

Nº 44  
MAY - AGO  
1981

REV 155937

DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA, FACULTAD  
DE DERECHO



28035 4 DIAS

04 MAYO 1982

Sistema de Bibliotecas - UCR  
  
REV 155937



COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

No. 44



SAN JOSE, COSTA RICA  
MAYO - AGOSTO  
1981



JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

1982

Presidente:

Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco

Vice-Presidente:

Lic. José Miguel Corrales Bolaños

Secretario:

Lic. José Miguel Fonseca Saborío

Prosecretario:

Dr. Luis Paulino Mora Mora

Tesorero:

Lic. Hernán Vega Miranda

Fiscal:

Dr. Mario Houed Vega

Vocal 1°:

Licda. Mercedes Valverde Kopper

Vocal 2°:

Lic. Carlos Corrales Solano

Vocal 3°:

Lic. Eduardo Sancho González

Vocal 4°:

Lic. Antonio Bastida de Paz

Vocal 5°:

Lic. Eduardo Aguilar Bloise

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:  
Dr. Luis Garita

Rector:  
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:  
Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:  
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:  
Licda. Mireya Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:  
M. Sc. Alvaro Montoya

Vice-Rector de Administración:  
Lic. Wallace Cover

Decana Facultad de Derecho:  
Licda. Sonia Picado

Vice-Decano Facultad de Derecho:  
Dr. Enrique Rojas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas: (a. i.)  
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Coordinador del Sistema de Estudios de  
Posgrado:  
Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:  
Dr. Jézer González

PRESENTACION

En esta edición de la revista se imprimen varios trabajos de investigación y el discurso del Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica, Lic. Manuel Emilio Rodríguez, pronunciado para conmemorar los cien años de fundado dicho colegio.

Seis investigaciones se incluyen aquí en el campo de la historia del derecho, derecho civil, derecho ambiental, filosofía del derecho, derecho de familia y derecho laboral administrativo, en su respectivo orden.

Agradecemos la amable colaboración de los escritores y la gentileza de los lectores de esta publicación.

Importa destacar aquí que los números de esta revista relativos a este año de 1981 son un homenaje a todas las generaciones de abogados que durante los años de vida de la República de Costa Rica, han dedicado su esfuerzo, talento y sacrificio a desarrollar y mantener nuestro sistema democrático y nuestro Estado de Derecho.

*i. e. romero p.*



... en la historia de la nación...  
... el desarrollo del país...  
... la cultura y el arte...  
... la ciencia y la técnica...  
... la economía y el comercio...  
... la política y el gobierno...  
... la justicia y el derecho...  
... la educación y la cultura...  
... la salud y el bienestar...  
... la familia y la vida...  
... la patria y el deber...  
... la libertad y la justicia...  
... la fraternidad y el amor...  
... la paz y la armonía...  
... la fe y la esperanza...  
... la vida y la muerte...

**Discurso del Presidente del Colegio de Abogados, Lic. Manuel Emilio Rodríguez, el 6 de agosto de 1981, en ocasión de celebrarse el centenario de fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica\***

... el honor de la profesión...  
... el deber del abogado...  
... el servicio al ciudadano...  
... el fortalecimiento del Estado...  
... el desarrollo del país...  
... la cultura y el arte...  
... la ciencia y la técnica...  
... la economía y el comercio...  
... la política y el gobierno...  
... la justicia y el derecho...  
... la educación y la cultura...  
... la salud y el bienestar...  
... la familia y la vida...  
... la patria y el deber...  
... la libertad y la justicia...  
... la fraternidad y el amor...  
... la paz y la armonía...  
... la fe y la esperanza...  
... la vida y la muerte...

\* El período presidencial del Lic. Rodríguez comprendió los años 1980-81.

Señor Presidente de la República  
 Señor Presidente de la Asamblea Legislativa  
 Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia  
 Señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones  
 Señores Ministros de Gobierno  
 Señores Diputados  
 Señor Contralor General de la República  
 Excelentísimo y Reverendísimo Nuncio Apostólico  
 Excelentísimos y Honorabilísimos Jefes de Misión  
 Excelentísimo Señor Arzobispo de San José  
 Distinguidos Colegas  
 Señoras y Señores

Luego de un prolongado período —iniciado en 1857— que lo mantuvo en estado embrionario y bajo el manto protector de la Corte Suprema de Justicia, surge a la vida jurídico-institucional, nuestro Colegio de Abogados, con esencia, jurisdicción y regulación propias, mediante el Decreto N° 24 del 6 de agosto de 1881, suscrito por el Designado en ejercicio del Poder Ejecutivo don Salvalor Lara y por el Secretario de Estado, en el Despacho de Gracia y Justicia, Licenciado Manuel Argüello, Decreto publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 1035 del día 7 de agosto de 1881. Su primera Junta Directiva fue electa pocos días después, cursándose las notas de estilo, de fechas 12 y 16 de agosto, entre el primer Presidente del Colegio, don Eusebio Figueroa, y el Ministro don Manuel Argüello (Gaceta N° 1044 de 17 de agosto de 1881). Por la trascendencia histórica de esos documentos, estimo importante recordar su contenido:

“Honorable Sr. Srio. de Estado  
 en el Despacho de Justicia.  
 San José, agosto 12 de 1881.

Me hago la honra de participar a US<sup>a</sup> Honorable, que en sesión de esta fecha, tenida por el Colegio de Abogados de la República, se procedió a la elección de la Junta de Gobierno, que debe regir en el primer período legal; y que obtuvieron la elección, para los diversos puestos designados por la ley, los abogados que se mencionan:

Para Presidente, el infrascrito."

Para Vocales, los señores, Doctor don Antonio Zambrana, Doctor don Salvador Jiménez, Lic. don Vicente Sáenz, Lic. don José J. Rodríguez y Licenciado don Alejandro Alvarado.

Para Fiscal, el Lic. don Ascención Esquivel.

Para Tesorero, Lic. don Benito Serrano.

Para Secretario, Lic. don Anselmo Castro; y

Para Pro-Secretario el Lic. don Andrés Venegas.

Recibo US<sup>a</sup> Honorable el homenaje de mi consideración distinguida,

Eusebio Figueroa

Palacio Nacional

San José, agosto 16 de 1881

Señor Presidente del Colegio de Abogados de la República.

He dado cuenta a S.E. el señor designado en Ejercicio, del Poder Ejecutivo de la comunicación de U. en que se sirve participar la elección hecha por el Colegio de Abogados, de las personas que deben formar la Junta de Gobierno del mismo.

En contestación tengo el placer de decir a U. que S.E. en vista de la atinada elección con que el Colegio inaugura y principia su existencia, se confirma en las esperanzas halagüeñas que le impulsaron a dictar el decreto de 6 del corriente y felicita a U. y a los demás miembros de la Junta de Gobierno, por el merecido honor con que se les ha distinguido.

Soy de Ud., con distinguida consideración, atento servidor,

Argüello"

Estos documentos constituyen plena prueba, y no dejan duda alguna respecto de la fijación histórica del 6 de agosto de 1881, como la fecha indiscutible de la fundación de nuestro Colegio.

Llega así a su plenitud, un proceso impulsado por los pensadores liberales de la época, que tuvieron la oportunidad señera de escanciar en las fuentes mismas de la cultura occidental, las corrientes de ideas y movimientos filosóficos que vendrían a impregnar la institucionalidad costarricense, en buena parte producto de aquella generación de oro, que llegaron a estimar que se hacía necesario e impostergable la creación de un Colegio de Abogados, para reglar la conducta y actividad de los colegiados y para normar inclusive el estudio del Derecho.

Ese tan particular grupo de eminentes costarricenses, diferentes entre sí e inclusive antagónicos, estaban unidos especialmente por su acendrado amor a la Patria, así como por su fe profunda en el Derecho, como único medio de dirimir las controversias entre los hombres y entre las naciones. Recordemos sólo, que su contribución resultó fundamental en el proceso de formulación, estudio y emisión de las clásicas leyes del 88 (Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica de Tribunales).

En razón de escoger un ejemplo representativo de lo que fue esa pléyade de patricios, me resulta obligado mencionar al Doctor Eusebio Figueroa, primer presidente del Colegio de Abogados y lo recuerdo con ilustres y atinadas palabras ajenas, las del Doctor José María Castro Madriz, quien dijo:

"De índole grave pero adornada de las más finas maneras, sin faltar una afabilidad oportuna y exquisita, de trato sencillo, conversación amena, atractiva y ocurrente; de moralidad acrisolada e intachables costumbres, laborioso y ordenado; accesible al válido como al infeliz, caritativo y desinteresado, el Doctor Figueroa se captaba las simpatías y la estimación de cuantos le conocían. Ora de catedrático o Rector de la Universidad, ora de Magistrado o Regente de la Corte Suprema de Justicia, ora de Secretario de Estado, ora de Diplomático de la República en el Extranjero, el Doctor Figueroa prestó importantes servicios a la Patria, los prestó con la rectitud e hidalguía que siempre le caracterizaron, con la firmeza y energía que le eran propias y con la modestia en que vivió y la escasa fortuna que dejó. Entre los buenos servidores de la nación se distinguió como uno de los más conspicuos."

Su recia personalidad fue polifacética y se distinguió en todos los campos en que incursionó. Entre sus logros más impresionantes se le reconoce haber sido quien terminó con la influencia políticomilitar de los "hacedores de Presidentes", afirmando el sentido civil de nuestra vida pública y acabando con el predominio de la oligarquía militar. Como diplomático, como político, como educador, como magistrado, como abogado y como hombre de acción, siempre sobresalió por sus nobles virtudes y claro pensamiento, que lo llevaron a ocupar prácticamente los cargos públicos de mayor importancia. La educación plena del pueblo fue su más admirable preocupación, en su ferviente propósito de que Costa Rica llegara a ser una democracia culta y consciente de sus deberes y de sus derechos.

Fue en suma el Doctor Figueroa un gran hombre de Estado y tiene sobradamente ganados los honores y distinciones que identifican a los más esclarecidos costarricenses.

Por eso y por considerar que el Colegio de Abogados está en deuda con su ilustre fundador, con ocasión de esta solemne celebración, propongo rendirle el merecido homenaje de que se le designe Benemérito de la Patria. Al efecto nos comprometemos a presentar ante la Asamblea Legis-

lativa el correspondiente proyecto de ley, de consuno con un distinguido grupo de educadores, encabezado por el profesor don Delio Villalta Chaves, quien ha dedicado todo su esfuerzo al estudio y difusión de la vida y obra de tan brillante hombre público.

Cien años en la historia del hombre es poco tiempo, pero cien años de una institución en un país joven, de una institución que ha alcanzado tantos logros, es un período muy significativo, y el Colegio, y sus asociados con sus obras, dan fe de su trascendencia e importancia para el país.

Son los Abogados en buena medida, los responsables de la tan particular idiosincrasia del ser costarricense, de su formación y sensibilidad, de su gusto por vivir ordenadamente y en paz, de que se crea en el Derecho, de que se viva un Estado de Derecho y de que las diferencias de intereses se diluciden en los Tribunales de Justicia. Todo ello no es casual y se ha visto reforzado con el ejemplo y el consejo de los profesionales en Derecho a sus clientes y a los gobernantes, cuando no han ejercido ellos mismos los más elevados cargos públicos.

En todo este proceso justo es destacar la trayectoria digna, decorosa y ejemplarizante, que ha sabido mantener nuestro Colegio, y su permanente actitud de vigilancia discreta a la vez que firme y erguida, de las tradiciones republicanas y democráticas que son orgullo de nuestra Patria.

De los 21 Presidentes de la República que ejercieron la primera magistratura en el centenario que hoy concluye, 12 fueron abogados, y durante 64 de estos 100 años, el Poder Ejecutivo estuvo bajo la dirección de profesionales en Derecho; incontables Secretarías de Estado ayer y Ministerios hoy, han sido brillantemente desempeñados por colegas; de los Constituyentes de 1949, 30 eran abogados; muchos presidentes de la Asamblea Legislativa también lo han sido, y desde luego, obviamente de igual manera lo han sido de los Poderes Judicial y Electoral.

Mas no sólo en lo político y en lo profesional se ha distinguido el Abogado, también en lo académico e institucional: El Colegio mantuvo la Facultad de Derecho abierta, cubriéndole sus necesidades intelectuales y económicas, durante 50 años; detrás de la creación de la Universidad de Costa Rica estuvo también un Abogado Tinoco, así como en apoyo, y formulación, del régimen de derechos y garantías sociales, igualmente estuvo presente la vital influencia del abogado; y esa mano creadora, aceptada por los líderes, también la encontramos en la formación jurídico económica del moderno estado costarricense, a partir de las nacionalizaciones y de las descentralizaciones orgánico-formales.

Es obligado hacer referencia a la mujer costarricense en el aporte por ellas brindado en el campo del Derecho. Recuerdo entre ellas a la Licenciada Angela Acuña Braun,, nuestra primer Abogada, graduada en el año de 1925, a quien hasta su hogar le hacemos llegar el sentimiento de nuestro mayor respeto y admiración; con ella comenzó a contarse con la colaboración valiosa de la mujer en nuestro mundo forense, llegando a ser, actualmente, 270 las abogadas que honran la profesión y la enaltecen.

Para la celebración del Centenario, la Junta Directiva del Colegio ha preparado un vasto programa que hoy se inicia, y cuyo objetivo esencial ha sido llevar a cabo actividades tendientes a obtener logros efectivos en el estudio de temas de derecho, de verdadero interés nacional. Se ha estimado que ésta es la mejor forma de celebrar este acontecimiento, dedicando un importante esfuerzo, al análisis de investigación de instituciones de nuestro derecho positivo.

Al efecto tendremos un primer seminario dedicado al tema de "20 Años de Legislación y Política Agraria en Costa Rica", nombre que obedece al hecho de cumplirse dos décadas, de la promulgación de la Ley de Tierras y Colonización. Al mismo asistirán en condición de participantes y expositores, no menos de 15 profesores extranjeros especialistas en esta materia, que siempre mantiene tanta vigencia. Este seminario se celebrará en nuestra sede principal del 10 al 14 del presente mes de agosto.

Del 17 al 19, también de agosto, tendremos igualmente en nuestras instalaciones 3 jornadas de Derecho Penal sobre aspectos propios de esta disciplina, promovidas por el Centro de Estudios Jurídicos Francisco Chaverri.

Del 24 al 28 de agosto se celebrará el VIII Congreso de la Federación de Esposas de Abogados de Centroamérica y Panamá.

Y como culminación de las actividades académicas, del 30 de agosto al 5 de setiembre, se llevará a cabo un Congreso de Derecho Público especialmente orientado al estudio de la Ley General de la Administración Pública y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Este Congreso será del más alto nivel académico y contará con la asistencia de más de 12 tratadistas mundialmente reconocidos en el campo del Derecho Público, y ha sido posible realizarlo, gracias a la muy valiosa colaboración financiera de los Poderes del Estado e Instituciones Descentralizadas, que han mostrado intenso interés en las importantes conclusiones que se derivarán de un seminario de esta naturaleza.

Se efectuarán además durante el próximo mes y medio una serie de actividades adicionales, que se describen en el programa preparado al efecto.

Pretendemos que dentro de un marco de austeridad, propio de las difíciles circunstancias prevalecientes, pero a la vez en un ambiente fraterno y con la asistencia de la mayor parte de nuestros colegas, tengan todos estos actos el esplendor y lucimiento que merece un aniversario de esta magnitud.

No se cierra hoy un período, no, por el contrario, se abre uno nuevo, sin solución de continuidad. Aquí los frutos y allá la esperanza. En los Bufetes, los Tribunales, los cargos públicos, las Universidades —y aún en sus hogares— están aquellos a los que les corresponde, a la par del Colegio de Abogados, continuar la labor iniciada hace 100 años.

Con fervor y fe, se dirigió a los jóvenes hace un siglo el Doctor Antonio Zambrana en el acto de instalación del Colegio de Abogados, diciéndoles:

"Acaba de levantarse una tribuna en Costa Rica, —la tribuna de una ciencia, la tribuna de la ciencia más importante en mi concepto, de todos cuantos estudios metódicos realiza la inteligencia humana—, y al ocuparla el primero comprendéis que me posea una emoción profunda. Miro al porvenir y estoy contemplando en esta hora solemne, con la fantasía, la juventud gallarda y animosa que vendrá aquí a hacer sus mejores armas en el combate incruento de la palabra, que vendrá aquí a pensar en alta voz sobre los temas más graves que a la seria y laboriosa investigación pueden ofrecerse; yo contemplo, Señores, a la generación que se levanta sustituyéndose en estos sitios y rectificando y contemplando la obra de nuestro esfuerzo, y así como ella ha de saludar reconocida nuestra memoria, saludo con profunda emoción a la patria futura, saludo a la República iluminada por la ciencia, saludo a la Costa Rica del porvenir, que anhelo yo tan grande, tan noble y tan fuerte, como puede ansiarla vuestro amor de hijos, como puede imaginarla en sus generosos ímpetus vuestro deseo".

Confiamos en no haberlo defraudado y sentimos que sus palabras siguen vigentes. Tomemos juntos hacia adelante todas esas responsabilidades y ejemplos dignos de emular, y démosle a Costa Rica otros 100 años y muchos más de vida cristiana y pacífica, plétórica de valores y logros, bajo el lema de este Centenario.

"Por el Derecho y la Justicia, base de nuestra Libertad, Paz y Democracia".

## LA COMISION PERMANENTE Y LA SUSPENSION DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

*Dr. Orlando Salazar Mora*



La Constitución Política de 1871 establece la creación de un organismo legislativo llamado la Comisión Permanente. En efecto, el artículo 93 señala que:

"Durante el receso del Poder Legislativo, habrá una comisión permanente compuesta de cinco individuos de su propio seno y nombrados por el Congreso al terminar sus sesiones ordinarias".<sup>1</sup>

La importancia de esta comisión es que tenía la atribución de suspender el orden constitucional "de acuerdo con el Poder Ejecutivo ya solicitud de éste, en los casos y bajo las mismas que establece el inciso 7, artículo 73 de esta Constitución".<sup>2</sup>

El inciso 7 de este artículo dice textualmente:

"Son atribuciones exclusivas del Congreso: Suspender, por tres cuartas partes de votos presentes el orden constitucional en caso de conmoción interior o de agresión extranjera; siempre que la suspensión se juzgue indispensable para salvar la República. Esta suspensión durará por el tiempo que lo exijan las circunstancias que lo motivan, no pudiendo en ningún caso exceder de sesenta días sin nueva declaratoria del Congreso".<sup>3</sup>

*El objeto de nuestro artículo es analizar el papel desempeñado por la Comisión Permanente en la suspensión del orden constitucional. Nuestro fin no es estudiar el funcionamiento de esta Comisión, que a nuestro juicio sería de mucho interés, sino simplemente destacar su participación en la suspensión del orden constitucional.*

Es importante señalar que el Congreso se reunía cada año el día primero de mayo y sus sesiones ordinarias duraban sesenta días prorrogables hasta noventa en caso necesario. El análisis que hemos realizado del funcionamiento del Congreso, nos permite sostener que por lo general, salvo ciertas excepciones, los diputados sólo sesionaban tres meses al año. Este fue un factor que permitió a la Comisión Permanente reunirse durante nueve meses al año y desempeñar un importante papel en la vida política del país.

*Nuestra hipótesis es que la comisión abusó de su atribución de suspender el orden constitucional para complacer las peticiones del Poder Ejecutivo.*

1 Peralta, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid: Ed. Gráficas Ben-zal, 1962, p. 478.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, p. 473.

La suspensión del orden constitucional ocasionaba la suspensión de las garantías individuales establecidas en el Título III, Sección Segunda de la Constitución. Es decir, la suspensión del orden constitucional equivalía en la práctica a la declaratoria del estado de sitio. Sin embargo el texto constitucional no es claro, pues no precisa si se trata de la suspensión de todas, las garantías, ni explica si el Poder Ejecutivo queda investido de facultades omnímodas durante el período de suspensión de las garantías. Además no obliga al Poder Ejecutivo a dar cuenta de sus actos durante la vigencia de la suspensión.

Todo esto hizo que algunos gobernantes creyeran que la suspensión del orden constitucional implicaba algo más que la suspensión de las garantías individuales. Por eso nos encontramos con algunos decretos del Poder Ejecutivo que restablecen el orden constitucional pero dejan suspensas las garantías.

La Constitución señala que el orden constitucional puede ser suspendido en caso de *comoción interior* o de *agresión extranjera*, siempre que la suspensión se juzgue *indispensable para salvar la República*. El inconveniente está en que la ley no define los conceptos anteriores. Por lo tanto, dejó en manos de los diputados el juzgar si la suspensión de las garantías era indispensable para salvar la República.

Durante los recesos del Congreso, correspondía a los cinco miembros de la Comisión, a solicitud y de acuerdo con el Poder Ejecutivo, juzgar si la comoción interior o la agresión extranjera motivaban la suspensión del orden constitucional para salvar la República.

Para comprender la importancia de la atribución puesta en manos de un grupo tan reducido de personas, resulta indispensable señalar las características del régimen político establecido por la Constitución de 1871. La Ley Fundamental define el gobierno como democrático, representativo, alternativo, responsable, ejercido por tres poderes distintos que se denominan Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Si bien es cierto que la Constitución establece la separación y la igualdad de estos tres poderes, nosotros constatamos en los hechos la ruptura del equilibrio de poderes en beneficio del Presidente de la República.

En realidad el equilibrio no estaba bien establecido y el Ejecutivo logró asegurarse una verdadera preponderancia. Esta hegemonía presidencial permitió al Poder Ejecutivo escapar a la vigilancia del Congreso.

Es indiscutible que los constituyentes de 1871 tomaron como modelo el régimen presidencial clásico inspirados en la Constitución norteamericana de 1789. Sin embargo, el funcionamiento de este régimen en Costa Rica estuvo muy alejado de la pureza de sus principios por lo que consideramos preferible hablar de un régimen presidencialista.

En efecto, el principio del régimen presidencial clásico reside en el hecho que el jefe del Poder Ejecutivo, quien es también, casi siempre, el jefe del Estado, no es políticamente responsable delante el Congreso: los ministros, que son agentes, son nombrados y revocados por él y no están obligados a renunciar en el caso de haber perdido la confianza del Congreso; en compensación, el Presidente y su gabinete no disponen de

ningún medio de acción directa sobre el Congreso el cual no puede ser disuelto. La independencia de los dos poderes está asegurada por el hecho que, tanto el Presidente de la República como los miembros del Parlamento reciben su poder de la elección popular.<sup>4</sup>

En realidad el presidencialismo costarricense constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, debido al debilitamiento de los poderes del Congreso y a la hipertrofia de los poderes del Presidente. En síntesis, los rasgos distintivos del presidencialismo costarricense fueron la hegemonía del Presidente de la República y la debilidad del Poder Legislativo.

El Presidente era a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, dirigía la política del país y ejercía efectivamente sus poderes pues los secretarios de Estado eran simples consejeros. El Presidente era competente para nombrar y revocar libremente todos los funcionarios públicos incluyendo los Secretarios de Estado, disponía de las finanzas públicas, convocaba el Congreso a sesiones ordinarias y extraordinarias, nombraba los gobernadores de las provincias, decretaba la suspensión del orden constitucional durante los recesos del Congreso, dirigía los asuntos diplomáticos y guiaba las fuerzas armadas para mantener el orden y la tranquilidad públicos.<sup>5</sup>

En resumen, la Constitución fortaleció el Poder Ejecutivo de manera acentuada y dio al Presidente de la República un rol preponderante en la estructura del Estado: un solo órgano, el Poder Ejecutivo, y un solo hombre, el Presidente de la República, concentraban un poder excesivo. En efecto, la Constitución le daba las atribuciones necesarias para dirigir toda la función administrativa.

