuerdo a la ley, el Notario Público, en el ejercicio de la función notarial debe cumplir con ciertos requisitos, condiciones y deberes y todas las actuaciones notariales, por su naturaleza, exigen una adecuada asesoría jurídico notarial dentro de un clima originado y dirigido por principios ético morales”.

Con el anterior preámbulo establecen que el notario se encuentra

“cimentado en el pilar ético moral profesional que está regido por los siguientes valores y actitudes, postulados por esta Dirección dentro del perfil académico del notario:

1. Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.
2. Cumplir y observar rigurosamente las disposiciones legales notariales respecto al ejercicio de la función notarial
3. Velar por brindar un servicio dentro de la más correcta formación y expresión legal de la voluntad en los actos jurídicos notariales que realicen

4. Intervenir con conciencia de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones y deberes del notario en el ejercicio de la función, respecto de la normativa específica necesaria para el desempeño profesional
5. Actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia
6. Vigilar porque sus actuaciones estén guiadas por los valores de integridad, coherencia, honestidad, honradez y transparencia
7. Mantener constancia en la actualización de las nuevas doctrinas y cambios que afectan el ejercicio de la función notarial”.

Así mismo, en los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial de la DNN, en el capítulo I se indican los principios éticos que todo notario debe seguir, los cuales se regulan en los diez primeros artículos, los que plantean lo siguiente

“Artículo 1º— Obligación de servicio y rogación. Brindar el servicio, salvo excusa justa, moral o legal. El servicio está cimentado en la rogación, de manera que el notario público¹ no podrá autorizar actos contrarios a este principio. El arraigo del notario a una oficina abierta al público consolida el hecho de que, en materia notarial, no existe intermediación alguna.

Artículo 2º—Conciencia de función e implicaciones. Tener conciencia de la función pública y de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones, deberes, impedimentos y responsabilidades del notario.

Artículo 3º—Voluntad de las partes. Observar rigurosamente las disposiciones legales de cualquier naturaleza, para ofrecer un servicio ajustado a la expresión legal de la voluntad de las partes.

Artículo 4º—Imparcialidad. Actuar de manera objetiva e imparcial en relación con las partes que intervengan en los actos otorgados, apegado a los valores de integridad, coherencia, honestidad y transparencia.

Artículo 5º—Asesoramiento y secreto profesional. Dar un asesoramiento cuyo contenido esté definido por las normas que rigen la materia y los principios de transparencia, probidad y lealtad al usuario. El servicio debe ser seguro y eficaz, tanto respecto del documento como de su legitimidad, todo lo cual está sujeto al secreto profesional.

Artículo 6º—Actos pre-escriturarios. Valorar el hecho de que la excusa o bien la autorización y expedición de un instrumento notarial, representan el ámbito ético-profesional del notario. Por esa razón, los actos pre-escriturarios, tales como los estudios registrales, la comprobación de identidades físicas y jurídicas, la

capacidad volitiva, cognitiva y legal de las personas y las facultades de los representantes en los casos de personas jurídicas, representan en el asesoramiento la parte esencial para la conformación de las voluntades y es el momento oportuno para excusarse de prestar el servicio.

Artículo 7º—Normas respecto del matrimonio. Velar por la correcta aplicación de las normas que rigen la constitución de un acto solemne como el matrimonio, máxime en casos particulares o excepcionales como el del matrimonio de extranjeros.

Artículo 8º—Honorarios. Cumplir con la disposición legal contenida en el Código Notarial² de que el notario no puede cobrar menos ni más de lo establecido en el arancel respectivo, disposición que implica la imposibilidad de transacción en materia de honorarios. Se excluyen de esta disposición los notarios consulares y aquellos en régimen de empleo público autorizados según criterio de la Sala Constitucional, quienes brindan ese servicio únicamente para la institución para la cual laboran y por el cual reciben salario.

Artículo 9º—Horario. Brindar el servicio dentro de un horario que permita al usuario la posibilidad de recurrir a él sin sujeción a intereses particulares del fedatario respetando así la disponibilidad establecida en el CN cuando señala que todos

los días y horas son hábiles para el ejercicio del notariado. El derecho a la rogación del servicio consolida un acto potestativo del usuario, y correlativamente, una disposición continua por parte del notario. Por esa razón, el notario no puede adquirir compromisos que vayan en detrimento de su disponibilidad para brindar el servicio.

Artículo 10. —Actividad no contenciosa. Actuar conforme a los valores propios de la actividad jurisdiccional, dado que las actuaciones notariales respecto de la actividad judicial no contenciosa, tendrán igual valor que las practicadas por los funcionarios judiciales competentes”.

Las directrices anteriores, ponen en evidencia la importancia que le concede la DNN a los principios éticos como parte inherente de la función notarial, así como su vinculación con la fe pública y el garantizar con ello, la seguridad jurídica en todas las actuaciones notariales. Si bien, no compartimos que todos los postulados indicados se refieran a principios éticos, es clara la relevancia que le otorgan. Consideramos que la DNN, en ellas, confunde los deberes de la función notarial y los principios éticos, además de tratar sin diferenciación la ética y la moral, situación que debe revisarse.

A pesar de la falta de precisión conceptual, existe un interés manifiesto del legislador y

de las DNN de sancionar las faltas a la ética en el ejercicio del notario. Sin embargo, estás en nuestro país carecen de fundamento normativo para su sanción disciplinaria.

1.4 El fin social del derecho notarial

Para dar respuesta a la interrogante planteada cabe recordar que el derecho es una ciencia social, lo cual implica que su configuración está determinada por el espacio y el tiempo en donde se desarrolla. “En otros términos, el significado de las normas se extiende a la sustancia de los intereses sociales cuya tutela busca la comunidad jurídica (sea el Estado u otro ente similar)” (Falsea, 2001, p.89). Por ello, para tomar una determinación acerca de la necesidad de un Código de Ética, resulta necesario remitirnos a los fines del derecho notarial, para decretar si la configuración de un Código de esta naturaleza es concordante con ellos.

Cabe recordar que los ordenamientos jurídicos, a través del derecho, procuran la tutela de los bienes que consideran relevantes socialmente, a partir del establecimiento de regulaciones y de la normativa que lo posibilita. El procurar un bienestar general básico, permite integrar un conjunto variado y complejo de condiciones sociales que fundamentan los niveles de cohesión social necesarios en un entorno colectivo. Su ausencia o debilitamiento, genera conflicto social; sobretodo el descontento de los ciudadanos al no encontrar satisfechas sus pretensiones.

El Estado, ante esta necesidad se convierte en garante, el cual se debe encargar de promover el bienestar social entre todos sus ciudadanos. Es por ello que las políticas públicas y las regulaciones normativas son un instrumento esencial, que permite la realización de dicha labor.

El capital social a partir de lo anterior, se configura como un elemento esencial que conforma el bienestar social, ya que a través de este concepto se reconoce la importancia que adquieren las relaciones sociales y los recursos que se gestan como consecuencia de éstas. De ahí que cualquier afectación colectiva disminuye y afecte a este capital.

Con ello el tema de la seguridad jurídica existente debe expandirse para lograr una clara comprensión del conjunto de elementos básicos que configuran ese bienestar, permitiendo un nivel mínimo de cohesión social.