Dentro de este régimen presidencialista caracterizado por la preponderancia del Presidente de la República y el rol secundario desempeñado por el Parlamento, la Comisión Permanente vino a reforzar la hegemonía del Presidente de la República. En efecto, como más adelante demostraremos, este organismo fue controlado por el Poder Ejecutivo no sólo para hacer pasar las leyes de difícil aceptación en el Congreso, sino para suspender el orden constitucional y permitir al Presidente gobernar con poderes dictatoriales.

El período de nuestro análisis abarca tres décadas: de 1882 a 1910; es decir todo el período de existencia de la Comisión, pues si bien es cierto que la Constitución de 1871 creó este organismo, el mismo no empezó a funcionar sino hasta 1882 después de la muerte del General Tomás Guardia.

En realidad durante el gobierno autoritario de Guardia (1870-1882), las instituciones constitucionales fueron un camuflaje de una pura y simple dictadura. Durante este período el poder fue asumido por un solo hombre, la Constitución fue suprimida y el Parlamento dejó de existir.

4 Lambert, Jacques. *Amérique Latine. Structures Sociales et Institutions Politiques*. París, 1968, p. 368.

5 Peralta, Hernán. Op. cit., p.p. 339-441.

Por esta razón la Comisión Permanente empezó a funcionar bajo el gobierno del General Próspero Fernández sucesor de Guardia, y dejó de existir en junio de 1910 al ser suprimida por el gobierno del Lic. Ricardo Jiménez.

Durante el funcionamiento de la Comisión Permanente el país atravesó por tres períodos bien definidos en nuestra historia política:

- a) El militarismo liberal (1882-1889).
- b) El autoritarismo liberal (1890-1902).
- c) La democracia liberal del Olimpo (1902-1914).

El primer período comprende los gobiernos de dos militares "civilistas": el General Próspero Fernández y el General Bernardo Soto. El término de militares civilistas podría parecer contradictorio a los desconocedores de la historia política de nuestro país. Sin embargo nosotros juzgamos apropiado aplicar este calificativo a dos militares que se rodearon de civiles que intentaban modernizar el Estado costarricense y poner en práctica una democracia liberal de participación limitada.

Los generales Fernández y Soto llegaron al poder como representantes de la poderosa oligarquía cafetalera de nuestro país. Soto, abogado y rico cafetalero, fue la eminencia gris durante el gobierno de su suegro el General Próspero Fernández, y Presidente de la República de 1885 a 1889.

Bernardo Soto supo rodearse de los miembros más destacados de la generación liberal costarricense, entre ellos: Ascensión Esquivel, Carlos Durán, Mauro Fernández, Ricardo Jiménez, Cleto González Víquez, Pedro Pérez Zeledón, Manuel de Jesús Jiménez, etc.

Estos dos militares van a realizar lo que se ha llamado la "Reforma Liberal", es decir, la modernización del Estado y el ataque contra el poder de la Iglesia. Esta reforma está asociada a la hegemonía manifiesta de los cafetaleros y consolida su condición de clase dominante. Por medio de esta reforma, los liberales anticlericales que asesoraban a Fernández y Soto, intentan también crear las bases definitivas de una democracia política. Influenciados por la idea de progreso del positivismo ellos intentan crear un sistema educativo eficaz que logre alcanzar las masas populares. Las ideas de la participación popular en el proceso político, fueron fuertemente difundidas por los miembros de este grupo que llegó a conocerse con el nombre de "Grupo del Olimpo" o "Generación de 1889".

La Reforma Liberal de esta década se presenta como un conjunto de fenómenos políticos que conducen a la renovación del orden institucional y jurídico, y que facilitan la organización del Estado bajo el control de la oligarquía cafetalera.

Los liberales van a mantener una actitud abiertamente anticlerical que va a provocar un conflicto entre la Iglesia y el Estado. En realidad la élite liberal que dominaba el país buscaba reducir el poder de la Iglesia a su mínima expresión, y el clero por su parte se negaba a aceptar la enseñanza laica y a abandonar su predominio ideológico sobre la sociedad.

Como producto del enfrentamiento entre el Estado y la Iglesia, el obispo Thiel y los jesuitas fueron expulsados del territorio de la República en julio de 1884. En este mismo año fueron decretados la enseñanza laica, la secularización de los cementerios y la prohibición del establecimiento de todo tipo de comunidades religiosas en el país.

La instauración del divorcio y del matrimonio civil en 1888 consolida la legislación anti-clerical del liberalismo costarricense.

Una de las grandes preocupaciones de los liberales fue el desarrollo de la educación. Ellos trataron de hacerla accesible, en sus primeros niveles, a grandes sectores de la población.

Es importante destacar que los liberales prefirieron la dominación ideológica por medio del sistema educativo y la participación popular a través de los partidos políticos, que la dominación a través de dictaduras militares que reinaban en América Latina en aquellos momentos. En realidad la dominación ideológica por medio de mecanismos sutiles como la educación, fue el método empleado por la clase dominante a fin de legitimar su dominación y consolidar su hegemonía. Esto explica la reforma educativa realizada por el Ministro de Educación del Presidente Soto, Lic. Mauro Fernández a partir de 1886.

En efecto, en este año fue proclamada la Ley General de Educación Común que reglamentó todo lo concerniente a la enseñanza primaria, que fue declarada gratuita y obligatoria para todos los niños de siete a catorce años. En 1887 y 1888 fue organizada la enseñanza secundaria con la creación del Liceo de Costa Rica, el Instituto de Alajuela y el Colegio Superior de Señoritas. El cierre de la Universidad de Santo Tomás en 1888 fue la última medida de acuerdo al plan general de la reforma educativa del ministro Fernández.

En síntesis la reforma educativa estructuró la enseñanza primaria, creó la enseñanza secundaria y cerró el único centro de educación superior que existía en el país. Es importante destacar que los generales Fernández y Soto fueron electos en calidad de candidatos únicos, es decir a través de elecciones no democráticas. En realidad Próspero Fernández fue colocado en el poder por su cuñado el General Guardia. Por su lado Bernardo Soto llegó al poder en 1886 gracias a unas elecciones controladas enteramente por el gobierno que él mismo presidía.

Hasta 1889 la oligarquía cafetalera lleva a miembros de su clase al poder sin mayores dificultades, sin necesidad de recurrir a métodos violentos. Esto obedece al hecho que después de la muerte del General Guardia no surgen disputas por el poder político entre los miembros de la oligarquía, ni grupos organizados políticamente que pudieran disputarle el poder.

Por esta razón durante el período del militarismo liberal (1882-1889), los militares en el poder no recurren a la suspensión del orden constitucional para manipular las elecciones o deshacerse de la oposición.

Durante este período constatamos que el orden constitucional fue suspendido en seis ocasiones: tres durante el gobierno de Próspero Fernández y tres durante la administración de Bernardo Soto.

La primera suspensión del orden constitucional se produjo en el mes de julio de 1884 a raíz de la agitación producida por la discusión de las leyes anticlericales en el seno del Congreso Constitucional. El decreto de suspensión aprobado por el Congreso dice textualmente:

"En atención a que la excitación producida en diferentes secciones de la República, explotada por los que creen que el proyecto de secreto actualmente en discusión en el Congreso, sobre organización de comunidades religiosas, tiende en manera alguna a falsear la religión dominante en el país: a que tal excitación es una verdadera conmoción interior, que hace indispensable la acción enérgica y decidida del Poder Ejecutivo para prevenir los males que tal estado de cosas pudieran acarrear al país...

Suspéndese hasta por el término de 60 días a juicio del Poder Ejecutivo, el goce y ejercicio de los derechos, consignados en la Sección II, Título III de la Constitución de la República".<sup>6</sup>

En el mensaje dirigido al Congreso el Poder Ejecutivo "deplora las causas que han motivado la expedición del enunciado acuerdo (suspensión del orden constitucional), que atendiendo al patriotismo y al proverbial respeto a la ley que caracterizan al Presidente de la República, este Alto Magistrado no hará uso de aquella disposición sino como medida extrema para salvar la Patria".<sup>7</sup>

Es importante destacar que los derechos consignados en la Sección II, Título III de la Constitución conocidos bajo el nombre de "Garantías Individuales", afirmaban el principio de la igualdad delante la ley, la libertad de expresión oral y escrita, la libertad de conciencia y de propaganda religiosa, la libertad de la persona y la protección de sus bienes. La Constitución establece además para todos los habitantes de la Nación, el derecho a trasladarse a cualquier punto de la República o fuera de ella y volver cuando le convenga, de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, de usar y de disponer de su propiedad, de profesar libremente su culto, de enseñar y de instruirse. Precisa además las garantías contra el arresto arbitrario, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, y la no retroactividad de las leyes.<sup>8</sup>

Para hacer respetar las Garantías Individuales, la Constitución asegura la independencia del Poder Judicial y da a todos los ciudadanos el derecho de "Habeas Corpus". Este es un punto esencial pues el valor de las garantías acordadas depende ante todo de la naturaleza de los recursos judiciales abiertos a los beneficiarios, y a la independencia de los Magistrados delante de los cuales los recursos puedan ser presentados. El derecho de "Habeas Corpus" ofrecía una importante protección contra la coerción física y sobre todo contra el encarcelamiento arbitrario, así como también contra la violación de las libertades individuales.

6 A.N.C.R., C.C., N° 8669, 16/7/1884, fol. 67.

7 *Ibid.*

8 Peralta, Hernán. *Op. cit.*, p. 465-468.

La segunda suspensión del orden constitucional se produjo a principios del mes de octubre de 1884. En efecto, el 2 de octubre el Ministro de Gobernación pidió a la Comisión Permanente autorización para suspender las garantías individuales por sesenta días.

"Hace algún tiempo —decía el Ministro Bernardo Soto— que el Jefe de la Nación tuvo conocimiento de que se tramaba un plan revolucionario para alterar el orden público y derrocar al gobierno... Los instigadores del movimiento revolucionario que se ha sorprendido, ha tratado de explotar el sentimiento religioso propagando la falsa idea de que la actual administración no es sólo adversa a la Religión de la mayoría del pueblo, sino que trabaja por destruirla junto con los templos de su culto. Entre estos promotores del desorden se halla a la cabeza un sacerdote cuyos precedentes en épocas pasadas y cuya conducta actual le señalan como promotor de motines populares".<sup>9</sup>

Lo que en realidad sucedió fue que en los últimos días del mes de septiembre de 1884, el presbítero Víctor Ortiz, cura de San Rafael de Oreamuno, organizó una rebelión contra el gobierno y se vino a Cartago a tomar el cuartel, tentativa que fracasó.

Esta suspensión del orden constitucional fue motivada pues, por el destierro del obispo Thiel y la emisión de las leyes anticlericales. El gobierno calificó el movimiento del padre Ortiz de verdadera y alarmante asonada, explicando que el pueblo de San Rafael estaba amotinado y victoriaba a los jesuitas, a la religión y a su caudillo y tal era su actitud que hubo de recurrirse a la fuerza de las armas.<sup>10</sup>

La tercera suspensión del orden constitucional se produjo en marzo de 1885 a raíz del conflicto surgido con el General Justo Rufino Barrios gobernante de Guatemala.

En efecto, en esta ocasión la Comisión Permanente, de acuerdo con el Poder Ejecutivo, consideró que "el Jefe de la República de Guatemala trata de atentar contra el sagrado derecho de nuestra Soberanía Nacional, imponiéndonos la unión centroamericana por medio de la violencia y de la fuerza".<sup>11</sup>

Además de suspender las garantías individuales la Comisión Permanente otorgó facultades omnímodas al Poder Ejecutivo" para dictar todas las disposiciones y tomar las medidas que el mantenimiento de la integridad del territorio costarricense y la soberanía de la Nación lo exijan".<sup>12</sup>

En resumen, bajo el gobierno del General Próspero Fernández el orden constitucional fue suspendido en tres ocasiones: dos por acuerdo de

9 Obregón Loria, Rafael. *Conflictos Militares y Políticos de Costa Rica*. San José: Imprenta La Nación, 1951, p. 77.

10 *Ibid.*

11 A.N.C.R., C. C., N° 10510, 7/3/1885, fol. 6.

12 *Colección de Leyes y Decretos*. San José, Costa Rica, año 1885, p. 211.

la Comisión Permanente y una por el Congreso reunido en sesiones ordinarias. Las dos primeras suspensiones obedecen al conflicto surgido entre la Iglesia y el Estado con motivo de la promulgación de las leyes anticlericales y la expulsión del obispo Thiel. La tercera obedece al conflicto internacional creado por las aspiraciones unionistas del General Barrios. Durante el gobierno de Bernardo Soto el orden constitucional fue suspendido en tres oportunidades.

A principios de junio de 1885 el General Fadrique Gutiérrez, Comandante de Plaza de la Provincia de Alajuela, encabezó una conspiración que tenía por objeto derrocar al Presidente Soto. El 5 de ese mismo mes el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la suspensión del orden constitucional hasta por sesenta días. El Congreso, reunido en sesiones ordinarias aprobó la petición del Presidente de la República y le dio plenos poderes para dictar todas las disposiciones y medidas "que la conservación del orden y tranquilidad públicas demanden".<sup>13</sup>

La conspiración del General Gutiérrez fracasó y un Consejo de Guerra condenó a los comprometidos a distintas penas, pero el Poder Ejecutivo los indultó por decreto ejecutivo del 1º de enero de 1886, a excepción del General Gutiérrez a quien se le privó de su grado de General e inhabilitó perpetuamente de sus derechos políticos.<sup>14</sup>

Cinco días después de haberse producido la conspiración militar, el Presidente de la República restableció el orden constitucional "con excepción de las garantías consignadas en la Sección II, Título III de la Ley Fundamental de la República".

La segunda suspensión del orden constitucional se produjo el 26 de julio de 1886. En esta fecha el Congreso Constitucional, reunido en sesiones ordinarias, suspendió las garantías constitucionales de acuerdo con el Poder Ejecutivo "con la mira de sofocar la conspiración que en la actualidad se está preparando contra la tranquilidad pública".<sup>15</sup>

El 4 de enero de ese mismo año, la Comisión Permanente suspendió por sesenta días el goce de las garantías individuales debido al abuso de la libertad de imprenta, que según el decreto de suspensión, ponía en grave peligro la paz en la seguridad del país.<sup>16</sup>

Como lo hemos constatado, el orden constitucional fue suspendido una sola vez por la Comisión Permanente durante el gobierno de Bernardo Soto. En conclusión, en el período que hemos llamado del militarismo liberal, la Comisión Permanente no abusó de su derecho de suspender el orden constitucional y las garantías individuales.

13 A.N.C.R., C. C., N° 10515, 5 de junio de 1886, fol. 7.

14 Obregón Loria, Rafael. Op. cit., p. 78.

15 *Colección de Leyes y Decretos*. San José, Costa Rica. Año 1885, p. 211.

16 A.N.C.R., C. C., N° 9323, 26 de julio de 1886, fol. 1.

17 *Ibid.*, N° 9089, 4 de diciembre de 1886, fol. 7.

En realidad los militares no tuvieron que recurrir a esta institución para suspender el orden constitucional y emplear la violencia como medio para controlar las elecciones y deshacerse de la oposición.

Por el contrario, durante el período que llamamos del "autoritarismo liberal", la Comisión Permanente fue un poderoso instrumento en manos del Presidente de la República.

El liberalismo autoritario se inaugura en 1890 con el gobierno del Presidente José J. Rodríguez, salido de la primera elección libre y popular en la historia del país.

A pesar de su origen democrático y popular, el Presidente Rodríguez se convirtió en dictador a causa de un conflicto con el Poder Legislativo.

El desacuerdo entre el Presidente Rodríguez y el Congreso tuvo su origen en la primera suspensión del orden constitucional. En efecto, el 30 de abril de 1891 la Comisión Permanente de acuerdo con el Poder Ejecutivo, suspendió las garantías individuales con el pretexto de tomar medidas contra los que conspiraban contra su gobierno.<sup>18</sup>

El 25 de junio, estando aún suspendidas las garantías individuales, fueron expulsados del país varios militares acusados de haber participado en proyectos subversivos contra el gobierno del señor Rodríguez. Dos días después el orden constitucional fue restablecido y el Presidente dictó una amnistía a todos aquellos que habían sido condenados por razones políticas.

Entre los expulsados el 25 de junio se encontraba el General Buenaventura Carazo quien presentó ante el Congreso una acusación contra el Presidente de la República por haberlo expulsado del país injustamente.

Para decidir si la acusación del General Carazo procedía, el Congreso solicitó al Poder Ejecutivo el proceso que en su oportunidad se había levantado contra el señor Carazo. El Presidente Rodríguez respondió negativamente y manifestó que la expulsión había tenido lugar en momentos en que las garantías individuales estaban suspendidas, y que por lo tanto él tenía derecho a proceder como procedió y que no estaba obligado a informar al Congreso.

Frente a esta actitud el Congreso acordó, el 27 de julio de 1892, dar un voto de censura al Presidente Rodríguez y levantar sus sesiones ordinarias en señal de protesta.

La respuesta del Presidente Rodríguez fue el decreto del 31 de agosto por el cual disolvió el Parlamento y convocó a nuevas elecciones para el 18 de setiembre próximo. Sin embargo, el 11 de setiembre el Presidente Rodríguez, bajo pretexto que se quería alterar el orden público, suspendió por decisión personal las garantías individuales por el tiempo exigido por las circunstancias, asumió plenos poderes y dejó sin efecto la convocatoria a elecciones legislativas.<sup>20</sup>

18 La Gaceta, 30 de abril de 1891, p.p. 2-3.

19 Obregón L., Rafael. *El Poder Legislativo en Costa Rica*. San José, 1966, p. 412.

20 La Gaceta, 13 de setiembre de 1892, p. 1081.

La suspensión del orden constitucional se prolongó hasta el 14 de setiembre de 1893 y el Presidente Rodríguez gobernó sin Congreso hasta el final de su mandato, convirtiéndose de hecho en virtual dictador. En esta ocasión las garantías estuvieron suspendidas por espacio de un año por decisión arbitraria del Poder Ejecutivo. Este procedimiento fue totalmente anticonstitucional pues las garantías sólo podían ser suspendidas por sesenta días, salvo una mera declaratoria por parte del Congreso Constitucional.

El Presidente Rodríguez se vio obligado a restablecer el orden constitucional, debido a que una fuerte oposición demandaba plenas libertades para participar en las elecciones de los poderes públicos que estaban pronto a realizarse.

El decreto del Poder Ejecutivo que restablece el orden constitucional dice textualmente:

"Considerando que está próxima la época en que debe procederse a la renovación de los Poderes Nacionales, para cuyo acto es preciso que los ciudadanos gocen de la más amplia libertad, garantía de acierto en la designación de sus mandatarios; y que es de justicia no privar del ejercicio de este derecho a las personas que actualmente sufren alguna pena por causas políticas; de acuerdo con el Consejo de Gobierno y en uso de las facultades extraordinarias. "Decreta:

Art. I.—Quedan desde hoy restablecidas las garantías consignadas en la Sección II, Título III de la Constitución Política de 1871.

Art. II.—Concédese amplia y general amnistía a todas aquellas personas que actualmente sufren destierro por causas políticas".<sup>21</sup>

En las elecciones de primer grado que se celebraron en febrero de 1894, participó una agrupación clerical conocida con el nombre de "Unión Católica", cuyo candidato era el señor José Gregorio Trejos.

Este partido alcanzó el primer lugar en las elecciones, pero no obtuvo la mayoría absoluta exigida por la Constitución para elegir al Presidente de la República.

Para evitar el triunfo del partido Unión Católica algunas Juntas Electorales, controladas enteramente por el gobierno, anulaban las votaciones en algunas circunscripciones ganadas por este partido. Esto exasperó a ciertos dirigentes de la agrupación política que decidieron lanzarse a la revuelta.

Enterado el gobierno poco antes de que estallara el movimiento revolucionario, suspendió las garantías individuales el 23 de febrero "por cuanto la tranquilidad pública estaba seriamente amenazada con motivo de un levantamiento revolucionario que, según informes fidedignos, debe estallar próximamente".<sup>22</sup>

21 *Ibid.*, 15 de setiembre de 1893, p. 1275.

22 La Gaceta, 25 de febrero de 1894, p. 227.

Con las garantías suspendidas, el gobierno del señor Rodríguez impuso al candidato de sus simpatías. En efecto, don Rafael Yglesias, Ministro de Gobernación y Policía y candidato del Partido Civil, fue colocado en el poder por su suegro el señor José J. Rodríguez. Debido a la presión oficial, Rodríguez no sólo designó a su sucesor, sino que hizo elegir también una gran mayoría legislativa para el período siguiente.

Resumiendo podemos decir que el gobierno autoritario del señor Rodríguez suspendió el orden constitucional en tres oportunidades. En la primera ocasión lo hizo de acuerdo con la Comisión Permanente para "tomar medidas contra los que conspiraban contra su gobierno". Un año después, en 1892, el Presidente Rodríguez suspendió el orden constitucional por decisión unipersonal para lo cual no estaba autorizado por la Constitución. El restablecimiento del orden constitucional en febrero de 1893, duró únicamente cinco meses porque el mandatario suspendió de nuevo las garantías para manipular libremente el proceso electoral y designar su sucesor.

Como vemos, el señor Rodríguez suspendió el orden constitucional y clausuró el Parlamento para evitar cualquier tipo de oposición a su forma dictatorial de ejercer el poder. Finalmente suspendió de nuevo las garantías a principios de 1894 para evitar el triunfo de la Unión Católica, es decir, del partido mayoritario de oposición.

Esta es la primera ocasión que constatamos una suspensión de las garantías para manipular el sufragio popular por parte del gobierno. En efecto, en las elecciones de primer grado el Partido Civil, partido oficial, eligió 180 electores sobre un total de 663; es decir únicamente el 27% de los electores nombrados. Sin embargo, en las elecciones de segundo grado el candidato del Partido Civil alcanzó 298 votos sobre 564 electores; es decir el 53% de los votos emitidos.<sup>23</sup>

La obtención de 118 votos más para el señor Yglesias en las elecciones de segundo grado, se explica por la actuación de las autoridades que tomaron prisioneros a un número considerable de electores de la Unión Católica, obligándolos a votar por el partido oficial. De esta manera violenta e ilegal el señor Yglesias fue electo Presidente de la República para el período 1894-1898.

Es interesante señalar la actitud del diputado Félix A. Montero ante las arbitrariedades del Presidente Rodríguez. Montero había sido fundador y dirigente del Partido Constitucional Democrático que llevó al poder al señor Rodríguez. Como diputado de este partido llegó a ocupar el cargo de secretario del directorio del Congreso.

Sin embargo, por oponerse a la política autoritaria del Presidente Rodríguez, fue expulsado del partido por don Rafael Iglesias. Esto llevó a Montero a organizar su propio partido y a pasar a las filas de la oposición.

23 Salazar Mora, Orlando. *Le Système Politique au Costa Rica: 1889-1919*, París, 1980, p-p. 161 y 190.

ción que combatía enérgica y valientemente el autoritarismo de don José Joaquín.

Don Félix Arcadio, caudillo del Partido Independiente Demócrata, se opuso siempre a la suspensión del orden constitucional por parte del Presidente Rodríguez.

Ya desde mayo de 1890 el señor Montero había presentado al Congreso un proyecto de reformas constitucionales que incluía entre otras proposiciones, la reglamentación de la suspensión del orden constitucional y la abolición de la Comisión Permanente.

El diputado Montero propuso adicionar la atribución 7ª del Art 73 de la Constitución de la siguiente manera:

*"Suspende por tres cuartas partes de los miembros del Congreso\* el orden constitucional en caso de conmoción interior indudable y segura por actos de ejecución debidamente comprobados, aunque sea de un modo sumario, o de agresión extranjera, oficialmente declarada, siempre que la suspensión se juzgue indispensable para salvar la República: durará la suspensión por el tiempo que lo exijan las circunstancias que lo motivan, no pudiendo en ningún caso exceder de sesenta días sin nueva declaratoria del Congreso y establecido el orden constitucional deberá el Poder Ejecutivo dar cuenta de sus actos a la próxima legislatura".<sup>24</sup>*

Esta adición al artículo 73 de la Constitución es de gran importancia porque exige un número mayor de votos para suspender el orden constitucional. En efecto, el inciso séptimo de este artículo permite al Congreso suspender el orden constitucional por tres cuartas partes de votos presentes, y la adición propuesta por el diputado Montero establece tres cuartas partes "de los miembros del Congreso".

Además la reforma habla de suspender las garantías en caso de conmoción interior "indudable y segura por actos de ejecución debidamente comprobados", o de agresión extranjera "oficialmente declarada". Finalmente el proyecto del señor Montero contempla un punto de gran importancia: la obligación del Poder Ejecutivo de dar cuenta de sus actos, realizados durante la suspensión de garantías, a la próxima legislatura una vez establecido el orden constitucional.

El proyecto de reformas constitucionales presentado por don Félix A. Montero pretendía evitar todos los abusos del Poder Ejecutivo en la suspensión del orden constitucional. Desgraciadamente el Congreso rechazó esta valiosa iniciativa que hubiera hecho posible corregir todas las arbitrariedades que se cometieron en años posteriores.

Si bien es cierto que el proyecto del Lic. Montero no fue aprobado por el Congreso, éste se convirtió en la base del programa de gobierno del Partido Independiente Demócrata. Así para citar un ejemplo,

vemos que el punto segundo del programa de dicho partido para las elecciones de 1894 establece la "Inviolabilidad de las garantías individuales".<sup>25</sup>

Por su oposición y sus duras críticas al gobierno, el diputado Montero se convirtió en un enemigo muy incómodo para el Presidente Rodríguez.

En la sesión del 19 de mayo de 1891 el diputado Montero propuso al Congreso el restablecimiento de las garantías individuales que habían sido suspendidas por la Comisión Permanente desde el 30 de abril.

"La suspensión de garantías es un recurso violento, —decía el señor Montero— que sólo tiene explicación en el hecho de una rebelión cierta, indudable, que demande a todas luces providencias gubernativas rápidas y eficaces para salvar el orden y el imperio de las instituciones; pero nunca en la simple amenaza que entraña la existencia de un extenso círculo de oposición; nunca en el tono más o menos agresivo de la prensa, jamás en el temor racional o infundado de verosímiles trastornos... Vengo a pedirlos en nombre de la justicia y de la legalidad, de que es salvaguardia y sostén esta asamblea, que rescateis desde luego el régimen de las garantías individuales; que devolvais al ciudadano el uso de sus naturales derechos, y con ellos, la tranquilidad; o que de lo contrario, cerreis este recinto, porque es un contrasentido que en mengua de su crédito, la Cámara delibere cuando la opinión pública, que ha de ser su guía, está amordazada...

"El Poder Ejecutivo ha faltado a sus deberes y ha violado la solemne promesa hecha ante esta Cámara, de ejercer sus extraordinarias atribuciones nada más que para reprimir prudentemente y en justicia, el movimiento revolucionario de que se creía amenazado.

"Todos vosotros sabéis sin embargo —agregaba Montero— que los señores Ricardo Fernández Guardia y don Juan M<sup>a</sup> Murillo fueron llevados a la cárcel pública por el único motivo de haber publicado el primero un artículo en que el segundo sin incurrir en injuria, ni en calumnia, criticaba un documento oficial.

"Mas todavía: —Sabéis que el Lic. Andrés Venegas está desde hace varios días preso en un calabozo de la Artillería, tan solo por haber tenido en sus manos, leído y examinado aquella producción".<sup>26</sup>

A decir verdad, el Presidente de la República había aprovechado la suspensión de las garantías para encarcelar a varios periodistas que habían osado criticar un documento oficial. A pesar de la proposición del diputado Montero las garantías quedaron suspendidas hasta el 27 de junio.

Gracias a la suspensión del orden constitucional en setiembre de 1892, el Presidente Rodríguez hizo encarcelar y luego expulsó del país al diputado Félix A. Montero.

25 Salazar Mora, Orlando. *Máximo Fernández y el Partido Republicano*, Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, 1974, p. 687.

26 A.N.C.R., C. C., N° 3796, p.p. 3-5.

\* El subrayado es nuestro.

24 A.N.C.R., C. C., N° 2403, p.p. 6-7.

A pesar de que el señor Rodríguez gobernó de una manera autoritaria y dictatorial, el máximo representante del autoritarismo lo fue su sucesor, don Rafael Yglesias quien gobernó al país de 1894 a 1902. Yglesias constituye un caso típico de la personalización del poder, un claro ejemplo de la encarnación misma del poder.

A este respecto es interesante conocer la opinión del cónsul francés en nuestro país en aquel entonces:

"El señor Yglesias, —decía el diplomático— quién es un gran trabajador y goza del más absoluto poder, hace ordinariamente todo él mismo".<sup>27</sup>

El cónsul lo califica de "autócrata de la República" y lo define como un hombre

"inteligente, trabajador; jefe absoluto, todo se hace por su mediación: los Ministros y el Congreso sólo existe cuando formalmente. No consulta a nadie, hace él mismo toda su política y dice solamente lo que él quiere decir al confiar sólo en él mismo".<sup>28</sup>

Valiéndose de las características del régimen presidencialista establecido por la Constitución de 1871, Yglesias establece una verdadera hegemonía del Poder Ejecutivo y un control absoluto sobre el Congreso. Su manera autoritaria de gobernar produjo el surgimiento de una fuerte oposición que llegó a organizarse políticamente a través del Partido Republicano: fusión del Partido Independiente Demócrata y del Partido Unión Católica. La suspensión de las garantías individuales fue un método muy empleado por Yglesias para utilizar la violencia y evitar la oposición a su gobierno.

Utilizando la Comisión Permanente el Presidente Yglesias suspendió siete veces las garantías sociales. Comentando esta situación escribió el diputado Faustino Montes de Oca miembro del Partido Independiente Demócrata:

"Se ha abusado mucho de la facultad concedida al Congreso para suspender el *orden constitucional*; esa atribución está restringida según el texto literal de nuestro Código político no siendo aplicable sino a casos extremos la incalificable debilidad de los Representantes del Pueblo permite, entre nosotros, la frecuente repetición del estado de sitio, ya con pretextos fútiles, ya con algún viso de razón, —nunca con verdadero fundamento en el peligro de la República— y siempre para dar armas a los gobernantes contra el pueblo para el éxito de reprobados fines políticos, para autorizar venganzas y persecuciones caracterizadas por la más despótica tiranía y por circunstancias que hacen de una falta un crimen".<sup>29</sup>

27 M.A.G., A.D., Correspondance Consulaire et Commerciale, San José de C.R., t. II, fol. 105.

28 *Ibid.*

29 A.N.C.R., C. C., N° 2498, p. 2.

La primera suspensión del orden constitucional bajo el gobierno de don Rafael Yglesias se produjo el 17 de setiembre de 1894. En esta ocasión la Comisión Permanente decidió suspender las garantías considerando que:

"Los sucesos verificados en la revista militar del 15 de setiembre del corriente... el más importante de los cuales fue el atentado contra la vida del Presidente de la Nación, demuestran la existencia de un plan trastornador del orden público".<sup>30</sup>

El objeto de esta medida fue hacer desaparecer de la escena política la figura del único caudillo capaz de oponerse al Presidente Yglesias, el ex-diputado y líder del Partido Independiente Demócrata: Félix A. Montero. En efecto, el señor Montero fue acusado de haber dirigido el atentado contra el Presidente de la República y después de catorce meses de prisión, fue declarado culpable y expulsado del país.

En 1899 el diputado Montes de Oca denunció la comedia que había sido puesta en práctica para deshacerse de Montero. Según Montes de Oca, en setiembre de 1894 las garantías fueron suspendidas con miras a

"ejercer a mansalva venganzas personales y, sobre todo, concluir con un adversario temible por su prestigio y por sus levantadas ideas, por su independencia de carácter, por su honradez republicana y por el valor cívico con que emprendió guerra contra la usurpación que manchaba la frente a todos los que nos resignábamos a sufrirla sin protesta. Esa suspensión dio origen a un simulacro de proceso para castigar al patriota eximio que cayó en extranjero suelo a los golpes de una persecución tenaz e implacable y de amargas hondas, causadas por el espectáculo de la patria vilipendiada y esclava sin esperanza de redención: el Licenciado Félix A. Montero".<sup>31</sup>

La segunda suspensión de las garantías individuales se produjo el 12 de setiembre de 1897 en plena campaña electoral para elegir el sucesor del Presidente Yglesias. La posición estaba organizada alrededor del Partido Republicano y el partido de gobierno, es decir el Partido Civil, buscaba la reelección del señor Yglesias.

El domingo 12 de setiembre se celebraron dos importantes reuniones políticas: una del partido oficial en Santo Domingo de Heredia y otra del partido de oposición en la ciudad de Heredia. En la primera se produjo un enorme desorden que culminó con la muerte de dos ciudadanos y causó numerosos heridos al enfrentarse violentamente republicanos y civilistas.

En la ciudad de Heredia, donde estaban reunidos unos 2.500 miembros del Partido Republicano, se produjo otro desorden al conocerse la

30 *La Gaceta*, 18 de setiembre de 1894, p. 1209.

31 A.N.C.R., C. C., N° 2498, p. 2.



noticia de lo que había sucedido en Santo Domingo: hubo tiros, golpes y un saldo de heridos.<sup>32</sup>

De inmediato la Comisión Permanente decretó la suspensión de las garantías individuales "considerando que se hacía indispensable, para el mantenimiento de la paz y tranquilidad de la República, ensanchar la órbita de acción del Poder Ejecutivo".<sup>33</sup>

Aprovechando la declaración del estado de sitio, la policía encarceló al presidente y futuro candidato del poderoso y bien organizado partido de oposición, don Juan J. Flores. El Dr. Flores ya había sido candidato en las elecciones presidenciales de 1894 apoyado por una coalición del Partido Unión Católica y el Partido del Pueblo.

Poco tiempo después, estando aún suspendidas las garantías, fueron expulsados del país los principales dirigentes del Partido Republicano entre los que se encontraba el propio señor Flores.

A pesar de que el orden constitucional fue restablecido el 6 de noviembre, una semana antes de las elecciones de primer grado, el Partido Republicano se abstuvo de participar en la contienda electoral. De esta manera el Presidente Yglesias, en calidad de candidato único, fue reelecto para el período 1898-1902.

La oposición denunció posteriormente estos hechos arbitrarios de la siguiente manera:

"El año 1897 . . . , el grupillo que se llama "partido civil", lanzado a la lucha electoral por su jefe el señor Yglesias, pretende la "reelección" de éste, y la nación no podía consentir en que el usurpador recibiera, en vez de merecido castigo, una corona . . . Se provocó un sangriento lance en Santo Domingo, para cohonestar una nueva suspensión de garantías, único medio de obtener el triunfo que se deseaba y que, por la digna actitud del Partido Republicano, resultó un ludibrio, una "victoria" sin enemigo, una batalla contra el vacío... "Esa suspensión de garantías careció, más que las anteriores, de todo fundamento y sólo tuvo en mira dar el triunfo a la "reelección", que por haber empleado tan inicuos medios, no fue sino una segunda y más escandalosa usurpación, y golpe de cuartel amparado por la traición de los unos, el interés del medro de muchos, y la corrupción política de otros, que por segunda vez renegaron de sus ideas, apostataron de su credo y sellaron su traición con el perjuicio y la más repugnante hipocrecía".<sup>34</sup>

En realidad Yglesias logró reelegirse empleando métodos tan violentos gracias a la suspensión de las garantías individuales decretada por la Comisión Permanente.

32 Obregón Loría, Rafael. Op. cit., p. 84.

33 La Gaceta, 15 de setiembre de 1897, p. 2.

34 A.N.C.R., C.C., N° 2498, p. 2.

Poco antes de concluir su primera administración, el Presidente Yglesias decretó la tercera suspensión del orden constitucional. La suspensión fue motivada por un conflicto entre el gobierno nicaragüense y el de nuestro país.

En efecto, a principios de 1898 estuvo a punto de estallar la guerra entre Nicaragua y Costa Rica debido a ciertos incidentes fronterizos, que motivaron inclusive la movilización de ambos ejércitos hacia la frontera.

El conflicto se evitó gracias a la oportuna mediación del gobierno guatemalteco a través del Dr. Francisco Lainfiesta quien inició conversaciones en nuestro país. Finalmente se encontró una solución satisfactoria y el 26 de abril de 1898 se firmó un arreglo a bordo del vapor "Alert" de la marina norteamericana.<sup>35</sup>

El 11 de abril de ese año, la Comisión Permanente consideró necesario suspender el orden constitucional y dar plenos poderes al Poder Ejecutivo para que tuviera la libertad de acción indispensable para la resolución de las dificultades internacionales.

El 29 de abril el Poder Ejecutivo restableció el orden constitucional, sin embargo debemos destacar que las garantías individuales permanecieron suspendidas hasta el 11 de junio.

Al reunirse el Congreso en su sesión inaugural del primero de mayo, el diputado Faustino Montes de Oca responsabilizó al Presidente Yglesias del conflicto con Nicaragua y criticó duramente la suspensión del orden constitucional. En 1899 escribió el Lic. Montes de Oca sobre este asunto:

"Me vi precisado, cumpliendo con mi deber, a protestar . . . de la "ligereza" con que se nos lanzaba a una guerra sangrienta y ruinosa en el más alto grado; manifesté que no se trataba de diferencias entre dos naciones sino de agravios personales; que aquella guerra empaparía nuestro suelo en sangre de inocentes, aniquilaría el porvenir de la Nación, y la asolaría moral y materialmente sólo por satisfacer odios que pretendían disfrazarse de amor a la integridad del territorio y a la dignidad nacional; dije que el pueblo no podía cargar con la responsabilidad de errores exclusivamente obra de su gobernante, y que sólo el camino bondadoso de evitar la catástrofe que nos amenazaba era apelar a los restos de patriotismo del señor Yglesias significándole la necesidad de que renunciara el mando. Los hechos me han dado la razón después, pero la franca rudeza de mis palabras no podía perdonarse; y para realizar la venganza que contra mí se premeditaba, se suspendió el Orden Constitucional . . . cuando ya ni el pretexto de la guerra existía, pues la paz era un hecho.

"Suspenso el Orden Constitucional mi inmunidad de diputado, aquí donde la Constitución se interpretaba al gusto del gobernante, era nada más que una palabra vana. Se me encarceló y se me desterró

35 Obregón Loría, Rafael. *Conflictos Militares y Políticos de Costa Rica*. San José: Imprenta La Nación, 1951, p. 85.

enseguida, sin que uno solo de mis colegas recordara su deber y su juramento de defender la Constitución y las leyes".<sup>36</sup>

En realidad esta suspensión de garantías sirvió una vez más al Presidente Yglesias para deshacerse de un enemigo político que se atrevía a denunciar abiertamente los errores del gobernante.

El 25 de febrero de 1899 se produjo un intento por derrocar al Presidente Yglesias lo que motivó la cuarta suspensión del orden constitucional. En efecto, en esa oportunidad el general Federico Velarde trató de tomar el Cuartel de Artillería, sin embargo los revolucionarios fueron rechazados y huyeron dejando cuatro muertos.

El gobierno logró capturar a varios sediciosos y en la sumaria que se instruyó al efecto, aparecieron complicados los principales dirigentes del Partido Republicano, entre ellos: Máximo Fernández, Juan J. Flores, Julio Acosta, Albino Villalobos y Faustino Montes de Oca, los cuales fueron expulsados del país.

El diputado Montes de Oca denunció con posterioridad esta nueva suspensión de las garantías individuales por parte de la Comisión Permanente.

"Los sucesos de febrero pasado, fueron el pretexto para la cuarta suspensión de las tan decantadas garantías que, en rigor, no se han respetado nunca. La Comisión Permanente, como si dijéramos, la Comisión Alta Ejecutora de Obras del Ejecutivo, suspendió las garantías cuando no había ya motivo para hacerlo, en pleno orden, cuando los negocios habían vuelto a su anterior estado... esa suspensión fue un atentado más ejecutado "ad hoc" para asegurar más la impunidad de todo lo que luego se siguió y que se ha pretendido pasar como necesaria consecuencia de un hecho violento y aislado y que... tuvo, tiene y tendrá antecedentes justificadísimos para mirar su conjunto como el resultado de una justa repulsión de quien se defiende, de quien rechaza la fuerza con la fuerza, la villanía con la astucia".<sup>37</sup>

El 12 de julio de 1899 se produjo una nueva suspensión de las garantías individuales bajo pretexto de una conmoción política interna que amenazaba el orden y la seguridad de la República. En esta ocasión las garantías fueron suspendidas por el Congreso Constitucional que se encontraba reunido en sesiones ordinarias.

La última suspensión de las garantías individuales bajo el gobierno del Presidente Yglesias se produjo a principios de 1900. La causa de la ruptura del orden constitucional fue la invasión planeada por don Federico Mora, decidido adversario del señor Yglesias, en compañía de otros emigrados costarricenses que se encontraban en Nicaragua.

36 A.N.C.R., C. C., N° 2498, p. 2.

37 *Ibíd.*

Según el Lic. Ricardo Pacheco, Ministro de Gobernación y Policía del Presidente Yglesias, el gobierno se vio obligado a acudir a esta medida:

"por las fidedignas y verosímiles noticias... de una próxima invasión a nuestro territorio por parte de emigrados costarricenses auxiliados por elementos extranjeros... Afortunadamente —agregaba el señor Pacheco— los proyectos de invasión no se realizaron, y el país ha vuelto a su normal tranquilidad, devolviéndole a la agricultura, a la industria y al comercio la calma y los elementos de que por pocos días se vieron privados".<sup>38</sup>

A pesar de que la planeada invasión no se llegó a realizar, la Comisión Permanente suspendió las garantías individuales el 17 de febrero de 1900 con el propósito de dar al Poder Ejecutivo amplias libertades para preparar la defensa nacional.

En conclusión podemos afirmar que durante los gobiernos autoritarios de José J. Rodríguez y Rafael Yglesias, la Comisión Permanente fue en realidad un poderoso instrumento empleado por el Presidente de la República para suspender el orden constitucional. Por lo general, estas suspensiones coincidieron, no precisamente por casualidad, con los períodos electorales o con los momentos donde el gobernante quería deshacerse de sus opositores.

Durante el tercer período de nuestro análisis (1902-1914), que hemos dado en llamar de la "democracia liberal del Olimpo", las garantías individuales fueron suspendidas únicamente dos veces.

Este período se caracteriza, entre otras cosas, por la sucesión en el poder de los tres representantes más destacados del "Olimpo": Ascensión Esquivel, Cleto González Víquez y Ricardo Jiménez.

La primera suspensión se acordó en 1906 durante la campaña política para nombrar el sustituto del Presidente Esquivel. La segunda suspensión de garantías fue aprobada por el Congreso en mayo de 1910, para poder hacer frente a los problemas ocasionados por el terremoto en la provincia de Cartago. Como se observa, esta última suspensión no tenía fines políticos y además fue decretada sólo en dicha provincia por un gobierno que estaba tomando posición de su cargo.

Véamos las causas y las implicaciones de la suspensión de garantías en marzo de 1906.

En la campaña presidencial de 1905 surgieron cinco candidatos: Cleto González Víquez, Máximo Fernández, Tobías Zúñiga, Bernardo Soto y Ezequiel Gutiérrez.

La lucha electoral fue una de las más intensas y agitadas de nuestra historia política. En las elecciones de primer grado Cleto González, candidato del partido oficialista, Partido Unión Nacional, logró elegir solamente el 41% de los electores nombrados. Por su lado los señores Fernández, Zúñiga y Soto, candidatos de los partidos de oposición, Republicano,

38 A.N.C.R., C. C., N° 2638, p. VII.

del Pueblo y Republicano Independiente, eligieron el 56.5% del total de electores seleccionados.

El hecho de disponer de la mayoría absoluta de electores para elegir al Presidente de la República en las elecciones de segundo grado, hizo que estos tres partidos de oposición se coaligaran bajo el nombre de la Unión Republicana. Los tres candidatos se pusieron de acuerdo y presentaron como candidato único al señor Tobías Zúñiga.

Para evitar el triunfo prácticamente indiscutible de la oposición, el Presidente Esquivel suspendió las garantías individuales de acuerdo con la Comisión Permanente, encarceló a los señores Fernández, Zúñiga y Soto y poco después los expulsó del país.

Con las garantías individuales suspendidas, muchos electores de la Unión Republicana fueron encarcelados y posteriormente obligados a votar por el candidato oficial. De esta manera tan violenta e ilegal el señor González Víquez fue electo Presidente de la República para el período 1906-1910.

En el decreto de suspensión de las garantías individuales, emitido el 7 de marzo de 1906, se lee:

"Es cosa fuera de duda... que los intereses más preciosos de la comunidad costarricense, la tranquilidad y la paz pública... están seriamente amenazados por propósitos de subversión, que vienen cultivándose desde los comienzos de la campaña electoral, al calor de las pasiones puestas en juego por una propaganda desmedida hasta el extremo de la impaciencia y el despecho de los círculos políticos, que no quieren fiar el logro de sus esperanzas al resultado del debate de las opiniones y de la marcha y desenlace de la contienda política conforme a las leyes, sino a las eventualidades siempre desastrosas del trastorno popular, a las ciegas embestidas del desenfreno de la muchedumbre envenenada con las nocivas excitaciones y estímulos... la predicación que así "en las ciudades como en el campo hace la Unión Republicana, incitando a los pueblos contra las autoridades y las instituciones y sembrando en su conciencia inexplicables odios y envidias sin causa; el llamamiento voceado en todas partes a las vías de hecho, detrás de las cuales se dejan ver las mortales convulsiones del motín y de la guerra intestina".<sup>39</sup>

Es importante destacar que si bien es cierto que los dirigentes de la Unión Republicana fueron acusados de dirigir el movimiento que supuestamente pretendía asesinar al Presidente de la República y al candidato del partido gubernamental, estos cargos nunca fueron comprobados y los señores Fernández, Zúñiga y Soto, fueron expulsados del país antes de que la sumaria hubiese sido concluida.

Por tercera vez en nuestra historia electoral se recurrió a la suspensión de las garantías individuales por parte de la Comisión Permanente,

39 A.N.C.R., C. C., N° 3208, p. 1.

para que el gobierno pudiese manipular a su antojo las elecciones e imponer al candidato de sus simpatías.

Podemos constatar nuestra afirmación si analizamos rápidamente los resultados de las elecciones de primer y segundo grado. En efecto, en la primera vuelta de las elecciones el candidato oficial obtuvo 351 votos contra 485 de los tres partidos de oposición sobre un total de 855 electores nombrados.<sup>40</sup> Por el contrario, en la segunda vuelta el señor González Víquez recibió 427 votos y los candidatos de oposición solamente 36 votos.<sup>41</sup>

Estas cifras nos permiten obtener las siguientes conclusiones: en las elecciones de segundo grado el abstencionismo fue de un 46%, pues de los 855 electores nombrados participaron solamente 463. Lógicamente quienes se "abstuvieron" de votar fueron los electores de la Unión Republicana. Los resultados nos demuestran que en efecto, de los 485 electores de oposición sólo 36 pudieron votar por sus propios candidatos.

En síntesis, el candidato gubernamental fue electo gracias al voto de 76 electores de la Unión Republicana que, gracias a la declaración del estado de sitio, fueron obligados a votar por don Cleto González Víquez.

Antes de concluir el presente trabajo consideramos importante referirnos a los intentos por reglamentar la suspensión del orden constitucional y por suprimir la Comisión Permanente.

Sin lugar a dudas el Partido Republicano, heredero del Partido Independiente Demócrata, fue la organización política que realmente se preocupó por la supresión de la Comisión Permanente y la creación de un reglamento del estado de sitio.