Sobre este tema en el ámbito jurisprudencial se ha establecido que

“[...] en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. [...]. La norma obliga entonces, a operar en función de los requerimientos sociales de los ciudadanos, a los que deben

sacrificar sus políticas o intereses propios y su conveniencia; tal disposición tiene fundamento en la constitución que ordena al Estado, lo que abarca a sus entidades autónomas, a procurar el mayor bienestar a los habitantes del país, donde toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. En consecuencia, no deja de ser una aberración jurídica el que un instituto reclame la devolución de un terreno que eventualmente puede que sea dedicado a un servicio, a otra corporación que lo está usando actualmente en un servicio público, imponiéndole de paso la destrucción de las instalaciones creadas al efecto, con grave perjuicio de los fondos de la comunidad y de los intereses de los ciudadanos, a los que ambas por ley y razón de su existencia deben proteger y asistir” (Sentencia N° 0167-2000 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección II).

En esta labor las actividades profesionales contribuyen a garantizar ese bienestar social, al tener un fin social objetivo; por ello es que podemos ubicar en este contexto la función notarial, que se manifiesta a través de sus dos fines principales como lo son: la eficiencia propia del ejercicio mismo de la profesión y la colaboración con la armonía social (Infante, 2001, p.26).

Es este último fin es el que adquiere relevancia para el tema en discusión, ya

que este se materializa por medio de la fe pública al concederle la presunción legal de veracidad a los actos realizados por el notario, es una confianza colectiva que se deposita en el notario. Lo que a su vez supone seguridad y certeza jurídica.

Colectivamente, éste fin de la actividad notarial, resulta necesario para el establecimiento del orden social, al respecto se plantea que

“la certeza que produce la fe pública, produce armonía y por ende estabilidad a la sociedad, pues estas manifestaciones externas son garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y debe constituir plena prueba ante todo y contra todos, cumpliéndose el fin mediato de la función notarial” (Infante, 2001, p.29).

En este sentido, nos propone que

No nos podemos detener en “ lo que es” la conducta del notario como oficio con arte, ciencia, lógica, técnica, juridicidad y honestidad. Lo cierto es que después de recorrido el proceso notarial, se obtiene un resultado: el documento como “producto valioso de la cultura socio-jurídica”, con relevancia social, práctica y jurídica especial. Ese documento se sale, entonces, de un medio natural e ingresa a la sociedad yola jurisdiccionalidad, esto último, si con base en él, surge

una litis, punto que nos obliga a pesar, primero, en un posible juzgamiento que puede darse ante el juez competente, desde el punto de vista del contrato o negocio jurídico o del acto notarial mirado desde la perspectiva del derecho sustancial y, segundo, en un proceso disciplinario ante la autoridad notarial que la ley haya establecido como competente para ello, a fin de que revise toda la actuación del notario, establezca si incurrió desde el punto de vista notarial en falta ético o no y, si sucedió lo primero, lo sancione” (XXI Congreso del Notariado Latino).

Los usuarios y el mismo Estado, son los interesados directos para que la labor notarial sea desempeñada de la mejor manera. De ahí que el establecimiento de un Código Notarial vendría a ser una garantía en el cumplimiento de dicho fin.

2. NUESTRA RECOMENDACIÓN

¿Un Código de Ética Notarial?

Ante la interrogante planteada y tomando en cuenta todos los elementos esbozados, consideramos que si es necesario, por la función que cumple el notario en el país y por las distintas disposiciones en el ordenamiento, la elaboración de un Código de Ética Notarial.

Creemos que el establecimiento de dicho Código maximizaría la aplicación del fin

último de la labor notarial, como lo es su colaboración con la armonía social, ya que por medio de la fe pública, se le confiere certeza a los actos y contratos que ocurren en su presencia, en procura de la seguridad jurídica y el orden social. Siendo éste un aspecto esencial para toda sociedad al pretender una convivencia pacífica; lo sería aun mejor si este ejercicio profesional se desempeña bajo el cumplimiento de un orden ético, regulado por medio de principios en un Código de Ética Notarial.

Sin embargo, recomendamos tener claridad conceptual, para no confundir moral y ética como lo hace la DNN en sus directrices o el mismo legislador en el Código Notarial en su artículo 3.