Recordemos que esta agrupación fundada en 1897 se abstuvo de participar en las elecciones de ese mismo año, pero intervino activamente en las campañas políticas de 1901, 1905 y 1909. Precisamente en su programa de gobierno de 1901 los republicanos proponen "crear un reglamento de estado de sitio que fije:

- a. Las situaciones en que es legal suspender las garantías individuales.
- b. Cuáles no pueden suspenderse en ningún caso.
- c. Qué poderes incumben al Presidente en el período de suspensión.
- d. Los efectos que pueden tener las medidas preventivas tomadas en él por el gobierno.
- e. La obligación que tendrá el Presidente de rendir cuentas al Congreso del uso que hubiere hecho de sus facultades extraordinarias".<sup>42</sup>

40 Martínez, Enrique. *Cleto González Víquez en la primera década del siglo XX*, Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica. San José, 1971, p. 380.

41 A.N.C.R., C. C., N° 4455, sin paginar.

42 El País, 6 de marzo de 1901, p. 1.

El punto noveno del mismo programa establecía la supresión de la Comisión Permanente por medios legales.

En mayo de 1906 trece diputados republicanos propusieron, para ser consecuentes con su ideario político, un proyecto de ley para suprimir la Comisión Permanente.

En su parte expositiva argumentaban los representantes republicanos: "El organismo de la Comisión Permanente está completamente desacreditado. No hay una sola voz que se levante en su defensa. Es una rama podrida que urge cortar de la Constitución cuanto antes; y los diputados suscritos inician esa operación proponiendo al Congreso la siguiente reforma constitucional".<sup>43</sup>

La reforma constitucional incluía la supresión de los artículos 93 y 94 y el inciso tercero del artículo 102 de la Constitución. Los primeros artículos establecen la Comisión Permanente y sus atribuciones, y el inciso tercero del artículo 102 da al Poder Ejecutivo la atribución de suspender el orden constitucional de acuerdo con la Comisión Permanente.

Entre los firmantes de este importante proyecto de reformas constitucionales de reformas constitucionales se encontraban los diputados don Pedro Pérez Zeledón y don Ricardo Jiménez. A pesar de la ardua lucha que los republicanos sostuvieron en el Congreso, el proyecto de reformas constitucionales resultó desechado por veinte votos contra diecinueve el 7 de junio de 1906.

Es interesante destacar que durante la discusión del proyecto presentado por el Partido Republicano, los diputados gobiernistas dieron a conocer otro proyecto que presentarían al Congreso en caso de ser aprobada la proposición de los republicanos.

Consideraban los representantes del partido oficial que:

"Arrancado el organismo de la Comisión Permanente de nuestra Carta Fundamental, durante los recesos del Congreso y cuando la gravedad de las circunstancias requieran una acción enérgica e inmediata, el Poder Ejecutivo debe de estar dotado de la facultad de suspender determinadas garantías individuales, como medio necesario para defender la soberanía de la Nación o para restablecer el orden perturbado".<sup>44</sup>

El proyecto del partido oficial señalaba que en los recesos del Congreso el Poder Ejecutivo estaba capacitado para decretar la suspensión de las garantías individuales consignadas en los artículos 28, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 40 y 41 de la Constitución, en caso de hallarse la República en inminente peligro, sea por causa de agresión extranjera, sea por causa de conmoción interior.<sup>45</sup>

43 A.N.C.R., C. C., N° 4512, p. 1.

44 A.N.C.R., C. C., N° 4507, p. 1.

45 *Ibid.*

Estos artículos se refieren al derecho de circular libremente por el territorio nacional, a la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados, de la correspondencia, a la libertad de reunión, al derecho de petición, a la libertad de pensamiento y de imprenta. El artículo 40 establece que ningún ciudadano puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito del juez o autoridad encargada del orden público. El artículo 41 señala el derecho de "Habeas Corpus" que tiene todo habitante de la República.<sup>46</sup>

En su parte final el proyecto de los diputados gobiernistas contemplaba un punto de gran interés:

"El Ejecutivo —afirmaban—, no podrá, respecto a las personas, mas que imponerles detención en lugar no destinado a reos comunes, o decretar su confinamiento en lugares habitados. En ningún caso podrá atormentarles".<sup>47</sup>

Es el último párrafo, relativo a la pena de tormento, el que nos interesa comentar ahora. La afirmación de los diputados del Partido Unión Nacional podría interpretarse como si durante la suspensión de las garantías individuales las autoridades emplearan el tormento contra los detenidos.

Nosotros hemos constatado, por lo menos en un caso, que durante la suspensión del orden constitucional se empleó la pena de tormento contra los enemigos del gobierno.

En efecto, después del fracasado intento por derrocar al Presidente Yglesias en febrero de 1899, se empleó este castigo contra los supuestos participantes en esta revolución. Al respecto oigamos el autorizado testimonio del diputado Faustino Montes de Oca:

"Para averiguar los detalles y autores de la abortada revolución se ha dado palo hasta desgarrar las carnes a unos cuantos honradísimos artesanos que si tuvieron participación fue secundaria. Yo mismo, preso en el calabozo número 9 del Cuartel de Policía, he oído el horrible golpear de las varas, los ayes de los desgraciados y la feroz insinuación de sus verdugos que a cada veinticinco pasos (yo los iba contando) les decían: ¡Confiese! y como no confesaban lo que querían aquellos émulos de Nerón y de Calígula, continuaban la tortura; cien azotes oí dar a cada uno de aquellos desgraciados a que me refiero".<sup>48</sup>

En setiembre de 1909 el Partido Republicano volvió a proponer la supresión de la Comisión Permanente y la atribución del Poder Ejecutivo de suspender el orden constitucional en los recesos del Congreso.

46 Peralta, Hernán. Op. cit., p.p. 465-467.

47 A.N.C.R., C. C., N° 4507, p. 1.

48 *Ibid.*, N° 2498, p. 2.

Este proyecto de reformas constitucionales fue suscrito por veintiún diputados y estaba encabezado por el Presidente del Congreso don Ricardo Jiménez.

“La experiencia nos ha demostrado —decían los republicanos— sin que quede lugar a duda de ninguna especie, que la Comisión Permanente es un organismo inútil del cual puede prescindirse perfectamente en la práctica, con lo que ganar los legítimos intereses del país, así como podría prescindirse de él, en provecho de las instituciones republicanas, a las que afea ese borrón de las antiguas dictaduras...”

“No se explicaría el fenómeno de inercia en virtud del cual ese organismo pudiera subsistir, ni concebible sería que nosotros desdeñáramos la gloria de anularlo para siempre, por medio de una reforma constitucional que vendría a satisfacer uno de los mejores anhelos populares que ha sido consagrado para su cumplimiento, por el voto libre y espontáneo de las mayorías, en el artículo sétimo del Programa de Gobierno del Partido Republicano.

La Comisión permanente ha sido únicamente una salvaguardia de la tiranía y una amenaza para las libertades públicas. No tiene razón de existir y por lo mismo debe desaparecer cuanto antes. En secuencia venimos a pedir la supresión de ese cuerpo”.<sup>49</sup>

Este proyecto de ley provocó una serie de interesantes debates en el seno del Congreso. El diputado republicano don Carlos María Jiménez opinó que se debía cortar ese “inútil apéndice” de nuestro organismo constitucional. El señor Jiménez propuso una importante reforma al proyecto que fue aceptada por la Comisión de Legislación que lo estudiaba.

Dicha reforma establecía que el decreto de suspensión de garantías equivalía “ipso facto” a la convocatoria del Congreso, el cual debía reunirse inmediatamente o a más tardar dentro de las 48 horas siguientes. La propuesta contemplaba además que el Congreso, por mayoría de votos, podía revocar el decreto del Poder Ejecutivo y levantar la suspensión de garantías.<sup>50</sup>

La Comisión de Legislación, en su dictamen final, opinó que la Comisión Permanente era un organismo “verdaderamente inútil” que debía eliminarse de la Constitución cuando antes. La comisión juzgó también indispensable restringir y definir en la misma Constitución, las garantías que podían ser suspendidas pues no había claridad suficiente en cuanto al alcance de la suspensión del orden constitucional, lo que se prestaba para que se suspendieran garantías que no debían ser suspendidas en ningún caso.<sup>51</sup>

49 La Gaceta, 28 de setiembre de 1909, p. 310.

50 *Ibid.*, 24 de octubre de 1909, p. 430.

51 *Ibid.*

Resulta muy interesante citar el voto particular del diputado Pérez Zeledón con respecto a la supresión de este organismo.

“Desde 1825 hasta 1870 —decía don Pedro—, por cerca de medio siglo, Costa Rica se gobernó sin necesidad de Comisión Permanente alguna, armada de la tremenda facultad de hacer del Gobierno una dictadura plena y descarada a cada triquitraque; y sin necesidad de que a falta de Comisión Permanente, tuviera el Jefe del Poder Ejecutivo la tremenda atribución de suprimir el Orden Constitucional”.<sup>52</sup>

El propio Presidente de la República, don Cleto González Víquez, participó en la discusión que originó este proyecto. En efecto, en su último mensaje presidencial dirigido al Congreso el primero de mayo de 1910, sostuvo que en la historia de nuestras administraciones se acusa a la Comisión Permanente de haber abusado de la facultad de suspender el orden constitucional de acuerdo con el Poder Ejecutivo. Sin embargo don Cleto se declaró partidario del mantenimiento de este organismo y de no privarlo de la atribución de suspender las garantías a petición del Ejecutivo.

“El mal hasta ahora —decía el señor Presidente— no ha estado tanto en la suspensión de garantías, como en la falta de claridad y de fijeza en cuanto a lo que tal medida significa. En primer lugar la Constitución habla de suspender el Orden Constitucional, y algunos gobiernos han creído que esto implicaba algo más que la suspensión de Garantías Individuales, llegando hasta el absurdo de establecer que en virtud de la misma Constitución pueda ella quedar en suspenso en todas sus disposiciones.

Se ha creído que podrían ser suspendidas todas las Garantías Individuales... ha sido corruptela consentida en el país admitir que el Ejecutivo pueda dictar medidas e imponer por su propia cuenta y sin intervención de tribunales penas a los revolucionarios, que perduren después de terminado el período de suspensión”.<sup>53</sup>

Finalmente el 6 de junio de 1910 se aprobó el proyecto de ley que abolió la Comisión Permanente y reglamentó la suspensión de las Garantías Individuales. En efecto, los artículos 93 y 94 de la Constitución fueron suprimidos y el inciso séptimo del artículo 73 fue reformado en los siguientes términos:

“Art. 73.—Son atribuciones exclusivas del Congreso:

... 7ª.—Suspender por dos tercios de votos presentes, en caso de hallarse la República en inminente peligro, sea por causa de agresión extranjera, sea por causa de conmoción interior, las garantías individuales consignadas en los artículos 28, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 40 y 41 de la misma Ley Fundamental. Esta suspensión podrá ser

52 La Gaceta, 20 de noviembre de 1909, p. 547.

53 *Ibid.*, 3 de mayo de 1910, p. 384.

de todas estas garantías o sólo de alguna de ellas, para todo el territorio de la República o para una parte de él y por sesenta días o por menos. El Ejecutivo no podrá, respecto de las personas, más que imponer detención en lugar no destinado a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados. En ningún caso podrá atormentarlos. El Ejecutivo dará cuenta al Congreso en su próxima reunión de las medidas tomadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado, las cuales cesarán inmediatamente que se restablezcan las garantías".<sup>54</sup>

El inciso tercero del artículo 102 fue modificado como sigue:

"Art. 102.—Son deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo:

"Art. 3º—En los recesos del Congreso, decretar la suspensión de garantías a que se refiere el inciso VII del artículo 73, en los términos, casos y con las mismas limitaciones que allí se establecen, y dar cuenta inmediatamente al Congreso. El decreto de suspensión de garantías equivale, ipso facto, a la convocatoria del Congreso a sesiones, el cual debe reunirse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y puede, por mayoría de votos, restablecer las garantías".<sup>55</sup>

Con esta importante reforma constitucional los diputados republicanos lograron aprobar dos puntos fundamentales de su programa político: la supresión de la Comisión Permanente y la reglamentación de la suspensión de las garantías individuales.

El nuevo texto constitucional no abolió la atribución del Ejecutivo de decretar la suspensión de las garantías, sin embargo la suspensión quedó detalladamente reglamentada. En primer lugar el Presidente de la República estaba obligado a dar cuenta inmediatamente al Congreso de dicha suspensión. En segundo lugar el decreto de suspensión equivalía, *ipso facto*, a la convocatoria del Parlamento a reunirse dentro de la cuarentena y ocho horas siguientes. En tercer lugar el Congreso tenía la atribución de restablecer las garantías por simple mayoría de votos.

Es importante destacar que el Congreso tenía la atribución de suspender ya no todas las cincuenta garantías individuales, sino solamente nueve de ellas. Además los diputados podían suspender todas las garantías o solamente parte de ellas. Se introduce también la posibilidad de suspenderlas en todo el territorio nacional o en una región determinada.

Las citadas garantías podían ser suspendidas por sesenta días o por un período menor. Véase también que la reforma establece la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso, en su próxima reunión, de las medidas por él tomadas durante la suspensión de las garantías. Finalmente, una vez restablecidas las garantías, las medidas acordadas por el Poder Ejecutivo cesaban de inmediato.

<sup>54</sup> Salazar Mora, Orlando, *Le Systeme Politique au Costa Rica: 1889-1919*, París, 1980, p. 362.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 366.

Esta importante reforma constitucional es indiscutiblemente uno de los mayores logros democráticos obtenidos a principios de siglo, que vino a poner fin a la viciada práctica del Poder Ejecutivo de utilizar la Comisión Permanente para suspender el orden constitucional y convertirse en virtual dictador.

Esta reforma redundó en un mayor respeto a las libertades individuales de parte de los gobernantes, y en una menor intervención del Poder Ejecutivo en la manipulación de los procesos electorales.

## Bibliografía

### Libros.

- Colección de Leyes y Decretos, año de 1885, San José, Costa Rica.
- Lambert, Jacques. *Amérique Latine. Structures Sociales et Institutions Politiques*. 2ª ed. París: P.U.F., 1968.
- Obregón Loría, Rafael. *Conflictos Militares y Políticos de Costa Rica*. San José: Imprenta La Nación, 1951.
- \_\_\_\_\_. *El Poder Legislativo en Costa Rica*. San José: Imprenta Nacional, 1966.
- Peralta, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid: Editorial Gráficas Benzal, 1962.

### Tesis.

- Martínez Arias Enrique. *Cleto González Viquez en la primera década del siglo XX*. Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica. San José, 1971.
- Salazar Mora, Orlando. *Le Systeme Politique au Costa Rica: 1889-1919*. Tesis para optar al grado de Doctor de Tercer Ciclo, Universidad de París, París, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Máximo Fernández y el Partido Republicano*. Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica. San José, 1973.

### Periódicos.

- La Gaceta 30/ 4/1891  
" " 13/ 9/1892  
" " 15/ 9/1893  
" " 25/ 2/1894  
" " 18/ 9/1894  
" " 15/ 9/1897  
" " 28/ 9/1909  
" " 24/10/1909  
" " 24/11/1909  
" " 3/ 5/1910  
El País 6/ 3/1901

*Archivos.*

Archivo Nacional de Costa Rica. Sección Histórica.  
Serie Congreso Constitucional. Abreviatura: *A.N.C.R., C. C.*

Documento N° 2403.	N° 4512.
" " 2498.	" 8669.
" " 2638.	" 9089.
" " 3208.	" 9323.
" " 3796.	" 10510.
" " 4455.	" 10515.
4507.	

Archivos Diplomáticos del Ministerio de Asuntos Extranjeros. Correspondencia Consular y Comercial de San José, Costa Rica. París, Francia. Tomo II.

Abreviatura: *M.A.E., A. D.*, (Ministère des Affaires Etrangères, Archives Diplomatiques).

LA VALIDEZ DEL DONATIVO MANUAL  
Comentario de dos sentencias de la Corte de Casación

Dr. Diego Baudrit Carrillo  
*Profesor de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Costa Rica*

SUMARIO: *Dos decisiones de la Corte de Casación sobre el donativo manual*: 1. El donativo manual es tenido como válido; 2. El donativo manual se considera absolutamente nulo.—A. *La donación, contrato solemne*: 1. La justificación de las solemnidades; 2. La sanción a la ausencia de solemnidad; 3. Naturaleza de la solemnidad.—B. *La donación manual, contrato real*: 1. La posibilidad de la figura en derecho costarricense: a. La interpretación gramatical de la ley; b. La presunción de propiedad de muebles; c. La costumbre.—2. Los obstáculos posibles a la figura del donativo manual. C. *A manera de conclusión*.

El Código Civil costarricense, apartándose de su modelo francés y de las reglas del derecho civil español, impuso solemnidades para la celebración de donaciones de bienes muebles corporales, exigiendo la forma notarial como requisito constitutivo del contrato. Así lo establece el artículo 1397:

"La donación verbal sólo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes cuyo valor no pase de doscientos cincuenta colones.

La de muebles cuyo valor exceda de esa suma y la de inmuebles debe hacerse en escritura pública; faltando ese requisito, la donación es absolutamente nula".

La Corte de Casación ha resuelto en por lo menos dos ocasiones problemas relacionados con la regla citada, que tiene que ver con la validez de un tipo de donaciones muy utilizado en la práctica: el donativo manual.

La Corte de Casación admitió en una sentencia la validez del donativo manual; en otra sentencia consideró que era absolutamente nulo. Presentaremos las consideraciones que hizo la Corte en uno y otro caso, que nos servirán para hacer un bosquejo de la donación como contrato solemne (A), y del donativo manual como contrato real (B).

#### *Dos decisiones de la Corte de Casación sobre el donativo manual*

Sorprende a primera vista que un contrato que es utilizado frecuentemente como la donación verbal o donativo manual, no haya originado litigios que hayan permitido a la Corte de Casación fijar sus criterios en cuanto a la naturaleza y a la validez de ese contrato. Conocemos dos de esas decisiones, de las que no puede deducirse una línea directriz, ya que son contradictorias. Una decisión admite el donativo manual como válido; otra decisión lo declara absolutamente nulo.

##### 1. *El donativo manual es tenido como válido*

La sentencia de la Corte de Casación de las 2.30 p.m. del 5 de julio de 1934<sup>1</sup> recayó en un litigio cuyos hechos pueden resumirse así:

D. Z. antes de fallecer, hizo que un banco comercial le entregara a E. M. diez bonos hipotecarios, al portador, por un valor de veinte mil colones, que eran propiedad de Z. La sucesión de éste presenta juicio ordinario contra M. para que se declare que los bonos en litigio son propiedad de Z.

<sup>1</sup> Z. U. contra M. F., II semestre, p. 54 y ss.



El Juez Tercero Civil de San José, Lic. Enrique Guier Sáenz, rechazó la demanda, considerando que hubo una donación verbal de Z. a favor de M., que fue válida para transmitir la propiedad de los bonos. El Juez Guier razonó: (*Considerando IV*):

"El artículo 1397 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que no es indispensable la constancia instrumental cuando se trata de una donación de muebles cuyo valor excede de doscientos cincuenta colones y ha habido tradición. En efecto, tanto la interpretación gramatical del texto, teniendo en cuenta la duplicación del adverbio *cuando*, conforme a las reglas del idioma, las leyes y las doctrinas de los países que sirvieron de guía a los codificadores del año mil-ochocientos ochenta y ocho (Francia, Portugal y España), como la legislación vigente en casi todas las naciones civilizadas, y las costumbres del país, admiten el donativo manual, por cualquier suma, sin el requisito escriturario (El doctor Cruz y el Gobierno de Costa Rica, Ricardo Jiménez, San José, 1905, pág. 77)".

La Sala Primera de Apelaciones confirmó la sentencia, por razones diferentes que las del Juez:

"Los documentos referidos, como títulos al portador que son, se transmiten por la simple tradición a aquel en quien se presume al efecto buena fe, según el artículo 184 del Código de Comercio (sic).<sup>2</sup> Como se ha demostrado que haya mediado una desposesión indebida por parte de la demandada, de tales bonos, éstos son propiedad de ella, toda vez que este pronunciamiento resulta amparado por dicha ley, que es especial para los títulos al portador y cuya emisión es posterior al artículo 1397 del Código Civil cuyo examen no es indispensable hacer en el presente caso."

La Corte de Casación tuvo el mismo criterio que la Sala de Apelaciones, ya que consideró que:

"El citado artículo 1397 del Código Civil no ha sido infringido. Los bonos... son títulos al portador..., y según el artículo 184 de la Ley de Cambio, los documentos de esta clase pertenecen a quien tenga posesión de ellos en virtud de un justo título y de la buena fe, siendo transmisibles por simple tradición. De acuerdo con el mismo texto, la buena fe y el justo título se presumen en el portador, quedando a salvo las acciones del desposeído injustamente contra el responsable de la indebida desposesión, conforme a las leyes comunes. En el presente caso no ha habido la desposesión indebida que dicha ley requiere, para que los títulos pudieran ser recuperados por la parte actora, porque el señor Z. no fue desposeído de los bonos injustamente".

<sup>2</sup> En realidad, se refiere al artículo 184 de la Ley de Cambio, N° 17 del 25 de nov. 1902.

## 2. El donativo manual se considera absolutamente nulo

La Corte de Casación dictó la sentencia que rechazó la validez de una donación verbal a las 10 horas del 11 de marzo de 1940<sup>3</sup>, en un litigio que se sintetiza así:

T. F. confesó haber recibido ₡ 30.000 de D. O. a título de donación, sin que mediara escritura pública, por acuerdo verbal.

D. O. demanda la nulidad de esa donación, por no haberse otorgado en escritura pública.

El Juzgado rechazó la demanda, porque "No era necesaria la escritura pública en un caso como el presente en que la donante confesaba la existencia de la donación".

La Sala (de Apelaciones), confirmó la sentencia, fundándose en las razones de la decisión de la Corte de Casación de las 2.30 p.m. del 5 de junio de 1934, que acabamos de referir.

La Corte de Casación declaró con lugar el recurso correspondiente, y tavó por nula la donación en litigio. Consideró que:

"Desde que el mencionado artículo 1397 dice que la donación verbal (o don manual) *de muebles* cuyo valor exceda de la suma de doscientos cincuenta colones, debe hacerse en escritura pública, y que faltando ese requisito, ella es absolutamente nula, no hay manera de resolver judicialmente otra cosa, sin flagrante violación de dicho texto, si hemos de obedecer la leyenda del artículo 835 ídem, que hiere de invalidez legal los actos o contratos desprovistos de las formalidades que son su propia esencia, por propia naturaleza jurídica de los mismos. Y si esa nulidad de orden público no puede subsanarse ni por la confirmación o ratificación de las partes, con mayor razón no ha de serlo por inobservancia de la ley. La simple violación del citado texto formal estatutario de la donación, impone la nulidad del fallo recurrido...".

### A. La donación, contrato solemne

La donación es un contrato mediante el cual se opera la transferencia del dominio de una cosa, a título gratuito. Tal transferencia gratuita lo emparenta con el testamento, por lo que hay ciertos principios y reglas que les son comunes. Una de ellas es la solemnidad. No se puede concebir una donación o un testamento sin que haya una forma solemne que observar. El testamento y la donación no pueden ser válidos ni ser eficaces si no se cumplen las solemnidades exigidas por la ley. La formalidad en esos dos actos jurídicos tiene carácter constitutivo. La formalidad es un elemento indispensable en la donación y en el testamento.

Esa constatación nos lleva a preguntarnos cuál es la justificación de la solemnidad en el instituto que estudiamos, a determinar la sanción

<sup>3</sup> D. O. contra T. F., I semestre, p. 128 ss.

cuando la solemnidad no se cumple y a analizar si la solemnidad requerida para la donación es única, o si hay varios tipos de solemnidad.

### 1. *La justificación de las solemnidades*

Las formalidades sustanciales, aquellas que con los otros elementos constitutivos del acto jurídico son necesarias para que éste tenga existencia y validez, tienen diferentes finalidades, diferentes justificaciones.

Se ha señalado que principalmente se establecen solemnidades para proteger a los particulares contra la precipitación, dado que la formalidad sustancial es propicia para la reflexión. Asimismo, que con la forma solemne se facilita la prueba, simplificando los litigios en punto a la certidumbre de los actos jurídicos. En fin, se facilita el control de ciertos actos, en lo que concierne a los terceros que pudieran ser afectados por ellos.<sup>4</sup>

En lo que respecta a la donación, específicamente, se dice que la justificación de la forma reposa en dos razones: "la conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación, protegiéndolo contra una posible ligereza", así como "evitar posibles fraudes, procurando una eficaz publicidad (posesoria en este caso) y una mayor certidumbre jurídica".<sup>5</sup>

En realidad, no son otras las justificaciones de la solemnidad en la donación. El derecho no es un instrumento para obstaculizar las relaciones sociales. El derecho tiende a facilitarlas y a darles seguridad. Es por razones de seguridad jurídica que todavía existen solemnidades en los actos jurídicos. No se puede pensar en nuestra época, seriamente, en un sistema de la solemnidad por la solemnidad misma, aunque queden resabios de ello en los sistemas procesales, cuando se requiere el cumplimiento de una fórmula para que se tenga por cumplido determinado acto.<sup>6</sup>

Tal es el sentido de la regla del artículo 1009 del Código Civil: sólo excepcionalmente se requiere de una formalidad para que quede perfecto el contrato. La regla es que basta el consentimiento para que se concluya el convenio, con prescindencia de las formalidades.<sup>7</sup>

Siendo la solemnidad, principalmente, un elemento de seguridad, la sanción por su inobservancia debe tener una relación directa con ello.

4 UMAÑA (Ana Lorena) y PEREZ (Victor), "Elementos del negocio jurídico", Rev. Jud. N° 12, p. 93.

5 JORDANO BAREA (Juan B.), "La categoría de los contratos reales", Bosch, Barcelona, 1958, p. 148.

6 Tal es el caso de nuestro régimen civil de la apelación de hecho, de ciertas fórmulas en la demanda (como la invocación del derecho), en la apelación simple y en el recurso de casación.

7 BRENES CORDOBA (Alberto), "Tratado de las obligaciones y contratos", N° 569.

### 2. *La sanción a la ausencia de solemnidad*

La ausencia de un elemento constitutivo de un acto jurídico, lógicamente conduce a que tal acto no se perfeccione. El acto jurídico imperfecto, puede ser sancionado con diferentes grados de invalidez: la nulidad absoluta y la nulidad relativa, conforme a las categorías establecidas en nuestro sistema de nulidades. Cabe, aún, pensar en la inexistencia del acto: podría considerarse inexistente del todo el acto al que falta un elemento de su esencia, como es el caso de la donación en que no se han observado las formalidades sustanciales.

Toda vez, no cabe discusión alguna sobre el tipo de invalidez que acarrea la ausencia de solemnidad en la donación: el artículo 1397 del Código Civil establece claramente que se trata de la nulidad absoluta del acto.

Con ello, se confirma el carácter constitutivo de la formalidad, ya que en armonía con lo dispuesto por el artículo 835 del Código Civil, sólo cabe la nulidad absoluta cuando se viola una formalidad esencial del acto, cuando se ha establecido en consideración a su naturaleza.

¿Será conforme esa sanción con la razón de ser de la solemnidad de la donación? Hay que remarcar que ésta es un contrato que versa sobre intereses patrimoniales, exclusivamente; que se trata de un acto entre vivos, para el cual se requiere una determinada legitimación; y en fin, que el interés público parece no inmiscuirse en la defensa de los intereses patrimoniales de los particulares.

No nos parece que debe sancionarse con el mismo grado de invalidez la ausencia de formalidad de un matrimonio y de una donación. Aquel es un acto en el que está comprometida la sociedad, puesto que se forma una familia, base esencial de ésta; la donación, en qué interesa a la sociedad, si no es en que el tráfico se haya realizado normalmente, sin abuso y de buena fe?

La sanción parece desproporcionada.<sup>8</sup> Pero aún así, es la única que está establecida para la ausencia de solemnidad en la donación. La regla es, entonces, que frente a la ausencia de solemnidad hay nulidad absoluta de la donación.

Interesa, pues, determinar en qué consiste esa solemnidad.

### 3. *Naturaleza de la solemnidad*

Nuestro derecho conoce diferentes tipos de solemnidades establecidas para los actos jurídicos. La solemnidad más corriente es la escritura pública, como en el caso de los poderes general o generalísimo: "deben otorgarse en escritura pública", manda el artículo 1251 del Código Civil.

En el caso de los testamentos abiertos comunes, hay dos solemnidades fijadas por la ley: se otorga el testamento ante un cartulario y tres

8 Cf. BRENES CORDOBA, op. cit., N° 982.

testigos, o ante cuatro testigos sin cartulario, como dice el artículo 583 del Código citado.

➤ La solemnidad no está constituida en nuestro derecho únicamente por la escritura otorgada ante notario. Es tal vez la formalidad sustancial más socorrida, pero no la única.

Es de advertir que la documentación de los actos jurídicos no es la única especie de solemnidad. La admisión en la doctrina de la categoría de los contratos reales hace aparecer una formalidad sustancial muy importante: la tradición.<sup>9</sup>

Los artículos 481 y siguientes del Código Civil tratan la tradición como uno de los modos de adquirir el dominio en lo que se refiere a los muebles corporales. La tradición se realiza, dice el artículo 482, desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa.

La tradición no es, entonces, un documento. Es un acto material. Es la transmisión mano a mano de una cosa, la entrega de un bien mueble corporal.

➤ La tradición, la entrega de la cosa objeto del contrato, era una de las solemnidades corrientes en derecho romano: se necesitaba la ritualidad de la entrega de la cosa para tener por perfeccionado cierto tipo de contratos, que no eran verbales, literales o consensuales.<sup>10</sup> Ese era el caso de los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda.

En nuestro derecho, en virtud del principio de la consensualidad de los contratos, proclamado por el artículo 1009 del Código Civil, la forma solemne debe estar establecida expresamente por la ley, por tratarse de una excepción a la regla general.

No analizaremos aquí la naturaleza jurídica de los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda, en cuanto a su carácter real o consensual. Toda vez, parece estar excluida de ellos esa calidad, por cuanto la regulación legal no exige la entrega de la cosa para que queden perfeccionados.<sup>11</sup>

En cambio, nuestra ley sí exige la tradición cuando se trata de la donación de bienes muebles corporales. El artículo 1397, ya citado, manda que en esa hipótesis la tradición debe tener lugar, de manera tal que sin ella no puede considerarse concluido el respectivo contrato.

9 BRENES CORDOBA (Alberto), "Tratado de los bienes", N° 309: "... en punto a muebles, la tradición desempeña análogo papel al que desempeña la inscripción en materia de inmuebles...".

10 FALCON (M.), "Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral", 3ª ed., Tipografía Industrial Económica, Madrid, 1889, N° 6.  
JORDANO BAREA, op. cit., p. 19 y ss.

11 BRENES CORDOBA (Alberto), sin embargo, otorga categoría de contrato real al préstamo. V. "Tratado de las obligaciones y contratos", op. cit., N° 574.

Esa disposición del artículo 1397 es concordante con la del 481 del mismo Código Civil, que dispone que "la propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de tercero, por la tradición hecha a virtud de un título hábil". El dueño transmite válidamente la propiedad de los muebles mediante la tradición, ya que con ello se cumple la formalidad publicitaria que tiene como finalidad crear certidumbre jurídica con respecto a terceros, dado que tratándose de tales bienes "el hecho de la posesión hace presumir el título", como dice el artículo 854 del mismo Código.

La tradición la exige el artículo 1397 como requisito de validez de la donación verbal. Sólo se pueden transmitir por tradición bienes muebles, por lo que sólo a este tipo de donación se aplica esa regla. Es esa figura contractual la que analizaremos como contrato real, para derivar las consecuencias jurídicas consiguientes.

#### B. La donación manual, contrato real

Se llama donativo manual "la donación de un mueble corporal realizada por simple tradición, es decir, por la entrega hecha mano a mano del objeto donado".<sup>12</sup>

En derecho español tal donación está autorizada expresamente en lo que concierne los bienes muebles corporales; el artículo 632 de su Código Civil expresa que:

"La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

El Código Civil francés no regula expresamente tal donativo. Por el contrario, su artículo 931 establece la regla general de que "todo acto que comporte donación entre vivos será otorgado ante notario, en la forma ordinaria de los contratos; de ello quedará una minuta, bajo pena de nulidad". Sin embargo, el donativo manual ha sido admitido por la jurisprudencia, reiteradamente. Es por creación jurisprudencial que ese instituto tiene en Francia los mismos relieves que la donación verbal de bienes muebles en España. La legislación fiscal francesa, estableciendo derechos de timbre que deben pagar los donativos manuales, ha consagrado la construcción jurisprudencial. Antes de tal consideración legislativa del donativo

12 LOUSSUAR (Yves) y PIROVANO (Antoine), "Don manuel", Rép. dr. civ., Encyc. Dalloz, 2ª ed., París, N° 1.

Cf. BRENES CORDOBA, "Tratado de las obligaciones y contratos", op. cit. N° 982.

DUPONT DELESTRAINT (P.), "Droit civil... Libéralités" Mémentos Dalloz, 5ª ed., París, 1977, p. 135.

JORDANO BAREA, op. cit., p. 65 y 148, se refiere a la figura como "donación verbal de cosa mueble".

manual, los tribunales justificaban generalmente su admisión estimándolo como un contrato independiente del de donación, del que no era ni una excepción ni una variedad, y que como tal contrato autónomo había sido creado por la costumbre, aún anterior al Código Civil de 1804.<sup>13</sup>

En todo caso, cuando es admitido el donativo manual, el contrato se considera de naturaleza real, puesto que es necesario la entrega de la cosa donada para que se tenga tal convención por perfeccionada.<sup>14</sup>

La posibilidad de la figura del donativo manual como contrato real en derecho costarricense, y por ahí su validez incluso en ausencia de escritura pública, y los obstáculos formales para una tal construcción, son los extremos que pasaremos a analizar.

### 1. Posibilidad de la figura en derecho costarricense

La primera sentencia transcrita nos hace ver la posibilidad de que en nuestro sistema se admita la figura del donativo manual. Pese al texto del artículo 1397 del Código Civil, en que aparentemente se exige la forma notarial, se admitió el donativo manual por tres razones diferentes: la interpretación gramatical del Código Civil, la presunción de propiedad del poseedor de muebles corporales y la costumbre.

#### a. La interpretación gramatical de la ley

El Juez Guier razonó en la sentencia copiada arriba que la interpretación gramatical del artículo 1397 lleva a la admisión del donativo manual "teniendo en cuenta la duplicación del adverbio *cuando*, conforme las reglas del idioma".

Ese argumento lo tomó el juez de primera instancia de una pieza clásica de nuestro derecho: el recurso de casación elaborado por D. Ricardo Jiménez Oreamuno que se publicó bajo el título "El Doctor Cruz y el Gobierno de Costa Rica".<sup>15</sup>

En esa publicación, D. Ricardo Jiménez explica el número 1397 del Código Civil así:

13 LOUSSUARN y PIROVANO, op. cit., N° 10, que citan en su apoyo a PACILLY, BOULANGER, y ROUAST COLIN y CAPITANT por el contrario, afirmaron que el donativo manual era una excepción a la regla de las donaciones que deben otorgarse ante notario (idem, N° 9).

14 GHESTIN (Jacques), "*Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat*", L.G.D.G., París, 1980, N° 339.

15 Tipografía Nacional, San José, 1905. En 1963 los señores Alberto JIMENEZ TINOCO y Carlos A. QUESADA lo reprodujeron en una edición mimeografiada, con el título "*Informe como abogado del Gobierno de Costa Rica ante la Corte de Casación, en el juicio promovido por el Doctor don Antonio Cruz*", que comprende las dos publicaciones de don Ricardo Jiménez relacionadas con ese famoso litigio. Nuestras citas son tomadas de la edición original.

"Conforme la explicación que consulta los cánones gramaticales, el artículo ha de entenderse así: la donación verbal es válida, primero cuando ha habido tradición; segundo, cuando se trata de bienes muebles, cuyo valor no pase de doscientos cincuenta pesos; y requiere escritura pública, cuando se trate de muebles cuyo valor exceda de esa suma y no ha habido tradición, o de inmuebles. Mientras que la Sala lo lee así: 'la donación verbal es válida cuando ha habida tradición y se trate de muebles cuyo valor no pase de doscientos cincuenta pesos'. Esta versión y la del artículo 1397, son iguales, como lo implica, en el hecho, la sentencia? La duplicación del adverbio *cuando* no introduce diferencia en el sentido? Claro que sí. Si el atributo de la oración depende de la existencia de dos circunstancias concurrentes y se usa la palabra *cuando* para expresar esa dependencia, no se la debe emplear más que una vez; pues si se la coloca al principio de cada uno de los dos miembros del complemento, el resultado será que el atributo no estará subordinado a la concurrencia de los dos miembros sino a cada uno por separado".<sup>16</sup>

Para D. Ricardo Jiménez, pues, el artículo 1397 podría redactarse así:

"La donación verbal es válida:

1. Cuando ha habido tradición.
2. Cuando se trate de bienes muebles cuyo valor no pase de doscientos colones. ₡ 250 =

Se requiere la escritura pública para la donación de inmuebles y para la de muebles cuyo valor pase de doscientos cincuenta colones y no haya habido tradición".

Una interpretación de esa naturaleza es acorde con la tarea asignada a los jueces de eliminar las antinomias legales: si existen en un mismo sistema jurídico dos reglas incompatibles, de igual rango, es el juez quien debe declarar cuál es la aplicable a la especie.<sup>17</sup> Sobre todo, esa interpretación se apoya en la regla legal que establece la presunción de propiedad del poseedor de cosas muebles.

#### b. La presunción de propiedad de muebles

En nuestro derecho, conforme con la regla expresa del artículo 854, la posesión de bienes muebles hace presumir el título de propiedad. Y si tal posesión se ha obtenido por la tradición efectuada por un sujeto con título hábil, la propiedad de muebles se adquiere eficazmente con respecto de terceros, al tenor del artículo 481 del mismo Código.

16 Op. cit., p. 77.

17 GHESTIN (Jacques) y GOUBEAUX (Gilles), "*Traité de droit civil. Introduction générale*", L.G.D.J., París, 1977, N° 427.

Estas dos reglas atienden a la naturaleza propia de los muebles corporales. Tales bienes no están sujetos, en principio, a inscripción. Puede pensarse que si su propietario los entrega a un tercero, sin ánimo de traspasar su dominio, se procurará título suficiente para recuperarlos. Tal sucede con el préstamo de dinero, con el contrato de depósito de objetos con el fin de repararlos y con el contrato de prenda con desposesión del bien.

Las dos reglas citadas amparan la entrega de un bien mueble corporal con ánimo de transmisión, no sólo de transmisión onerosa sino también de transmisión gratuita.

Siguiendo los dictados del artículo 481, sólo en los casos específicos allí señalados, cabe la prueba contra la presunción de propiedad del poseedor: la pérdida, el robo, en cuyo caso cabe la acción reivindicatoria contra el poseedor. En otras palabras, sólo no juega la presunción de propiedad en caso de desposesión ilícita o ilegítima de la cosa mueble de que se trate.

Una regla similar establecida en el artículo 716 del Código de Comercio en punto a los títulos valores al portador: el documento pertenece a quien tenga la posesión de él, en virtud de justo título y de buena fe, que se presumen. Sólo en caso de pérdida o de desposesión ilegítima, cabe discusión sobre la presunción, conforme los artículos 719 y siguientes del Código mercantil.

Por qué razones estas reglas establecidas para la transmisión de bienes muebles corporales no pueden aplicarse al donativo manual? En virtud de qué motivos el artículo 1397 había establecido una regla que no es coherente con el sistema de transmisión del dominio de este tipo de bienes?

Podría pensarse que el formalismo es un obstáculo acertado en un sistema legislativo que considera la donación como un acto antifamiliar,<sup>18</sup> pero ese no es el caso del derecho costarricense, en que la protección del patrimonio familiar es prácticamente desconocida, dado el principio de la libre testamentifacción y el principio de la separación de patrimonios de los cónyuges.

El único fin que podría tener la formalidad en la donación es la seguridad jurídica del traspaso, y ello se obtiene con toda certeza con la tradición, según quedó comentado más arriba.

Las reglas citadas de la presunción de propiedad del poseedor forman un sistema coherente con el artículo 1397, con la interpretación dada por D. Ricardo Jiménez, que viene a confirmarse con la costumbre establecida.

18 SOLUS (henry), "Les principes du Droit Civil", 4<sup>e</sup> ed., Armand Colin, París, 1958, p. 207.

### 3. La Costumbre

La costumbre es un uso que conforme con ciertas condiciones ha llegado a ser una regla de derecho. Tales condiciones son la reunión de dos elementos, uno material —que el uso sea antiguo, constante, notorio y general— y otro sicológico —la convicción de actuar en virtud de una regla obligatoria—. <sup>19</sup>

La costumbre puede ser acorde a la ley (secundum legem), cuando la ley renvía expresamente a lo establecido en los usos (caso del artículo 2 del Código de Comercio); contraria a la ley (contra legem), que en nuestro sistema está descartada en virtud de lo ordenado por los artículos 129 de la Constitución Política y 12 del Código Civil; o puede tratarse de una costumbre supletiva (praeter legem), cuando la costumbre completa la ley, en el caso de las lagunas legales.<sup>20</sup>

En lo que toca a nuestro análisis, D. Alberto Brenes Córdoba señalaba ya que la escritura pública en la donación estaba fuera de la costumbre, y que "es muy común hacer regalos manuales de importancia, principalmente como presentes de boda, sin que a nadie se le ocurra extender escritura pública".<sup>21</sup>

Es un hecho evidente que tal costumbre se ha mantenido. No es difícil constatar que quienes hacen regalos de bienes muebles corporales de un valor mayor de doscientos cincuenta colones, sin escritura pública y mediando tradición, creen que están transmitiendo efectivamente la propiedad del bien donado, ya que inmemorialmente tal acto se ha tenido por válido, en el sentir de la generalidad de la gente.

Esa costumbre estaría acorde con la interpretación del artículo 1397, que hemos comentado, y podría admitirse que completa las posibles lagunas de ese texto.

En los términos anteriores, el donativo manual estaría admitido en derecho costarricense. Y en efecto, la sentencia de la Corte de Casación del año 1934 así lo hace. Su razonamiento se funda en la naturaleza jurídica de los bienes transmitidos, ya que tratándose de muebles corporales en lo que hay que fijar la atención es en la tradición. Si ésta se efectuó, hubo traspaso si no se trata de una desposesión ilegítima.

Sin embargo, la sentencia del año 1940 nos hace pensar en los obstáculos formales que encuentra la anterior interpretación.

19 GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit., Nos. 485 a 490.  
MARTY (Gabriel) y RAYNAUD (Pierre), "Droit civil, Introduction générale a l'étude du droit", 2<sup>e</sup> ed., Sirey, París, 1972, N° 114.  
WEILL (Alex) y TERRE (François), "Droit civil, Introduction générale", 4<sup>e</sup> ed., Précis Dalloz, París, 1979, N° 188.

20 GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit., Nos. 501 y 502.  
MARTY y RAYNAUD, op. cit., N° 114 bis.  
WEILL y TERRE, op. cit., N° 192.

21 "Tratado de las obligaciones y contratos", op. cit., N° 982.

## 2. Los obstáculos posibles a la figura del donativo manual

En la sentencia de 1940, la Corte de Casación se apoyó en dos textos legales para invalidar un donativo manual: los artículos 1397 y 835 del Código Civil.

Consideró la Corte que la redacción del artículo 1397 es terminante, de manera que su segundo párrafo debe leerse así:

“La donación de muebles cuyo valor exceda de doscientos cincuenta colones y la de inmuebles, deben hacerse en escritura pública; si en ambos casos falta la escritura pública, la donación es absolutamente nula”.

En virtud de esa interpretación, la escritura pública es el “requisito o formalidad que la ley exige” para la validez de la donación, en los términos del artículo 835, de manera que si se presenta una donación de muebles cuyo valor supere los doscientos cincuenta colones, y no se ha otorgado en escritura, aun cuando haya habido tradición, hay nulidad absoluta del acto.

El obstáculo es notable y serio. Surge de una interpretación restringida del segundo párrafo del artículo 1397, sin tomar en cuenta el doble empleo del adverbio “cuando” que hace el párrafo primero. Es también la interpretación que hace D. Alberto Brenes Córdoba.<sup>22</sup>

Pero pese a la autoridad de este autor, creemos que no se trata de una interpretación legal correcta. En efecto, para llegar a invalidar el donativo manual, se aplica aisladamente el párrafo segundo del artículo 1397. Se hace abstracción de todo el resto del ordenamiento jurídico, y notablemente del primer párrafo del mismo artículo, en que parece *admitirse* la validez del donativo manual. Se deja de lado la presunción de propiedad del poseedor de muebles, así como los principios que aseguran la transmisibilidad irrestricta de los títulos al portador.

### c. A manera de conclusión.

No podemos dejar de subrayar que las dos sentencias comentadas resuelven casos aislados, y que de manera alguna pueden considerarse como pronunciamientos de principio. No creemos que se haya fijado la jurisprudencia con la sentencia de 1940. Para ello, sería necesario un análisis de todos los aspectos relativos a la validez del donativo manual.

Ese análisis parece haberse hecho de una forma más completa en la sentencia de 1934, sin que pueda calificarse de definitivo. Pero los argumentos dados en esa sentencia —conjugando los de los jueces de instancia con los de los jueces de casación— parecen tener más solidez que los de 1940, reconociendo una figura contractual que se da en la práctica cotidiana.

22 Idem.

## PRINCIPIOS PARA UNA LEGISLACION SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

*Lic. José Miguel Rodríguez Zamora*

Profesor, Escuela de Filosofía y Ciencias Políticas  
Universidad de Costa Rica

### *Dedicatoria:*

A mis estudiantes del Seminario “Políticas de gestión ambiental en Costa Rica” (Escuela de Ciencias Políticas, 1980).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El problema actual; 3. La perspectiva global; 4. Capitalismo y naturaleza; 5. La razón instrumental; 6. El espacio: filosofía y política; 7. Los límites del crecimiento; La ecología política; 9. Los efectos contaminantes de la industrialización; 10. Ley y Administración; 11. Notas.

### 1. Introducción

El 30 de octubre de 1973 se emitió la "Ley general de salud", que sigue siendo el mejor instrumento jurídico con que cuenta el país para la protección ambiental. Pero que sea el "mejor instrumento" no significa que sea suficiente; el objetivo que perseguía aquella ley era muy diferente al de la búsqueda de una solución a los graves problemas ambientales que desde hace más de una década atentan contra el medio. La necesidad de contar hoy con un instrumento jurídico apropiado, paralelo a una política amplia y científica para la protección ambiental es muy apremiante. En Costa Rica, por otra parte, existe una cantidad de normas jurídicas sobre los aspectos de la salud y de la protección del medio ambiente, pero estas no obedecen a una política coherente sino que son el intento de resolver problemas inmediatos, por eso las leyes están dispersas en toda nuestra legislación.<sup>1</sup> Al carecer de una política general de protección del ambiente, los problemas actuales, fruto de la industrialización, del nuevo orden internacional, de la explosión demográfica, etc., no pueden ser enfrentados certeramente con los instrumentos inadecuados. Pero, ¿cuáles son los instrumentos adecuados? En otras palabras, ¿cómo se debe elaborar una política general de protección al ambiente y una legislación que contemple no sólo los problemas inmediatos sino la problemática a mediano y largo plazo? La crisis ecológica sobrepasa hoy el interés de los técnicos en ecología y ciencias afines y se ha convertido en preocupación de sociólogos, politólogo, juristas, etc. Y ello porque el problema es hoy global y sólo desde una perspectiva "holista" puede ser enfrentado. Deben tomarse en cuenta, por lo tanto, los aspectos espaciales, la relación de la naturaleza con el modo de producción dominante, los límites del crecimiento, la "ecología política", el proceso económico y sociopolítico nacional e internacional, los acuerdos y tratados internacionales, etc.