Realizar el Código de Ética, supone una concepción clara de sus fundamentos, una aplicación consciente de principio; los cuales no se agotan en sí mismos.

En suma, como bien recuerda la DNN

“...el ejercicio de la función notarial delegada por el Estado en el Notario Público debidamente habilitado, exige de éste, un ejercicio seguro y eficaz, donde convergen una serie de principios éticos y morales, que el fedatario debe tener presente al brindar el servicio, así tenemos que, de acuerdo a la ley, el Notario Público, en el ejercicio de la función notarial debe cumplir con ciertos requisitos, condiciones y deberes y

todas las actuaciones notariales, por su naturaleza, exigen una adecuada asesoría jurídico notarial dentro de un clima originado y dirigido por principios ético morales”. (Directriz N° 2001-04 de la Dirección Nacional de Notariado).

De ahí la necesaria confección de un Código de Ética, que permita potenciar el fin social de la labor notarial.

2.2 De los principios éticos

Ante el requerimiento y necesidad de un Código Ética Notarial en nuestro país, proponemos los siguientes cinco principios éticos, que deben ser los pilares en el ejercicio profesional de todo notario:

2.2.1 Diligencia

Este principio supone que el notario debe de actuar con sumo cuidado, prestando atención y siendo eficiente en el manejo de todo acto que se le solicita. Sobre éste indica Viñas que

“este diligencia a de ponerla de manifiesto en pequeñas cosas, reveladoras de un orden en la organización: puntualidad en el horario de atención, carpetas y fichas para cada caso, un mínimo de control contable, etc.” (1972, p.116).

Diligencia, refiere entonces a las obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad

profesional notarial y a la diligencia como cualidad subjetiva que implica cuidado, capacidad técnica, oportunidad y exactitud en la ejecución de las prestaciones y deberes profesionales. Toma en cuenta el comportamiento del profesional como organizador de su trabajo y su notaria, como bien lo indicó la cita anterior.

Así mismo, hace referencia al cuidado, a la agilidad, a la prontitud en la ejecución del trámite solicitado, obliga al notario a realizar todos los trámites y de cumplir con todas las formalidades para que el instrumento tenga la debida eficacia jurídica. Además, de analizar, prever y decidir la opción más adecuada para cada usuario y para cada situación, evitando todas las situaciones de riesgo que puedan afectar los intereses de los usuarios.

2.2.2. Probidad

Este principio comprende la honestidad, integridad y rectitud del comportamiento del notario cuando asesora y atiende a sus usuarios.

El principio de probidad está claramente ligado a la legalidad, estableciendo la ley los parámetros de actuación del notario, en el artículo 34 del Código Notarial al indicar que le

“Compete al notario público:

a) Recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las

manifestaciones de voluntad de quienes lo requieran, en cumplimiento de disposiciones legales, estipulaciones contractuales o por otra causa lícita, para documentar, en forma fehaciente, hechos, actos o negocios jurídicos”.

En este sentido, la misma DNN ha indicado que se contraviene el principio de probidad cuando

“el Notario Público autorice y expida documentos estando suspendida la vigencia de la función notarial, incurre en un ejercicio al margen de la ley, por cuanto violenta el ordenamiento notarial, y su conducta es reprochable desde el punto de vista ético moral, cuando conociendo la causa impeditiva, proceda a brindar el servicio notarial a los usuarios que concurran en vía de un asesoramiento. Con este actuar, el fedatario afecta la fe pública, de la cual éste es revestido. Este ocultamiento que realiza el notario, implica la violación a la ley en la materia, los principios que rigen la misma y las normas ético moral del decoro, probidad y lealtad hacia los usuarios, terceros o la misma fe pública” (Directriz N°004-2001 de la Dirección Nacional de Notariado).