Una *política de administración ambiental* puede ser entendida como el conjunto de medidas que se refieren al control y desarrollo, tanto cuantitativamente, de la totalidad de ecosistemas de un país y de la relación entre ellos. Y de la misma manera puede entenderse que una *legislación sobre el medio ambiente* es el conjunto de normas jurídicas que garanticen y promuevan la aplicación efectiva de una política ambiental. No puede haber una política de administración o gestión ambiental sin una legislación sobre el medio ambiente; de la misma manera, no podría haber una legislación sobre el medio ambiente independientemente de una política

<sup>1</sup> Véase al respecto el valioso trabajo de Iván Palacios, *Compendio de legislación sobre sanidad y conservación ambiental*. IFAM, San José, 1980 (segunda edición). Especialmente la "Presentación".

ambiental. La política ambiental debe contener, además, programas a corto, mediano y largo plazo y las disposiciones administrativas pertinentes para la implementación de la misma. ¿Cómo elaborar una legislación ambiental adecuada? Para la elaboración de una legislación apropiada para la protección del medio, debe contarse con una visión global del problema. La improvisación en ese aspecto —grave como en cualquier otro— puede tener peligrosas consecuencias. Es más importante tomar un poco de tiempo para escuchar a los diferentes profesionales interesados en el tema que perder, a un plazo no muy largo, nuestros recursos naturales y nuestra salud. Este trabajo se va a circunscribir a la revisión de los aspectos socio-políticos y filosóficos del problema ambiental. En un segundo momento habría que revisar, histórica y positivamente, la legislación que existe sobre este tema en Costa Rica y en otras naciones. Como tercer paso, habría que estudiar, también, la realidad jurídica, social, económica y sanitaria del problema ambiental en Costa Rica, en especial el problema de la contaminación del agua, del aire, de la deforestación, de los desechos sólidos, entre otros problemas.

## 2. El Problema Actual

Contaminación ambiental, agotamiento de los recursos naturales, crisis energética, son los tres componentes principales de la llamada "crisis ecológica". Los tres están estrechamente unidos y en nuestro siglo, ningún país está libre de ellos. La crisis del medio, presenta gravísimos problemas políticos y legales tanto al interior de cada país como desde la perspectiva del orden internacional. Se ha afirmado que "La crisis ecológica no sólo significa una amenaza a nuestros actuales modos de tecnología: es, en potencia, una amenaza a todo el sistema social".<sup>2</sup> Y aún se ha dicho, además, que la actual crisis ecológica representa un reto para la continuación de la vida de la especie humana sobre la Tierra. El hombre se autoincluye en la larga lista de especies condenadas a la muerte.<sup>3</sup>

Frente a los viejos problemas de la humanidad, —las guerras, el hambre, la opresión política, e ideológica, las catástrofes naturales, la explotación del hombre por el hombre, etc., aparece ahora la posibilidad real y no a muy largo plazo de la extinción del hombre. El problema ecológico, que se encuentra hoy en primera línea es, no obliga a reflexionar sobre un mundo construido sobre paradojas: ¿Porqué la acelerada

2 STONEAM, Colin. *La crisis ambiental y el socialismo*, En Barratt Brown y otros, Recursos y medio ambiente: una perspectiva socialista. Barcelona, Gustavo Gili. 1978, pág. 17.

3 El "Red Data Book" de la Unión internacional para la conservación De la naturaleza y de los recursos naturales (UICN) constituye una fuente de información autorizada sobre la amenaza contra la existencia de diversas especies de vertebrados. Esta información afirma que hay un millón de especies (animales y vegetales) amenazadas de extinción. Cf. El Correo de la UNESCO. Mayo de 1980, Año XXXIII, París, pp. 30-33.

acumulación de capital exige el consumo incesante de las ya escasas materias primas? ¿Porqué el llamado "desarrollo", "crecimiento" o "progreso" obligan al continuo envenenamiento del agua, del aire y de la tierra? Estos dilemas se refieren necesariamente a aspectos generales; puesto que mientras se admite que la meta de la actividad tecnológica es la de dominar las fuerzas de la naturaleza para servicio del hombre, se produce simultáneamente una degradación de la propia naturaleza.

Algunos marxistas y otros científicos políticos se han resistido a tomar en serio el problema ecológico. Opinan que esto distraería del problema fundamental de la lucha de clases. Se han limitado a señalar que los estudios sobre la ecología carecen de variables socio-económicas y han criticado las medidas políticas recomendadas, calificándolas de utópicas. No tienen razón de actuar así; lo que demuestran es un desconocimiento del problema ecológico y un dogmatismo ideológico que les impide enfrentar los problemas reales de la actualidad. El problema ecológico es muy serio y los diversos estudios presentan una realidad preocupante, a pesar de ciertas recomendaciones políticas utópicas o francamente represivas.

A veces se tiene la esperanza tácita de que el desarrollo de la técnica puede solucionar los problemas ambientales. Sin embargo, bien mirado este asunto, la tecnología podría solucionar el problema de la energía, el problema del crecimiento demográfico, el problema de la alimentación. Sin embargo el problema ecológico es más grave porque no se trata sólo de la contaminación ambiental sino además de las materias primas no recuperables, de las especies en vías de extinción y de la expansión acelerada de la industria capitalista. Es, por ello, un problema que afecta tanto a los países industrializados como a los países del Tercer Mundo, ya que también estos pertenecen a un solo sistema económico universal, el capitalista. Se puede afirmar, por lo tanto, "que ha aflorado a la superficie la contradicción sistema capitalista-entorno, y todo parece indicar que esta contradicción adquirirá cada vez mayor importancia mientras no se resuelvan todas las contradicciones inherentes al capitalismo mediante la desaparición de este modo de producción. La esencia de esta contradicción reside en la incompatibilidad básica existente entre un modo de producción cuya supervivencia exige un consumo acelerado de recursos naturales y la cantidad limitada de los mismos. Evidentemente esta contradicción ha existido siempre; si no hemos reparado en ella hasta ahora, ha sido sencillamente porque hasta ahora no han sido visibles los límites del ecosistema. Hoy estamos lo bastante cerca de ellos para verlos en el horizonte, de ahí que lo más aconsejable para el estudioso de la realidad sea tener muy en cuenta en lo sucesivo la existencia de esta contradicción junto a todas las demás del modo de producción capitalista".<sup>4</sup>

4 BERAMENDI, J. G. E. FIOROVANTI. *Miseria de la economía*. Barcelona. Península, 1974, p. 271.



### 3. Perspectiva Global

Es muy frecuente encontrar la afirmación de que el problema ambiental debe ser enfrentado de una manera global, "holista". (Del griego Holos, entero, completo). Así, entre los teóricos de la ecología se destaca la necesaria y compleja interrelación de los diversos factores que componen el sistema ambiental.<sup>5</sup> "(Cualquier cosa está relacionada con el resto)", ha llegado a ser uno de los conceptos más repetidos en la ecología. Y así el método científico tradicional que ha gozado de tanto éxito durante los dos últimos siglos por haber aislado y tratado los problemas menores independientemente de su verdadero ambiente global, es, en la actualidad el blanco de una crítica considerable. Se están reconociendo como artificiales las divisiones que existen entre las ciencias, y ahora está en boga una actitud hacia los problemas o los proyectos particulares que tienen en cuenta la relación que existe entre las diversas materias.<sup>6</sup> Esta afirmación significa que tanto los problemas ecológicos son globales, generales, como que la manera de enfrentarlos debe ser global. En términos profesionales debemos decir que el enfrentamiento de los problemas ecológicos debe ser en forma interdisciplinaria.

En la historia de la filosofía se han distinguido dos aspectos en la noción de totalidad u holismo. En primer lugar se destaca la concepción ontológica de que el holismo remite a una realidad donde "todo se relaciona con todo". Al mismo tiempo se refiere al ámbito epistemológico, aquí el conocimiento del todo presenta varios problemas. Se han dado tres interpretaciones diferentes sobre la categoría de totalidad. En primer lugar encontramos la *interpretación* atomista que considera que el todo se compone de partes independientes entre sí, como unidades aditivas. Cada elemento guarda autonomía tanto frente a cada otro elemento como frente al todo como tal. Es una versión muy "mecánica" que han seguido autores como el filósofo Popper y el economista Von Hayek. La segunda versión corresponde a la llamada *solución emergente*. El todo social emerge de las partes, se configura a partir de ellas y luego se impone sobre las mismas. En la teoría social tenemos el ejemplo de Durkheim, para quien el todo social surge de los elementos individuales y se impone constrictivamente a ellos por medio de una legalidad holística autónoma. Esta es también la versión de Levi-Strauss y de Talcott Parsons para quienes la totalidad reviste característica de autoimposición y de permanencia constante; la totalidad es eterna. La tercera interpretación corresponde a la *dialéctica*. Aquí se afirma que existe una interrelación constante entre las partes entre sí y entre cada parte y el todo. El todo emerge de las partes, pero las partes son condicionadas por la totalidad. Esta interpretación tiene mucha importancia para nuestro tema porque se acerca más a la visión que la ecología tiene del entorno ecológico. En efecto, en cada ecosistema

5 FOSTER, P. W. *Introducción a la ciencia ambiental*. El Ateneo, Buenos Aires, 1977, p. 5.

6 STONEMAN, Loc. Cit.

los elementos constituyentes están en una relación constante de equilibrio. La alteración de uno de los elementos provoca necesariamente desequilibrios en otro.

Es importante distinguir entre los factores que provienen del exterior del sistema y los factores inherentes al sistema mismo. Hay que destacar cuatro tipos de problemas: a. de los límites (problema de la definición); b. de la interacción entre un elemento (organismo) y el ambiente; c. los aspectos culturales y sociales (relación hombre-ambiente-cultura); d. ecosistema, clima ecológico (habitat particular), clima geográfico (medida standar, escala), microclima (condiciones que rodean al individuo).<sup>7</sup> *El medio o ambiente puede ser entendido como todo aquello que es externo al fenómeno que se estudia y que puede influir o influye en él. Por lo tanto no tiene un contenido fijo y siempre se definen en relación al objeto.* Sitúa el problema en un contexto espacio-temporal. El medio se define negativamente: es lo que no es el sujeto de estudio pero interviene en el objeto de estudio. Las interrelaciones holistas pueden ser divididas en dos grandes campos: las que estudia la *sinecología*, a sea el estudio de las correlaciones entre los organismos que habitan en un determinado medio; y la *autoecología*, o sea el estudio de la interacción del organismo individual con su medio. Se puede afirmar, en consecuencia, que "la suma de las fuerzas y materiales que se dan en cualquier situación puede considerarse como el ambiente total, pero éste incluye muchos elementos que no influyen en el comportamiento".<sup>8</sup> Además se puede establecer una distinción entre cuatro tipos de ambiente: *el operativo* (el que influye en el organismo), *el perceptivo* (el sujeto lo nota), *el conceptual* (la idea y las explicaciones sobre el ambiente, o sean las ideas que gobiernan el uso del ambiente), y *el cultural* (objetos creados por el hombre). Cada organismo tiene su ambiente: "El bosque que el perro ve, oye y huele es totalmente diferente del bosque que nosotros percibimos".<sup>9</sup> La hipótesis básica que debemos recordar es que la organización surge de la interacción de población y del medio ambiente. La ecología humana se ha vinculado más al problema general de la organización social. *El problema ecológico en su nivel más general se reduce a un problema de organización.* En un sistema funcional con procesos morfoestáticos y morfogenéticos se dan cuatro variables: población, medio, tecnología y organización. Siendo esta última la que da sentido a las otras. No es una variable independiente. La organización se expresa por normas dispuestas en una estructura jurídica. La ecología toma sus conceptos claves de las ciencias sociales. Comunidad, sistema ecosistema, población, relaciones intra e interespecíficas, rango de dominio, etc. son conceptos propios de las disciplinas sociales.

7 BATES, Marston. *Ambiente*. Enciclopedia internacional de las ciencias sociales, Madrid, Aguilar, Vol. 1, 1976.

8 Idem.

9 Idem.

El modo más adecuado de ver el problema ecológico es el de verlo como el resultado de un proceso social. El estudio de los problemas ambientales requiere un examen minucioso de los factores históricos condicionantes y determinantes. El escándalo de la naturaleza es consecuencia del escándalo de la sociedad.

Hay que recordar que "la mayoría de los miembros de la especie humana viven ahora dentro de un paisaje modificado por el hombre. Pero el nuevo ambiente no es sólo consecuencia de la actividad humana, sino también un determinante de esa actividad".<sup>10</sup>

#### 4. Capitalismo y Naturaleza

Como ya hemos visto, la relación entre la crisis ecológica y el sistema económico es bastante estrecha. El objetivo del modo de producción capitalista no es el de producir bienes de uso sino bienes de cambio. El sistema se rige por la producción de plusvalía y, por lo tanto, de capital, en un proceso de acumulación (reproducción ampliada) que obliga al sistema también a reproducirse a todo nivel (político, ideológico, etc.). Este complejo proceso afecta las diversas relaciones sociales e históricas y, consecuentemente, la autoconciencia filosófica del propio proceso.

En una sociedad donde los hombres son condenados a crear bienes que les son extraños (enajenación), la propia naturaleza se le vuelve ajena. Es necesaria la explotación continua de la naturaleza así como la explotación del hombre.

Los estudios más completos que poseemos sobre la visión de conjunto del capitalismo —Smith, Ricardo, Marx— corresponden esencialmente a la etapa del capitalismo concurrencial o de libre cambio. El problema que se presenta es el de determinar la validez o vigencia de esos análisis para nuestra época.

Podemos admitir cuatro etapas en el desarrollo del capitalismo. En un primer momento tenemos el *precapitalismo* (mercantilismo y fisiocracia), luego el *capitalismo de libre cambio o clásico*; en tercer lugar aparece el *capitalismo monopolista*; y por último, ya en nuestra época, el *capitalismo tardío*, cuya nota dominante la constituyen los conglomerados transnacionales que surgen después de la Segunda Guerra Mundial debido en parte a la destrucción económica y política de Europa y a la emergencia de los Estados Unidos como potencia económica y militar.

El ámbito de influencia de las compañías transnacionales que surgen después de la Segunda Guerra Mundial debido en parte a la destrucción económica y política de Europa y a la emergencia de los Estados Unidos como potencia económica y militar.

El ámbito de influencia de las compañías transnacionales abarca no sólo al capitalismo dominante o al capitalismo dependiente (Tercer Mun-

10 Idem.

do) sino en forma creciente también alcanza los atractivos mercados de naciones socialistas. Esta circunstancia conlleva una dinámica nueva que obliga replantearse el desarrollo interno y las leyes de la integración o equilibrio del sistema capitalista. Esto es imperativo en la medida en que las estructuras económicas modificadas en esta etapa son fundamentales: la internalización del capital, las relaciones de producción, y las técnicas productivas. El análisis del proceso histórico, de las leyes del desarrollo capitalista y de sus transformaciones nos permiten conocer los efectos del capitalismo sobre las relaciones sociales y sobre la problemática superestructural, es decir, sobre la objetivación de la subjetividad y sobre el manejo simbólico. En otras palabras, la nueva estructura de las clases y sus contradicciones, la transformación del aparato del Estado, de la legitimación y de las nuevas formas jurídicas, de la transformación del papel político y social de la técnica, y a una nueva relación con la naturaleza.<sup>11</sup>

En nuestra época han cambiado los métodos para enfrentarnos a la naturaleza debido al desarrollo de la tecnología y a las transformaciones globales de la economía. En este momento se está llegando al punto de "interacción estable", es decir, al límite del abismo.

La pregunta que debe formularse es la siguiente: ¿Es necesario que continúe este proceso económico? Puede el capitalismo cambiar de dirección? Michael Barrat Brown, especialista en problemas de los recursos naturales, afirma lo siguiente:

"La respuesta debe encontrarse, sin duda, en el hecho de que el capitalismo ha fracasado en cumplir lo prometido incluso bajo sus propias condiciones. La mayor parte del Tercer Mundo queda excluido de la expansión, incluso del sistema del consumo privado".<sup>12</sup>

Una vía posible es la siguiente: "1. Distinguir entre la producción que esté ajustada a las necesidades y la producción de lo frívolo, lo lujoso y lo innecesario; 2. Interrogar al sistema de distribución del rendimiento de la producción y preguntar para quiénes se está produciendo; 3. Hacer el recuento de todos los costos, directos u "ocultos", que corren a cargo de las empresas productoras o "exteriorizados" sobre otros".<sup>13</sup> En términos más sencillos podemos plantearnos la pregunta de la siguiente manera: ¿Se están satisfaciendo las necesidades básicas de todos los sectores de la población con programas a largo plazo que contemplen los problemas ambientales y los ecosistemas que los producen? Con base en estas cuestiones se puede plantear una estrategia política de protección

11 BERAMENDI-Fiorovanti, *ibidem.*, p. 5.

12 BARRAT BROWN, M. *La crisis del capitalismo y de la producción de bienes de consumo*. En Barrat Brown, *ob. cit.*, p. 15. Véase también la obra de HUGH STRETTON. *Capitalism, socialism and the environment*. Cambridge University Press, G. B., 1978.

13 EMERSON, Tony. *Una denuncia contra el capitalismo*. En Barrat Brown, *ob. cit.*, p. 30.

ambiental y un aparato jurídico adecuado. Pues solamente desde este ángulo se puede establecer la distinción entre lo superfluo y lo necesario.

### 5. La Razón Instrumental

El estudio del problema ambiental requiere de la razón crítica, ya que es un problema social, y no de la razón instrumental. No es una "moda" ecológica, sino una crisis socio-política.

En la tradición del pensamiento de Occidente se han presentado diversas concepciones sobre la naturaleza (paradigmas). Para *Aristóteles* el hombre y la naturaleza eran lo mismo. "El hombre es un animal político", afirmaba. Es decir que la sociabilidad era una consecuencia de la naturaleza. No existe un dominio sobre la naturaleza, sino sobre los esclavos. La *tradición hebreo-cristiana* proclama que el hombre es el amo de la creación. Sin embargo hay un elemento que corrige esta ética de dominio: la noción de "pecado" o "caída", que obliga a Adán a ganar el pan con el sudor de la frente". El señorío que se otorga a Adán precede a su expulsión del Paraíso. Se obliga a Adán a trabajar y a elaborar herramientas para transformar la naturaleza. Con *San Agustín* asistimos al rechazo más radical de la naturaleza: el cuerpo es negación del bien, sólo el espíritu nos acerca a Dios. Con *San Benito*, en cambio, encontramos una ética del trabajo como santificación. La divisa de la orden benedictina "Ora et labora", manifiesta la necesidad del trabajo como fuente de salvación. Pero un trabajo ordenado y planificado, no con el objetivo de la acumulación del capital sino de acercarse a Dios. Son los inicios del feudalismo. Una interpretación de la concepción judeo-cristiana de la naturaleza la encontramos en *San Francisco de Asís*. Según este paradigma, la naturaleza es buena ya que está hecha por Dios (Génesis). Transformar la naturaleza implica alterar los designios de Dios y de los objetos que cantan su gloria. La naturaleza es para contemplarla.

A partir del Renacimiento encontramos la idea del dominio del hombre sobre la naturaleza. En *Bruno*, *Bacon* y *Descartes* hallamos su mejor expresión: a diferencia de la concepción bíblica de que "el hombre es el amo de la creación", aparece en ellos la idea de que el hombre *puede y debe ser el amo de la naturaleza*. Los medios para lograr este dominio son técnicos, instrumentales. El pensamiento que guía y legitima este movimiento es la ideología de la burguesía ascendente, es decir, *la razón instrumental*. Razón que en el siglo XVIII, será coronada como Dios.

Más adelante, durante el pleno florecimiento del capitalismo se sumará un nuevo elemento: ya no será sólo la posibilidad del dominio sobre la naturaleza, sino además, *el dominio sobre los medios de dominación*. La posesión de la técnica, hija de la posesión de la propiedad privada condicionará todo el proceso social. Los ideólogos más destacados serán, no ya los mercantilistas (oro, minas) ni los fisiócratas (ganadería, agricultura) sino los llamados economistas clásicos: Smith, Ricardo, Malthus, S. Mill. La ruptura se produce cuando el sistema de producción y de dominación de la naturaleza deje de funcionar sobre el supuesto básico de

la libertad económica. El surgimiento de los primeros monopolios y el aumento de las desagradables consecuencias sociales ecológicas se agudizan en el Siglo XIX. Con *Marx* y con *Engels* encontramos una teoría económica y social que implicaba un nuevo paradigma del hombre con la naturaleza. Nociones como valor, trabajo y propiedad serán vistos ahora de una manera dialéctica y no mecánica.

Sin embargo, el modelo de la razón instrumental tiene ciertas características que aún están presentes en nuestros días. La razón instrumental supone que el hombre está fuera de la naturaleza y que se rige por leyes independientes y autónomas de la misma. Es una ética de dominio que aparece ya en la figura de Odiseo. Odiseo renuncia al placer de las sirenas por la efectividad. Renuncia a la naturaleza por el objetivo propuesto, social o económico. Todavía es más radical en la figura del Marqués de Sade, donde el hombre está por completo fuera de las leyes de la naturaleza y se reduce a ser un simple objeto, un instrumento de otro hombre.<sup>14</sup> El modelo ideológico de la razón instrumental se afirma como el mejor modelo frente a la naturaleza y quizás el único. Así parece demostrarlo el pensamiento de los economistas clásicos. No hay, además, sino hasta el Siglo XX, una preocupación por el "reciclaje" ecológico. No hay respeto por las fuentes naturales no por los resultados de los sub-productos y desechos. Como consecuencia de lo anterior y a la vez condicionándolo, falta una perspectiva de la sociedad y del intercambio con la naturaleza a largo plazo. Es una visión ahistórica y estática del mundo. Se supone que el objeto de la vida económica y social es el de satisfacer las necesidades inmediatas. Y se piensa que esa satisfacción se logra con el desarrollo tecnológico. Razón técnica-instrumental y sus productos materiales (objetos) se constituyen en la condición necesaria y suficiente de la "vida feliz". Por último, y no menos importante, cabe mencionar que el dominio instrumental de la naturaleza conlleva necesariamente el dominio del hombre por el hombre. En la sociedad esclavista el dominio sobre la mano de obra esclava era suficiente. En el modo de producción capitalista se requiere el dominio sobre el hombre y sobre la naturaleza.

Esto nos conduce a dos paradojas ya mencionadas: Mientras se admite que la meta de actividad técnica, instrumental y económica es la de dominar las fuerzas de la naturaleza para servicio del hombre, se produce simultáneamente una degradación de la propia naturaleza que nos conduce a una crisis ecológica universal.

¿Porqué cuando el hombre trata de dominar a la naturaleza en realidad la destruye? Se afirmó además que la utilización de la naturaleza traería una progresiva libertad para el hombre. Sin embargo, el desarrollo de la técnica y el dominio sobre la naturaleza ha traído el colonialismo y la explotación de unos países por otros.

14 ADORNO, T. W. HORKHEIMER. *Dialéctica del iluminismo*. Buenos Aires, Sur, 1970.

## 6. Espacio: Filosofía y Política

El estudio de la noción de espacio tiene dos niveles. En el primero encontramos que la noción de espacio, cambiante con todas las categorías fundamentales, se desarrollan de acuerdo a tres factores: a. una estructura psicobiológica básica del sujeto epistémico; b. la interacción del sujeto con las cosas físicas que lo rodean (praxis empírica); c. la interacción del sujeto con otros sujetos y con estructuras sociales establecidas (praxis social). En un segundo plano la noción tiene características diferentes. La noción de espacio, al desarrollarse en un contexto social, está condicionada y a su vez condiciona la totalidad social específica. Está condicionada y determina los factores sociopolíticos.

La preocupación por el espacio, a diferencia de la preocupación por el tiempo, no posee una larga tradición filosófica. Si bien encontramos referencias en algunos filósofos modernos (Descartes, Heibniz, Berkeley, etc.) la primera formulación data apenas de hace doscientos años. En efecto, en el año 1781 ve la luz la primera edición de la "Crítica de la razón pura" de Kant. El pensamiento tradicional, desde Aristóteles a Hegel, se había orientado primero hacia el tratamiento exhaustivo de la relación entre el hombre y la naturaleza, luego hacia el tratamiento de la relación del hombre consigo mismo y, mucho más tarde, hacia el tratamiento de la relación del hombre con la historia. Se había descuidado, en cambio, la realidad del "ambiente humano", es decir, la realidad concreta en la cual durante siglos hemos desplegado nuestros esfuerzos afanosos por vivir, convivir y sobrevivir.<sup>15</sup> Ambiente humano y sistema ecológico global constituyen, por lo tanto, el núcleo de una teoría sobre el espacio. Sin embargo, espacio, tierra y naturaleza son términos inseparables y nos ayudan a plantear la pregunta: ¿Cuál es la relación que existe entre la política y el espacio? Espacio y política, modo de producción, expansión territorial, espacio del estado, espacio jurídico, espacio ideológico, son quizás algunos términos más concluyentes.

Durante el Siglo XIX no hay una elaboración sustancial de la idea de espacio ni aún en los pensadores materialistas. La revolución científica de nuestro siglo (los aportes de Einstein, Planck, las nuevas formulaciones geométricas, las filosofías de Bertrand Russell y Popper, los nuevos desarrollos cibernético y genéticos, el desarrollo de la aeronáutica), así como los problemas físico-sociales (la crisis ecológica), y las graves transformaciones económicas y políticas (procesos de descolonización en los países del tercer mundo, las guerras mundiales, la amenaza atómica, las crisis energéticas), junto a los nuevos desarrollos de la psicología (Piaget). No debe descuidarse el papel de las ciencias sociales enfrentada al problema como la explosión demográfica, el hambre, la crisis urbana, etc. Todos estos elementos configuran una nueva manera de ver el problema espacial. Los grandes filósofos desmitificadores (Hegel, Feuerbach, Marx,

15 MALDONADO, TOMAS. *Ambiente humano e ideología*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1972, p. 13.

Nietzsche, Husserl, Freud, Darwin) son, junto con los filósofos del lenguaje, los epistemólogos contemporáneos (Piaget, Foucault) y los nuevos críticos del sistema político (Adorno, Horkheimer, Habermas, Marcuse, Lukács, Bloch) quienes han aportado piezas esenciales para formar el cuadro de una nueva teoría sobre el espacio.

Afirma Manuel Castells:

"El espacio es un producto material en relación con otros elementos materiales, entre ellos los hombres, los cuales contraen *determinadas relaciones sociales*, que dan al espacio (y a los otros elementos de la combinación) una formación, una función, una significación social".<sup>16</sup>

En cada cultura y en cada formación social los hombres han empleado ciertas categorías conceptuales, en ocasiones más toscas que las de nuestra civilización industrial. Así, el tiempo y el espacio medievales o incaicos correspondían más a la idea de "esfuerzo" y "trabajo" que a los patrones métricos o cronológicos actuales. Cuando leemos "Robinson Crusoe", novela que refleja la estructura ideológica de la Europa de principios del Siglo XVIII, el tiempo y el espacio se alargan pesadamente. Cada minuto y cada metro representaban esfuerzos constantes. En cambio, en otra obra, también de temática insular, "La isla misteriosa" de Julio Verne, el tiempo y el espacio se escurren entre la espuma de los arrecifes marinos. Para la sociedad industrial europea de fines del Siglo pasado, época de esta novela de Verne, el tiempo y el espacio se encogían al compás de las calderas fabriles. Hoy el mundo se ha reducido enormemente. En la revista "Time" aparecía la afirmación de que "El Concorde" reduce el mundo a la mitad".<sup>17</sup>

Los conceptos surgen de la interacción del hombre frente al medio para resolver problemas. Como indicábamos, interviene una estructura biológica (genética y mental), un medio geográfico y un sistema social; el espacio está ligado al esfuerzo humano. Heródoto insiste en que la necesidad de redistribuir los campos inundados periódicamente y de determinar el tamaño y el volumen de las estructuras hidráulicas, hizo que se desarrollara la geometría, la aritmética, e incluso, la astronomía.<sup>18</sup>

A diferencia de las tesis Kantianas, y más cerca de la posición de Hegel, los resultados de la antropología y de la psicología contemporáneas, nos dicen que nuestros conceptos más arraigados no son universales sino relativos. Conceptos de tiempo, espacio, naturaleza, ley, estado, número y medida, se relacionan con determinadas condiciones de vida. Se

16 CASTELLS, Manuel. *La cuestión urbana*. México, S. XXI, 1978, p. 142.

17 *Time*. E.U.A., abril 1980.

18 Heródoto, *La guerra persa*. Citado por K. Wittfogel. *Despotismo oriental*. Madrid, Guadarrama, 1966, p. 49.

19 TOULMIN, S. *La comprensión humana*. Madrid, Alianza 1977, pp. 444-445.

ha afirmado que "la transición de la antigüedad clásica, pasando por la Europa medieval, hasta la sociedad industrial moderna ha tenido algún efecto sobre los conceptos espaciales, temporales y numéricos característicos de nuestro "esquema cotidiano". Durante el desarrollo de la moderna sociedad industrial hubo, en verdad, razones pragmáticas para adoptar nuestro sistema de procedimientos espaciales, temporales y numéricos, aunque, como sucede en todas las consideraciones programáticas, estas no son por necesidad válidas, exactamente del mismo modo, en todas las situaciones culturales".<sup>19</sup> De hecho, parece que la ruptura no consistió en un rompimiento radical entre conceptos "viejos" o C y los conceptos "nuevos" o C<sub>1</sub>, sino más bien la ampliación o adaptación de aquellos conceptos a las nuevas circunstancias. Percibir las transformaciones económicas, políticas o geográficas es sencillo. Pero detectar los cambios ideológicos y conceptuales es aún más difícil. Esto sucede porque: "Los conceptos espacio-temporales y causales cotidianos de los hombres tienen menos implicaciones técnicas y una mayor difusión que los conceptos especializados de la ciencia natural. Como resultado de ello cambian más lentamente. Pero estos conceptos cotidianos también están sujetos a cambios y, por ende, tienen genealogías conceptuales".<sup>20</sup> Determinar la naturaleza de estos cambios arroja luz sobre los factores que los ocasionan. Por lo tanto permitiría comprender mejor el proceso de las transformaciones sociales.

Las tesis de Kant no explican el cambio histórico ni la diversidad cultural de los conceptos. Tampoco Piaget, ya que éste se detiene en el desarrollo del niño. Habrá que ir a Hegel y a su expositor social, Marx, para conocer el camino de estas transformaciones. La tesis de Kant afirma que cualquiera que sea el sistema conceptual, siempre debe incluir ideas sobre el espacio, tiempo, y causales de algún tipo. Este punto de vista puede ayudar, como anota Toulmin,

"a establecer una conexión adicional entre el análisis filosófico de los esquemas conceptuales o el cambio conceptual, por un lado, y el estudio psicológico del desarrollo conductual y los sistemas perceptuales, por el otro".<sup>21</sup>

Debe recordarse, además, que la percepción del mundo se hace en términos de un lenguaje y de un esquema conceptual propios de una cultura determinada. El hombre ve el mundo y a la naturaleza de acuerdo a sus patrones mentales y no puede escapar de ellos. Como ejemplo podemos citar el hecho de que "las cosmologías racionalistas de la Jonia del Siglo VI A. C. y sus predecesores, los mitos de la creación del Oriente Medio, tenían un doble significado: no se referían a la Naturaleza, sino a la Naturaleza inteligible, no a un mundo que el hombre pudiera o no comprender, sino a este mundo como objeto de la comprensión del hombre".<sup>22</sup>

20 Idem.

21 Ibidem., pp. 446-447.

22 Ibidem., p. 20.

Estas consideraciones nos llevan a afirmar que no puede haber una política ecológica y una legislación sobre el medio ambiente "al margen de una teoría social general, sea esta implícita o explícita".<sup>23</sup> Porque el espacio como "continente" dado "a priori" sólo es importante cuando es a la vez el resultado de una determinada práctica social. *El espacio no es una página en blanco. Pero tampoco es un producto exclusivamente social.* En este error cayó Lukács. El hombre transforma y es transformado dialécticamente por la naturaleza. Por eso afirma Marx: "El trabajo es, en primer lugar, un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en que el hombre realiza, regula y controla su intercambio de materias con la naturaleza (...). Al mismo tiempo que de este modo actúa sobre la naturaleza exterior a él y la transforma, transforma su propia naturaleza. Desarrolla las potencias que dormitaban en ella y sujeta a su dominio el juego de fuerzas de la misma".<sup>24</sup> El espacio y la naturaleza condicionan —determinan— la especificidad de la creación cultural y es a la vez determinada —y destruida— por el hombre. Espacio, naturaleza y cultura son de nuevo, términos correlativos, inseparables. El énfasis exagerado en uno de ellos falsea la temática ambiental. "Al frente común ideológico del culturalismo y del historicismo conviene oponer un frente teórico que integre la problemática ecológica de base materialista en un análisis sociológico; dicho análisis debe tener como tema central la acción contradictoria de los agentes sociales (clases sociales) pero debe encontrar sus fundamentos en la trama estructural que hace la problemática de toda la sociedad —o sea, el modo en que una formación social trabaja la naturaleza y la forma de reparto y de gestión, y por lo tanto de contradicción que resulta de ello".<sup>25</sup>

Antes de terminar vale la pena hacer una reflexión sobre la *concepción empirista del espacio*. Esta concepción supone un espacio "continente" que se da por existente y sobre el cual se colocan los objetos. Es una idea de espacio como algo presupuesto, estático, que dicta sus leyes formales a los hombres. Encontramos esta idea en la geografía tradicional y en la economía, especialmente en las escuelas de la "economía regional" y de la "teoría de la localización". En estas escuelas hallamos un espacio euclideo de dos dimensiones (es el espacio de la geometría plana), y espacios discretos o sean conjuntos de puntos, generalmente finitos donde cada uno tiene sus propiedades; es posible definir una distancia, un flujo, una magnitud o una variable.<sup>26</sup>

23 CASTELLS, ob. cit., p. 141.

24 MARX, K. *El capital*. México, S. XXI, 1977, pp. 215-216, (1ª sec., cap. V.

25 CASTELLS, ob. cit., p. 150.

26 El espacio geométrico de Poincaré coincide con esta perspectiva. Cf. Foulquie, P. *Diccionario del lenguaje filosófico*. Barcelona, Labor, 1967, s. V. Espacio.

Las regiones, países o cualquier otra delimitación espacial constituye para el geógrafo la única realidad espacial. Su tarea consistiría, por lo tanto, en describir con detalle esos pedazos espaciales. Son datos de la naturaleza que el geógrafo debe describir con la mayor objetividad. No son, en modo alguno, construcciones del investigador. Esta geografía descriptiva cae en el error simplista de otras corrientes de las ciencias sociales al desconocer la arbitraria —en ocasiones mal intencionada— elección de la delimitación de las regiones y aún hasta de la selección del contenido.<sup>27</sup> En igual empobrecimiento empirista cae la geografía cuantitativa anglosajona que reduce el espacio físico a una descripción cuantificada e irreflexiva. Los principales teóricos de la economía espacial (Losch, Von Thunen, etc.) reducen la dimensión espacial de la economía de dos maneras: en primer lugar “partiendo de las teorías económicas generales y desmenuzando su objeto en subobjetos regionales”.<sup>28</sup> El espacio se convierte en un conjunto discreto de puntos con “distancias” entre ellos. A partir de ahí se puede construir una teoría de la localización (microeconomía) o estudiar el comercio exterior entre dos puntos. Esta misma idea subyace en algunas corrientes de la socio-economía latinoamericana, especialmente en el concepto de “centroperiferia”. En segundo lugar, se puede considerar el espacio euclideo en dos dimensiones “como un bien en sí: superficie que se consume pero no se produce”.<sup>29</sup> En el fondo ambas perspectivas —espacio discreto y espacio euclideo— son dos formas de la misma concepción empirista del espacio “homogéneo”, neutro, isótropo, dentro del cual se producen los hechos socio-económicos.

Toda realidad material existente —y de igual manera, toda relación social tienen una existencia material espacial y temporal. Como hemos visto, las categorías (espacio, tiempo, número, etc.) siempre se refieren a la existencia material. El error de la concepción empirista es el de suponer que el espacio y el tiempo y sus conceptos correlativos son estáticos y objetivos, como “realidades neutras, dadas, que vienen a confrontarse con otras realidades (relaciones, cantidades, acontecimientos) para allí inscribirse o desarrollarse; es la concepción empirista lo que hace de la historia, la geografía o la economía espacial el arte de extraer trozos selectos del dato temporal o espacial”.<sup>30</sup>

En la siguiente tabla podemos ver sinópticamente las principales teorías sobre el espacio.

27 LIPIETZ, A. *El capital y su espacio*. México, s. XXI, 1979, p. 17, n. 4.

28 *Ibidem.*, p. 18.

29 *Idem.*

30 *Ibidem.*, pp. 19-20.

*Principales teorías sobre el espacio*

<i>Teorías Estáticas</i>	<i>Características</i>
<p><i>Apriorismo racionalista</i> (idealismo Kantiano) Herederio del racionalismo y del siglo de las luces</p> <p><i>Platonismo</i> Relación con las nociones de armonía preestablecida y del crecimiento.</p> <p><i>Fenomenología</i> Relación entre la intencionalidad del sujeto y del objeto.</p>	<p>El espacio como categoría de la sensibilidad.</p> <p>El espacio está dado de antemano, es eterno, y no puede haber transformación.</p> <p>El espacio como una categoría trascendental.</p>
<p><i>Teorías Dinámicas</i></p> <p><i>Pragmatismo</i> Se relaciona con las teorías idealistas de la historia.</p> <p><i>Empirismo</i> Se relaciona con el materialismo mecanicista.</p> <p><i>Marxismo</i> Relación con un proceso de carácter dialéctico y materialista.</p> <p><i>Teoría operatoria o Psicología genética de Piaget</i> Proceso de interacción del sujeto y del desarrollo psicobiológico.</p>	<p>El espacio sólo está en función del sujeto.</p> <p>El espacio como “continente” dado a priori. El hombre debe someterse al espacio dado.</p> <p>El espacio es un continente pero con el sentido que el cambio histórico le dé a través de la praxis social el hombre descubre el espacio.</p> <p>Constructivismo reflexivo.</p>

Fuentes: Lipietz, ob. cit.

Varios, Piaget y las ciencias sociales. Salamanca, Sígueme, 1972.

## 7. Los Límites del Crecimiento

Cuando en el año 1972 se dieron a la publicidad los resultados que una comisión formada por profesores de M. I. T., a instancias del Club de Roma<sup>31</sup> había elaborado, se inició una larga y apasionada polémica sobre "los límites del crecimiento". En realidad el tema no era nuevo. Ya en Smith, Marx, Malthus y Mill estaba presente, y fue revivida por Keynes, Hansen y Schumpeter a raíz de la gran depresión. Sin embargo, el informe del Club de Roma, llamado "*Informe Meadows*", en honor de su director, Dennis Meadows presentaba el problema con características particulares. En primer lugar, se buscó un modelo que representase al sistema mundial de acuerdo con dos presupuestos: que dicho sistema sea sostenible sin un súbito e incontrolable colapso, y que sea capaz de satisfacer las necesidades materiales básicas de sus habitantes. Se busca un estado de "equilibrio global".<sup>32</sup> Este equilibrio consiste en que la población y el capital sean estables y que las fuerzas que tienden a aumentarlos o a disminuirlos mantengan un equilibrio cuidadosamente controlado. Esta es la única solución para evitar los peligros que se derivan del crecimiento, de la utilización de recursos y de la contaminación incontrolados.

Los requisitos mínimos que exige el estado de equilibrio son los siguientes:

1. Que el tamaño de la planta de capital y de población sean constantes. La tasa de natalidad debe ser igual a la de mortalidad. a. De inversión a la tasa de depreciación.
2. Que todas las tasas de insumos y productos (natalidad, mortalidad, inversión, depreciación) se mantengan a un nivel mínimo.
3. Que los niveles de capital y de población y la relación entre ambos se fijen de acuerdo con los valores de la sociedad. Pueden ser modificados ligeramente o adaptados lentamente a medida que los avances tecnológicos crean nuevas opciones.<sup>33</sup> Aunque la población y el capital deben permanecer constantes, la tecnología debería avanzar.

La crítica al informe Meadows no se hicieron esperar. La más importante provino de un equipo de la Universidad de Sussex. El centro de la crítica podrá resumirse del siguiente modo: en los modelos del Informe "se aceptaba un progreso técnico continuo y sostenido en la industria, pero

31 El Club de Roma fue fundado por el italiano Aurelio Peccei y desde 1966 ha elaborado diversos proyectos sobre la situación universal. Tiene su sede en Roma y sucursales en Ginebra y Tokio. Está compuesto por altos ejecutivos de grandes empresas y para sus investigaciones recibe fondos de las fundaciones Volkswagen, Ford, Olivetti, etc.

32 MEADOWS, D. y otros. *Los límites del crecimiento*. México, F. C. E. 1975, p. 198.

33 *Ibidem*, p. 217.

considerando que los rendimientos serían decrecientes en las inversiones en la agricultura y en recursos naturales; y que no habría una mejora continua en la tecnología anticontaminación".<sup>34</sup> De tal manera la crítica se dirige a la concepción de la tecnología pero no amplía su interpretación a otros ámbitos del crecimiento, del consumo o de la estructura administrativa de la economía. Una segunda crítica proviene de Adrian Berry, en su libro "Los próximos diez mil años".<sup>35</sup> El autor llama la atención sobre el hecho de que en el modelo de Meadows los conceptos de "recursos" y de "contaminación" sólo estén representados por variables poco definidas. La tesis central de Berry es la imaginativa hipótesis de la vida sobre la tierra se prolongará indefinidamente, aunque no en nuestro planeta. Sin embargo, lo importante no es preguntarse por la colonización de otros planetas, sino más bien en que si esa colonización se podrá llevar a cabo antes de la muerte de la especie humana.

Las medidas económicas que el Informe Meadows proponía para la década del 70 fueron completamente inaplicables. Además cabría mencionar el hecho de que la tendencia a la estabilización en el incremento de la población se da "naturalmente en todas las especies, como ya hicieron notar Darwin y Wallece. La pregunta es, cuándo se alcanzará ese límite, y para beneficio de qué clase social.

## 8. La Ecología Política

Existe un problema ecológico y una forma política para enfrentarlo. Sin embargo, la llamada "ecología política" no se limita a hacer recomendaciones técnicas sino que su ámbito de acción y de reflexión es mucho más amplio. La ecología política estudia el problema dentro de una concepción global: el hombre es parte de la naturaleza y sus esfuerzos productivos (medios de producción, relaciones de producción) forman parte ya de esa naturaleza. Afirma Alfred Schmidt: "el concepto de naturaleza resulta idéntico al de la realidad en conjunto".<sup>36</sup>

Las diversas contradicciones del sistema capitalista han ido concentrándose alrededor del problema ecológico. El movimiento ecologista ha tenido un gran auge en los países industrializados, especialmente en los escandinavos y anglosajones; aunque también en Francia, especialmente alrededor de la figura de René Dumont.

El movimiento ecologista no es unitario sino que se pueden destacar varias tendencias dentro de él. En primer lugar están los técnicos y burocratas que tratan de aportar soluciones al problema ecológico a corto plazo y desde su posición dentro de la empresa privada o del gobierno. Es evidente que no pueden ofrecer una respuesta verdadera al problema

34 TAMAMES, Ramón. *Ecología y desarrollo*. Madrid, Alianza, 1979, p. 126.

35 BERRY, Adrián. *Los próximos diez mil años*. Madrid, Alianza, 1977.

36 SCHMIDT, Alfred. *El concepto de naturaleza en Marx*. México, siglo XXI, p. 25.

porque su visión es exclusivamente pragmática.<sup>37</sup> Sólo se interesan por el problema ecológico en la medida en que de este movimiento obtienen beneficios. Un segundo grupo lo constituyen los sectores provenientes de la pequeña burguesía, de la clase media. Sus objetivos siempre son limitados como el de la instalación de un basurero, de zonas verdes, etc. En ocasiones pueden cobrar una mayor fuerza y oponerse a proyectos de gran envergadura nacional como una planta atómica, un código de minería (en Costa Rica) etc. La organización de estos sectores podría tener una fuerza política muy considerable, aunque todavía no se ha realizado en ningún país a pesar de la existencia de partidos políticos ecologistas. Un tercer grupo corresponde a los sectores radicales, los "eco-freaks". Son los herederos del movimiento "hippie" de los años sesenta. Viven en comunas, tienen hábitos alimenticios determinados, etc. En realidad "practican una huida de la civilización y de la ciudad". Un cuarto grupo está formado por los intelectuales, técnicos independientes y científicos, generalmente centrados en las universidades. Su desvinculación de los sectores sociales organizados hace que no tengan una importancia real en la política, aunque sus puntos de vista son generalmente los más lúcidos. "En suma, podríamos decir que en el movimiento ecológico —aunque tal vez sería más correcto hablar de movimientos— los motivos pertenecientes a las ciencias de la naturaleza, procedentes en su mayor parte de la biología, conectan de forma oscura con una serie de razones e intereses políticos en parte manifiestos y en parte latentes. Profundizando hallaríamos un estrato en el que se entremezclan necesidades psicosociológicas de diversos tipos que, generalmente, entran en juego sin que los interesados tengan la lucidez suficiente para caer en cuenta de ello: esperanzas de redención y conversión, placer del exterminio, sentido de culpa y resignación, oposición a la civilización y escapismo. (...) En estas circunstancias no es de extrañar que la izquierda europea no halla caído en la trampa del movimiento ecológico. Simplemente incluye en el repertorio de su labor de agitación anticapitalista determinados pasajes de la polémica sobre el medio ambiente, manteniendo, sin embargo, una postura escéptica frente a las hipótesis ecológicas que ellos subyacen y evita cualquier compromiso con grupos de orientación puramente ecológica".<sup>38</sup> El carácter de clase del debate ecológico, los intereses del complejo industrial-ecológico, especialmente el interés de las compañías transnacionales, así como la utilización de la ecología como una moda sin efectividad crítica pero con una clara función ideológica, dificultan la apreciación adecuada de la función política que ejerce la "ecología política". Además el carácter a corto plazo de la mayoría de las propuestas oscurecen la visión global del problema y ocultan sus implicaciones políticas. Vale recordar que "Las ideologías de la clase dominante no reproducen simples falsificaciones, sino que en su forma instrumental contienen también datos reales desde el

37 ENZENSBERGER, H. H. *Para una crítica de la ecología política*. Barcelona. Anagrama, 1974, pp. 18-19.

38 *Ibidem.*, pp. 21-22.

momento en que éstos nunca fueron optimistas. Pronostican ocasos de dioses, decadencia del mundo y un horroroso final, sin que estas informaciones hayan sido jamás tenidas en cuenta y examinadas en su relación con determinadas identificaciones y gratificaciones a corto plazo".<sup>39</sup>

### 9. Los Efectos Contaminantes de la Industrialización

El desarrollo industrial en Centroamérica es bastante reciente, sin embargo ya los efectos de la industria sobre el medio es claramente perceptible. La explotación industrial, por otra parte, es de vital importancia para el desarrollo de un país, sin embargo la utilización irracional de los recursos, la falta de prioridades en la escogencia de las industrias, la falta de una adecuada administración, la penetración incontrolada del capital extranjero, la utilización excesiva de plaguicidas y pesticidas, la utilización desmedida de los bosques y del agua, etc. son algunos de los problemas que una legislación adecuada y una política de gestión apropiada podrían contribuir a evitar.