Así mismo, este principio se ve afectado con la competencia desleal, resulta interesante analizar el artículo 7 del Código Notarial del Perú que expone que varios supuestos en los que se configuran la competencia desleal

“a) La competencia desleal. Se consideran actos de competencia desleal:

1. Obtener clientela cobrando honorarios inferiores a los establecidos en el arancel;

2. Utilizar personas u oficinas, que fuera del oficio notarial se dediquen a captar clientela;

b) La intervención y opinión en perjuicio de la calidad personal o profesional de otro colega;

c) (...)

d) (...);

e) Toda clase de publicidad, por cualquier medio de comunicación social, con excepción de avisos escritos que se limiten a anunciar el nombre del Notario, su dirección y horario de trabajo;

f) (...)

g) Gratificar para que se le recomiende o asigne trabajos;

h) (...).”.

2.2.3 Actualización constante de conocimientos

Este principio de actualización contiene el principio de ciencia, los cuales plantean

el deber ético del notario de tener un conocimiento lo más generalizado y profundo que le sea posible de todo el derecho positivo vigente, sea doctrina, jurisprudencia y legislación. Este supone el estudiar constantemente, ya que el derecho notarial como ciencia social se transforma constantemente.

Sobre éste nos dice García que

“este principio deontológico, que se ha definido como universal, en el sentido de que se aplica a todas las profesiones, artes y oficios, exige en nuestro caso, que el profesional deba estar actualizado, deba continuar su proceso de aprendizaje y de creación del derecho sustantivo, de fondo, y el derecho adjetivo, de forma: el derecho notarial.

El profesional en derecho está, a partir de este principio obligado a conocer el derecho sustantivo y adjetivo aplicándolo adecuadamente a cada una de las situaciones y haciendo las valoraciones éticas necesarias para prever las implicaciones práctico-sociales de las mismas”(2007, p.11).

2.2.4 Independencia

Se entiende como la ausencia de toda forma de injerencia, interferencia, de vínculos

y de presiones que tiendan a influenciar, desviar o distorsionar la acción del notario para la consecución de los fines propios de la profesión. Este principio supone la autodeterminación del profesional, no sólo desde el punto de vista técnico, sino en relación a los comportamientos que complementan a éstos.

Al respecto García plantea que

“este principio, al igual que los que le siguen, es considerado como sectoriales, y hace referencia a la exigencia del profesional de ser el director de todo el ciclo cartular y de los procesos no contenciosos en Sede Notarial.

No debe haber injerencia externa que dirija irresponsablemente la generación de los documentos notariales, mucho menos los instrumentos públicos en cuanto a la información que en ellos se consigne y la documentación que se debe guardar en el respectivo protocolo de referencia.

Si se pierde la independencia se pierde la objetividad y la imparcialidad que se busca del notario público, con lo cual se está perdiendo parte sustancial de su deber ser. El elemento subordinación a un superior podría en algunas situaciones particulares generar instrumentos parciales en beneficio de una de las partes” (2007, p.13).

Así mismo, este se manifiesta con la prohibición de autorizar actos o contratos en los cuales el notario tenga un interés particular. Este principio se regula en el artículo 7 y 35 del Código Notarial al exponer que

“Artículo 7.- Prohibiciones

Prohíbese al notario público:

c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad. Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales.

Artículo 35.- Imparcialidad de la actuación

“Como fedatarios públicos, los notarios deben actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia”.

2.2.5 Respeto a la dignidad y derechos de los usuarios

Y por último, pero no menos importante, consideramos que un principio ético esencial es el respeto de la dignidad y los derechos de los usuarios. La dignidad se entiende como la actuación que evidencia auto respeto y consideración a la calidad profesional y persona de bien. La persona digna se respeta a sí misma, respeta a los demás y hace respetar su profesión.

3. REFLEXIONES FINALES

Una vez realizado el repaso de los temas éticos, morales y deontológicos, vemos como la existencia de un Código que rijan la materia del Notariado en nuestro país, se hace cada vez más necesaria.

Aún cuando se concluye que muchos de los principios éticos y la organización que presentan otros países, están cubiertos por nuestro ordenamiento jurídico, creemos necesario redactar un nuevo Código de Ética que cubra la profesión del Notario, pues en este momento solo existe del Código de Ética de los Abogados.

Si bien es cierto, la Dirección Nacional de Notariado ha creado los lineamientos del ejercicio de la profesión del Notario, en donde se mencionan los principios éticos, es necesario que un cuerpo colegiado administre en forma uniforme el quehacer de este profesional.

Por último, es recomendable que en nuestro país se logre la separación entre la labor del Colegio de Abogados y el de Notarios, de manera que cada uno pueda velar por los intereses específicos de su gremio y no deba mezclarse ambos quehaceres particulares.

Sin embargo, recomendamos claridad conceptual entre moral y ética, ya que ello permitirá la correcta aplicación y puesta en ejecución del Código mismo.

En este sentido, sugerimos la revisión de Código de Ética Notarial de otros países, tales como Perú, Uruguay, así como el de Buenos Aires Argentina o el de Veracruz México; que orientan en alguna medida la elaboración del requerido Código de Ética en nuestro país.

4. FUENTES CONSULTADAS

- Aparisi, Ángela (2006). Ética y deontología para juristas. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, España.
- Brenes Córdoba, Alberto. Ensayo sobre la moral y profesión del abogado. Editorial Jurídica Continental S.A.
- Berumen de los Santos, Nora y otros (2003). Ética del ejercicio profesional. Compañía Editorial Continental. Universidad Autónoma de Nuevo León, México.
- Chinchilla Sandí, Carlos (2006). El Abogado ante la moral, la ética y la deontología jurídica. En: Salas, Angie y Matarrita, Rosaura (2006). Antología

- sobre temas éticos, morales y deberes jurídicos. Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Código de Deberes Jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho.
- Código Notarial (2010). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.
- De Zan, Julio (2004). La ética, los derechos y la justicia. Fundación Konrad-Adenauer Uruguay.
- Dirección Nacional del Notariado (2002). Directriz No. 2001-004.
- Dirección Nacional del Notariado (2005). Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial.
- FALZEA, Ángelo (2001). Eficacia Jurídica. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- García Aguilar, Rodolfo (2007). La ética del notario público. Revista de Ciencias Jurídicas, N° N°112 (153-170) enero-abril.
- Infante, Gustavo (2002). Excelencia de la calidad notarial y su debida información. Proyecto de Graduación, Maestría en Derecho Notarial y Registral. Universidad de Costa Rica.
- Lega, Carlo (1983). Deontología de la Profesión de Abogado. Editorial Civitas S.A. Segunda Edición.
- Marlasca López, Antonio (1997). Introducción a la Ética. San José, Costa Rica. EUNED.
- Muñoz Céspedes, William (1989). Ética Notarial. Consideraciones. Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Pérez Fernández, Bernardo (1996). Ética Notarial, Editorial Porrúa, Av. República Argentina, México.
- Savater, Fernando (1998). Ética, Política, Ciudadanía. Editorial Grijalbo S.A. México.
- Sentencia N° 0167-2000 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección II
- Viñas, Raúl (1972). Ética de la abogacía y de la procuración. Ediciones Pannedille. Buenos Aires, Argentina.
- Voto N° 08197-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- XXI Congreso del Notariado Latino. Tomado de la página <http://revistanotarios.com/?q=taxonomy/term/7/9>, el día 09 de setiembre del 2010.

Zeledón Zeledón, Ricardo

DERECHO AGRARIO CONTEMPORÁNEO, JURUÁ, CURITIBA, 2009.

Zeledón Zeledón, Ricardo

INTRODUCCIÓN AL DERECHO AGRARIO CONTEMPORÁNEO, CONTEMPORÁNEA, SAN JOSÉ, 2009.

DR. ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR

Miembro del Comité Americano de Derecho Agrario
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela
Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela

Según MARIO VARGAS LLOSA, en su Ensayo **La tentación de lo imposible**, sobre la novela de VICTOR HUGO, **Los Miserables**, "*los libros se deben elogiar por fuerza contagiosa que emana de sus paginas*". Creo, que si en algunos libros de RICARDO ZELEDÓN se nota esa fuerza es en estos últimos del Derecho Agrario Contemporáneo. Primeramente, porque quiere convencernos del carácter planetario que ha alcanzado el Derecho Agrario. Fundamentalmente por medio de método sistemático-comparativo que mayor frecuencia se emplea normalmente en su estudio. Asimismo, porque la actividad agraria como proceso productivo es esencia igual en todas partes del mundo. Y, además, porque socialmente la agricultura es más un modo de vida que una técnica o un negocio

o una política pública, y por ello por su vinculación con los derechos humanos, es un Derecho universal por definición es un derecho universal. Así, cuando se procura mejorar las legislaciones y las instituciones que tienen que ver con la actividad agraria, lo que se pretende primordialmente es dar de comer y de beber a las poblaciones y de facilitarles el acceso a la tierra y a un ambiente sano, porque de ello depende el derecho superior de la vida. Y por último, en razón de que hoy el Derecho Agrario, a diferencia de otros derechos es cada vez más internacional o supranacional por la solidaridad entre los pueblos cuya fuente son esos derechos fundamentales.

Este es el empeño de los libros de RICARDO ZELEDÓN, y de éstos que con

complacencia presentamos. Contagiarnos de su universalidad. Las líneas gruesas de la sistemática que propone para este Siglo XXI es la mejor prueba de ese empeño. La construcción de una nueva Cultura jurídica a través de las fuentes, los principios generales, la interpretación y de un verdadero sistema jurídico que denomina Derecho Agrario Contemporáneo, donde todo encuentre explicación científica. Para ello considera necesario llevarnos al encuentro del Derecho Agrario con la Filosofía del Derecho y con los derechos humanos y con la teoría tridimensional del Derecho de MIGUEL REALE de entender el derecho integralmente como norma, conducta y valor, para luego sistematizar su objeto, método, fuentes, e interpretación. De sus normas para facilitar el tránsito de la aplicación de su normativa a la realidad. En este orden de ideas, pocos autores de Derecho destacan como factor de los grandes cambios jurídicos, y en concreto de las nuevas dimensiones del Derecho Agrario a la conciencia internacional a través de la solidaridad. Que RICARDO ZELEDÓN cree que ha de darse en cada una de esas dimensiones de este Derecho. En los mercados, en el ambiente y la alimentación como valores a proteger para la promoción del desarrollo de las personas como un fin, en la modernización de los institutos jurídicos, de los sistemas judiciales, de la institucionalidad administrativa y de la legislación como medios, bajo las nuevas dimensiones que vienen de la humanidad a través de los principios de la seguridad

alimentaría, de la protección ambiental y de la paz, como axiología jurídica.

Particularmente, quiero destacar el nuevo aporte de RICARDO ZELEDÓN a la Teoría del Derecho Agrario Moderno, cual es su visión filosófica. Que ZELEDÓN la encuentra en la influencia que tienen los derechos derivados de la dignidad de las personas, que hace que el Derecho Agrario Contemporáneo tenga una visión antropocéntrica y no estatocéntrica o mercadocéntrica. Según la cual la intervención del Estado y el mercado no son fines del Derecho Agrario sino medios para el desarrollo integral de las personas, que parte de la idea de que el Estado y el mercado existen para las personas y no las personas para el Estado o el mercado. De esa manera se puede hablar, entonces, de un Derecho para el desarrollo humano. Esto es la introducción del humanismo como filosofía de un Derecho Agrario universal. Y que por eso es también un Derecho de la paz, porque ni su aplicación enerva los conflictos, ni fomenta los odios y los conflictos de clase o de intereses, sino que los canaliza y los pacifica a través de una justicia humanitaria y no guerrerista., que busca la convivencia y la conciliación antes que la litigiosidad como objeto del proceso. La tesis de RICARDO ZELEDÓN es la del Derecho Agrario Humanista y Pacifista, pero que no se queda en lo teórico sino que incide en lo práctico, canalizando la solidaridad a través del contenido social que le insufla a la empresa, a la propiedad y posesión y a la libertad de asociación y de intercambio,

sin que las obligaciones solidarias que supone ese contenido social desconozca el carácter primigenio de esos derechos. Por supuesto, que ese Derecho Agrario Humanista tiene como entorno la libertad que es el ambiente natural de las personas. Esa visión filosófica del Derecho Agrario Contemporáneo parte del pluralismo como presupuesto, que es base fundamental del Estado democrático social y de Derecho, para que aquél derecho pueda considerarse un Derecho universal. Es decir, el derecho Agrario Contemporáneo parte del concepto de que en el mundo hay ideas, sistemas y concepciones diferentes, que para que se de esa visión humanista, se deben respetar nacional e internacionalmente, sin que se puedan transportar automáticamente o imponerse. Al respeto quisiera recordar lo que filósofo humanista JACQUES MARITAIN decía, que "el pluralismo es la medida de la libertad"; y yo agregaría y del Derecho.

En el tiempo presente y en el que viene, no puede escribirse ni hablarse del Derecho Agrario sin una referencia obligatoria a la Obra de RICARDO ZELEDÓN, que como figura señera de este Ciencia une y congrega al agrarismo mundial, como en su época lo hicieron BOLLA y CARROZZA; y, que en el devenir de este Siglo XXI seguirá tripulando y guiando la nave del Derecho Agrario como experimentado piloto por los mares procelosos del Derecho, trazando su rumbo cierto hasta llegar al

puerto seguro de su consolidación como Derecho de la postmodernidad, por encima de las discrepancias propias de los seres humanos, por tener visión clara y mano firme para sostener el timón y para fijar criterios precisos de orientación de las rutas que debe seguir el Derecho Agrario en este Siglo, cuyas Obras sirven de cartas de navegación a quienes decidan subirse a la nave de este Derecho.

El escritor venezolano ARTURO USLAR PIETRI decía que a las personas hay que valorarlas por los libros que leen. Yo pienso que también por los libros que escriben. Y RICARDO ZELEDÓN vale por lo que ha leído y por lo que ha escrito. De él se puede decir lo que se dijo de Marcelino Menéndez y Pelayo, que guardaremos con amor sus libros, porque hacen germinar miles de ideas en los cerebros, como arcas santas del gusto y de la belleza y porque de sus páginas bebemos vinos que remozan el alma.

No quisiera terminar estas palabras sin referirme a la parte íntima que tiene todo Libro y que se descubre en las manifestaciones personales de los autores. Sobre todo en Libros como los de RICARDO ZELEDÓN, que dije al comienzo, de cuyas páginas emanan fuerzas contagiosas. Esa parte íntima es la verdadera inspiración de los Libros y la razón de ser de esas fuerzas y que motivaron escribir el Libro. En este caso del "Derecho Agrario Contemporáneo" de

RICARDO ZELEDÓN esa inspiración se descubre en la dedicatoria de este Libro a su esposa, DOÑA CAROLINA DE ZELEDÓN, que dice así: " A Carolina, con todo mi amor, en este año maravilloso e inolvidable, de reencuentro verdadero con Cristo, de amor santo y de grandeza de espíritu, con nuestra

Boda sacramental *hasta que la muerte nos separe*".

Quien dice esto y lo deja por escrito, en el prólogo de una de sus mejores Libros, tiene que ser un buen escritor, una buena persona y sobre todo un gran hombre.

Buenos Aires, 22 de septiembre de 2009.