Los problemas de la contaminación industrial causados por la industrialización incontrolada se hacen cada vez más evidentes en Centroamérica. Y estos afectan, no sólo el medio, sino también las tendencias de crecimiento y características de la población provocando, a su vez, peligrosos problemas sociales. Además, la carencia de un régimen legal sobre seguridad del trabajo contribuye a provocar accidentes, en su mayoría evitables. A pesar de todo, aún nuestros países no conocen la magnitud de los problemas que afrontan los países de gran industrialización.

El proceso industrial en Costa Rica se incrementó en la década del sesenta, provocado por la creación del Mercado Común Centroamericano a instancias de recomendaciones de la CEPAL. Se adoptó un arancel externo común para todos los países del área, se concedieron incentivos fiscales a los sectores manufacturados, desarrollo de proyectos de infraestructura y de energía eléctrica y se creó el Banco Centroamericano de Integración Económica para contribuir al financiamiento de la inversión industrial. Todo ello concluyó a dar una fuerte protección (aduanera, fiscal, política) a las actividades productivas cuyo objetivo era la sustitución de importaciones y el desarrollo agrícola, industrial y ganadero de la región.

El crecimiento de la industria en la región ha sido el siguiente: en el quinquenio de 1959-1964 fue de un 9%, de 1964-1969 fue del 10.5%. "En Costa Rica la participación relativa del sector industrial en el producto nacional creció ininterrumpidamente y pasó de un 12% en 1952 a 21% en la actualidad; igualmente, otros indicadores industriales mostraron un marcado aumento, por ejemplo, el volumen de empleo, el monto de los salarios, el nivel de las exportaciones, el consumo de la energía eléctrica".<sup>40</sup>

39 Citado por Enzensberger, p. 82.

40 LIZANO, Eduardo. *Costa Rica y la integración económica centroamericana*. En Ch. Zelaya, Costa Rica contemporánea. San José, Edit. Costa Rica, tomo I, p. 292.



Aparte de los problemas económicos que provocó y podría provocar el proceso de industrialización,<sup>41</sup> debe mencionarse el hecho de que la industrialización tiene efectos muy importantes con relación a las inversiones extranjeras, a la formación de nuevos grupos sociales y la dependencia tecnológica. Este último punto incide directamente sobre el problema del medio. En muchas ocasiones la tecnología obsoleta o desechada en países de mayor control sobre el medio, desplazan su tecnología contaminante a los países del Tercer Mundo. Además, se incorpora la tecnología de países altamente industrializados de alta densidad de capital y de baja utilización de mano de obra.

Las consecuencias más inmediatas han sido la pérdida de los bosques y zonas vírgenes, la alta concentración de la población, la acumulación de desechos sólidos, y las demandas, cada día en aumento, de servicios de desechos sólidos y las demandas, cada día en aumento, de servicios públicos adecuados (agua, luz, transporte). El desarrollo industrial ha tenido lugar sin tomar en cuenta los recursos naturales del área ni el proceso de interrelación entre el hombre y la naturaleza. La pérdida de los bosques, la contaminación de los ríos y del mar, el hacinamiento humano, el envenenamiento de las áreas industriales, la contaminación del aire, el ruido incesante, son problemas —algunos irreversibles— ocasionado por la industrialización irracional.

¿Cuál es la solución? A pesar de las alarmas el proceso de industrialización sigue aumentando. Si bien, no al ritmo de la década anterior. Por eso se requiere de una política industrial que tome en cuenta los factores ecológicos que permitan conservar y desarrollar un entorno libre de los peligros de la contaminación y de la destrucción ambiental. Otras medidas son la sustitución de la tecnología por otra que aproveche los recursos naturales, por ejemplo los desechos animales como fertilizantes, etc. Una política racional sobre el uso de la energía, medidas para evitar la contaminación del agua y del aire debido a los desechos industriales, planificación geográfica para establecer las zonas industriales, los aeropuertos, etc. Estas medidas por supuesto, deben ir a la par de una legislación rigurosa y eficaz.

#### 10. Ley y Administración

La implementación de una política y de una legislación ambiental se puede hacer de varias maneras. En primer lugar "desde arriba", es decir, a través de un proceso por el cual el gobierno desde sus diferentes instituciones políticas, elabore e implemente —incluso en forma coercitiva— un programa de política ambiental y una legislación. Esta alternativa es útil porque tiene la ventaja de que es aplicable rápidamente. Pero tiene la desventaja de que los obstáculos económicos pueden ser grandes, por ejemplo en el control de fábricas, uso de plaguicidas y pesticidas, etc. Además, sino cuenta con un amplio apoyo en la opinión pública, esto a

41 Idem.

la larga se traduce en pérdidas de votos y en la alteración de la clientela electoral.

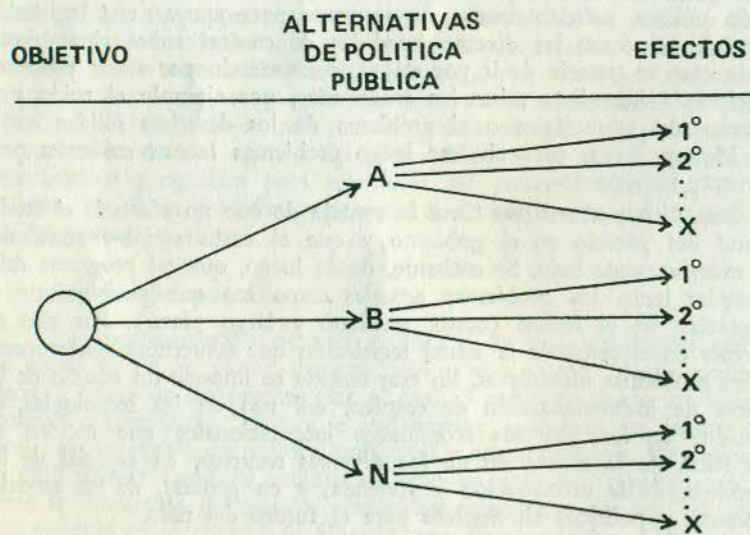
La segunda alternativa sería la de implementar una política intensiva de educación ambiental y esperar a que la opinión pública, en sus más estratos sociales, sienta la necesidad de contar con tal política y tal legislación. El programa no solamente debería abarcar escuelas y otros centros de enseñanza —los niños no son los principales contaminantes— sino que debe estar dirigido primordialmente a la población adulta. La ventaja en este caso es que las medidas sobre protección ambiental que se tomen contarían con el apoyo mayoritario de la población. Prácticamente no se requerirían mecanismos coercitivos. Sin embargo tiene la desventaja de que sus resultados se verían a muy largo plazo y, en consecuencia, el costo social y económico —para volver fértiles terrenos desérticos, por ejemplo —o para limpiar los ríos— sería muy elevado y dudo que nuestro país pueda pagarlo.

Es posible, sin embargo, que ninguna de estas alternativas, si se presentan aisladas, tengan éxito, tanto si partimos "desde arriba" como desde la conciencia de la opinión pública, podríamos llegar a una paradoja infranqueable. Una vez colocados en esta situación habría que buscar una tercera aproximación que, combinando lo más apropiado de las otras dos, tendiese un puente para franquear la dificultad; y un puente lo suficientemente sólido para soportar el peso de las innumerables cuestiones que sin duda se presentarían. En este caso se trataría de proponer un amplio programa de educación ambiental que cree una conciencia en la opinión pública suficientemente fuerte como para apoyar una legislación ambiental, así como las diversas medidas de control sobre el ambiente. En este caso se trataría de ir por etapas, comenzando por atacar problema de incidencia inmediata sobre los ciudadanos, por ejemplo el ruido y la contaminación atmosférica o el problema de los desechos sólidos en el Área Metropolitana, para abarcar luego problemas menos evidentes pero igualmente importantes.

Esta última alternativa tiene la ventaja de que no afectaría el caudal electoral del partido en el gobierno y que el costo social y económico sería excesivamente bajo. Se entiende, desde luego, que tal programa debe contemplar tanto los problemas actuales como los que posiblemente se presentarían en el futuro (corto, mediano y largo plazo). Por ello no debe caer en el error de la actual legislación que contempla generalmente sólo los problemas inmediatos. En este sentido se impone un estudio de las políticas de industrialización de empleo, del uso de las tecnologías, de población, de los procesos económicos internacionales que inciden en Costa Rica, de la utilización de los diversos recursos, en especial de los energéticos, de la urbanización y vivienda, y en general, de los modelos económicos y políticos alternativos para el futuro del país.

Es una visión global y muy ambiciosa. Pero ser elaborada progresivamente. Sin embargo, antes de entrar en detalle, debe hacerse notar que un programa de legislación ambiental y de una legislación sobre el medio, presupone una reflexión política.

El control de la contaminación y la protección de los recursos y del medio están directamente relacionadas con la aceptación o rechazo de la opinión pública, quienes son, a su vez, los que provocan o sufren los efectos del medio. "Así, el control de la contaminación es, en primer lugar, un asunto político".<sup>42</sup> El acto de restringir por ley al contaminante requiere una decisión política, el acto de implementar un programa de educación ambiental es también una decisión política. Una legislación impopular es muy costosa. La fuerza de una ley puede emanar de su carácter moral, pero sus aplicaciones pueden tener consecuencias sociales que sobrepasan el campo de la ética. Este principio se aplica muy adecuadamente al campo de las leyes sobre la ecología. En todo Estado, cualquiera que sea su régimen político, tiene leyes para garantizar un mínimo de orden en la convivencia. Sin embargo, la nota característica que posee un sistema jurídico desarrollado es su capacidad para enfrentarse a las circunstancias cambiantes. En este punto, la elaboración de una política ambiental y de una legislación sobre el medio debe ser muy perspicaz: los cambios ecológicos deberían estar provistos en la legislación correspondiente. Sin embargo, la influencia que una ley puede tener varía según los diversos grupos. De ahí que los conflictos de intereses, el poder y la influencia de los diversos grupos entran en conflicto. Por eso para la consecución de un objetivo, debe pensarse en el efecto sobre los diversos sectores de la población y sobre la economía y la sociedad en general. Un esquema elemental que presenta Foster,<sup>43</sup> siempre debería estar presente en la mente de quienes toman decisiones:



Esquema de Foster

<sup>42</sup> MCKNIGHT, Allan y otros. *Environmental Pollution Control*. London, George Allen & Unwin Ltd. 1974, p. 7.

<sup>43</sup> FOSTER, ob. cit., p. 153.

Las alternativas pueden oscilar en un ámbito que va desde el "no hace nada" hasta el proponer soluciones que afecten radicalmente la vida social.

Un grave problema se refieren al marco de la elaboración administrativa de los proyectos. "Las burocracias técnicas manifiestan una fuerte tendencia a redefinir las especificaciones de funcionamiento hasta plantearlas en términos de lo que ellas pueden hacer, más que de los que se necesita hacer, desde el punto de vista del gerente del proyecto. Tendencia que resulta humanamente comprensible, pero que, por supuesto, es una de las causas de la degradación ambiental".<sup>44</sup> Este problema debe relacionarse con el de la capacidad técnica. En muchas ocasiones los conocimientos de que se dispone o las técnicas no están suficientemente desarrolladas. En ambos casos, tanto si se refiere a la definición de lo que es posible hacer como en la carencia de medios administrativos adecuados, los programas de una política de gestión ambiental están condenados al fracaso. Se ha propuesto la siguiente holución: "en primer lugar identificar al sujeto decisorio del sistema, quien sea y lo que quiere exactamente. En el caso de los sistemas ambientales hemos llegado a la conclusión de que el sujeto decisor es el público, en interacción con el ecosistema. El segundo problema consiste en determinar las funciones principales del sistema y adoptar las medidas pertinentes para establecer las correspondientes asignaciones de tareas y las organizaciones, internas y externas, que hayan de llevarlas a cabo. De estos dos problemas el más tangible, con mucho, es sin duda el organizativo".<sup>45</sup>

Muchos de los problemas legales sólo pueden ser resueltos desde un ángulo internacional. Esto es muy evidente en el caso de los océanos. Sin embargo, el sistema legal está en una etapa muy incipiente de su desarrollo. No hay una legislación sino una serie de acuerdos y tratados multilaterales. Asimismo, han surgido una serie de organismos internacionales para tratar el problema ambiental, pero en general, tanto estos, como los que tratan el aspecto judicial, están en una etapa muy temprana.<sup>46</sup> La frontera política no son las fronteras de la contaminación.

<sup>44</sup> EDMUNDS, S., J. LETEY. *Ordenación y gestión del medio ambiente*. Madrid, Instituto de estudios de administración local, 1975, p. 730.

<sup>45</sup> Ibidem., p. 737.

<sup>46</sup> MCKNIGHT, ob. cit., p. 41. Véase también la obra: Allen V., Kneese y otros, *Ecología y contaminación formas de cooperación internacional*. Buenos Aires, Marymar, 1944.

## AXIOLOGIA Y FUTURO

(Problemática general para un estudio de la Axiología Jurídica)

*Lic. Ramón Madrigal Cuadra*

Coordinador de la Cátedra de Filosofía  
del Derecho. Universidad de Costa Rica

... Porque todo fluye y nada permanece ...  
... Como nadie se mete dos veces en el  
mismo río.

*Heráclito*

A: Constantino Láscaris Comneno,  
siempre presente y ausente.

Si el mundo se presenta a la conciencia del hombre contemporáneo como incertidumbre, como incógnita, como crisis, como fundamental duda, obedece a que nunca como ahora, la vida es reto, mayor o menor reto, como lo señala A. Tonybee.

Hoy, la nostalgia del pasado, por el pasado mismo, es patología pura y muerte, no ser siendo, abstracción irreal de lo sido. Hoy, un presentismo futurista, del ahora y el mañana, es ingenuidad sin fundamento y vida, ser que es, inmediatez existente.

El reto es radical, hoy: pasado, presente y futuro, son proceso proyectado del ser que se hace como existencia que se afirma en la vida, mediatez creadora y libre del hombre.

Por eso, la filosofía general y especial tiene como un fundamento actual de su quehacer la axiología; reflexionar (como crítica), transformar (como biofilia), la realidad universal y específica del curioso y difícil cosmos de los valores, es el gran reto del filoso ser contemporáneo.

El valor es a la altura del siglo veinte interés económico, religioso, político, estético, jurídico, erótico y filosófico. No encarar la problemática axiológica es renunciar a nuestro momento histórico, a nuestra vida, a nuestro sentido, a nuestro ser sin poder renunciar, es buscar la esclavitud en la libertad; es enajenación total y miedo a la temporalidad, es negarse a pensar.

Para evitar confusiones, conviene señalar que el afirmar a la axiología como una base actual del filosofar, no es buscar lo inmutable del valor como lo hizo E. von Hartmann, o la doctrina axiocéntrica de W. M. Urban, que afirma la prioridad del valor sobre la realidad, al contrario es afirmar la temporalidad, la realidad, la existencia dinámica y enriquecedora.

Para intentar aproximarse a una concepción del valor, tal y como lo concibo por el momento, creo, se hace necesario aunque de manera suscita, un bosquejo breve y por tanto incompleto, pero sin embargo clarificador, del desarrollo filosófico del término valor en la historia del occidente.

Desde Homero, la antigüedad ve la palabra valor como precio de cosas, o, como mérito de personas; quienes le dan un uso filosófico al introducirlo en la ética, son los estoicos, que señalan como valor a los objetos de las selecciones morales, conforme a la naturaleza o virtud del hombre sabio. Seleccione dignum, dirá Cicerón es el valor conforme a la razón.

El término valor vuelve a retomarse en el barroco del s. XVII, por el empirista inglés T. Hobbes, dándole un sentido subjetivo al valor, así, en el "Leviathan", afirma la igualdad entre valor y precio, con los elementos de la necesidad y del juicio de otro. En la segunda mitad del

s. XVIII, I. Kant plantea una discusión metafísica y moral, que se continuará en el s. XIX y el s. XX, por muy variados e interesantes pensadores, en que el término valor va cimentando la temática axiológica, pero debe recordarse que la noción de valor llega a la filosofía por extensión del significado de este término en la economía política desarrollada por Dupont de Nemours, Adam Smith, David Ricardo, etc.

Así, Kant, identifica el bien con el valor, pero siendo el valor un bien objetivo en que se excluye lo placentero y lo bello, bien que es para todos los seres racionales, como lo señala en la "Crítica del Juicio". La primera mitad del s. XIX, con el idealismo alemán y en particular con J. G. F. Hegel, se aporta la temporalidad, oposición y superación de la dialéctica en el valor, que a través de H. Lotze y F. Brentano, el primero como seguidor del idealismo y el segundo como opositor, dan directrices para las dos escuelas o concepciones que se dan como interpretación de los valores con tesis contrapuestas: el objetivismo axiológico y el subjetivismo axiológico.

Me parece conveniente señalar que dentro del idealismo, se pueden ver dos tendencias que ameritan ser distinguidas: por un lado, el idealismo kantiano, de tendencia racionalista y moralista; por el otro, el idealismo hegeliano, de tendencia dialéctica y panteísta. La visión estática y la visión dinámica. Parménides y Heráclito.

Pero, la mayor fuente para la filosofía de los valores, por su impacto y afirmación de la vida es F. Nietzsche, más allá de que se le acepte o rechace, pues hace de la filosofía una crítica y transformación axiológica, una afirmación del ser como relación en proceso que se hace, lo que es su sentido y pregunta metafísica del mañana.

Para Nietzsche, el valor es expresión de la voluntad de poder, como afirmación de la vida y por eso, los valores vitales deben sobreponerse a los valores eternos o del resentimiento, de ahí, que su filosofía sea la inversión de los valores.

Mas, esto no puede ser en Nietzsche, simple inversión de valores, es afirmar el cambio, proceso y también subjetividad del valor, individual y colectivamente, porque, la vida es grupo e individuo: fundante en la realidad, la unidad real, viva y en superación. Nietzsche, es una protesta contra una filosofía de lo eterno, inmutable y perfecto por lo estático, la perfección a través de la inmovilidad. En definitiva, a partir de Nietzsche se expresa como base clara del filosofar futuro el elemento relativo del valor, su historicidad; como lo expresa en "Más allá del bien y el mal", con una claridad meridiana. "Lo que una época generalmente considera como malo es generalmente un residuo intempestivo de lo que en otro tiempo fue tenido por bueno: el atavismo de un ideal envejecido".

Es cierto, que el pragmatismo y el utilitarismo de forma implícita lleva ya un relativismo axiológico, pero el sentido activista y práctico, les limita una reflexión clara y en profundidad sobre el valor, aunque se debe recordar que el instrumentalista J. Dewey ve la filosofía como crítica de los valores.

La afirmación del relativismo en el valor, es posición difícil para el estudioso por el enorme grado de presión que ejerce en él, nada menos que veinticuatro siglos de pensamiento fijista, un claro ejemplo es el de M. Weber, que afirma la pluralidad de valores y sus diferentes esferas. Por tanto, el valor es una lucha entre diferentes posibilidades axiológicas que se presentan a la opción del hombre, pero no afirma el relativismo.

La tesis objetivista es hasta nuestros días la que goza de más seguidores, la numéricamente triunfante, pero, —será así en el futuro?— creo que no, espero que no, pues esta tesis objetivista, al afirmar una independencia del valor con respecto al hombre, como entes ideales o con propia substancialidad, es fuente del dogmatismo, el totalitarismo y en general de imposición en nombre de..., dentro de esta posición su gran inspirador es Platón, con sus ideas arquetipos: reales, eternas e inmutables, y, una jerarquía que lleva a toda la realidad a lo estático y por tanto a lo ahistórico; la afirmación del ser parmenideo.

Dentro del objetivismo axiológico, destacan los pensadores de la escuela de Baden, W. Windelband, para quien el modo de ser del valor es su deber ser, por lo que afirma que el valor es el deber ser de una norma, única fuente de verdad, bondad y belleza de lo elegible, partiendo del concepto kantiano del a priori. Su compañero H. Rickert, sigue el mismo derrotero, y apunta como el valor consiste en su deber ser y no en su realidad, pero, lleva al valor a ser una realidad trascendente, y el mundo de los valores se relaciona o media con la realidad a través del sentido, así, el hombre los realiza en la historia, también Rickert, señala seis apartados al mundo del valor: la lógica, la estética, la mística, la ética, la erótica y la filosofía religiosa, y cada apartado tiene su bien e intuición correspondiente.

Dentro del objetivismo, ocupan lugar preferente otros dos pensadores de orientación fenomenológica, M. Scheler, que afirma la intuición del valor, gracias a una experiencia sui generis de carácter sentimental, distinguiendo entre el sentimiento y el conocimiento, el valor es el objeto intencional del sentimiento y la realidad el objeto intencional del conocimiento. Por tanto, la experiencia del sentimiento conlleva objetos inaccesibles al entendimiento, pero, tal experiencia presenta auténticos objetos en una jerarquía eterna que son los valores, por eso, a su vez, el valor es elección preferencial dentro de esa jerarquía objetiva, jerarquía que divide en cuatro grandes apartados: valores del goce y del sufrir; valores vitales; valores espirituales y valores religiosos. N. Hartmann, es el otro que sigue esta línea, para él, es absoluto e inmutable en su ser en sí el valor, aunque no sean reales como lo son los objetos en la ciencia natural, de ahí que el valor sea independiente del criterio del sujeto, a la vez, señala la relacionalidad del valor, un valor lo es en cuanto referido al sujeto, pero, esta relacionalidad no implica relatividad.

Entre los pensadores de habla hispana, ocupa lugar preponderante J. Ortega y Gasset, y varios discípulos de la escuela de Madrid, influidos por Ortega y Gasset a un nivel tal, que X. Zubiri ha dicho, "fuimos hechura suya", de ahí que, con don José a la cabeza, forman un grupo

de objetivistas en axiología, que insiste en señalar la objetividad del valor, la cualidad irreal del mismo, su condición sui generis, su carácter absoluto, su jerarquía. Dentro de este grupo es indispensable nombrar a Manuel García Morente, Julián Marías, Xavier Zubiri y Luis Recaséns Siches.

En el subjetivismo axiológico, además de la figura extraordinaria e inquietante de Federico Nietzsche, a quien ya se hizo referencia, se deben tener presentes a los siguientes pensadores: A. Meinong, el fenomenólogo esencialista, para quien el valor es una fuerza de motivación, por tanto el valor es subjetivo, se funda en el agrado que produce en mí, así, algo es valioso en cuanto me agrade.

Ch. Ehrenfels, de la misma corriente, se percata que entonces sólo los objetos con existencia poseerían valor, según la definición de Meinong, por lo que define el valor como simple deseabilidad, con lo que señala en la noción de valor el elemento de la posibilidad.

Ahora bien, el subjetivismo del valor para ser coherente no sólo debe implicar la subjetividad humana, sino también, la relatividad temporal, la historia; lo que expresa claramente el gran historicista W. Dilthey, que dice, el valor es relativo a la historia, el valor es inmanente al proceso de la historia y sólo dentro de ella es, porque todo es singular y único, no hay una normatividad universal, sólo puntos de vista. Se debe recordar que algunos historicistas, como E. Troeltsch trata de superar el subjetivismo y el objetivismo, haciendo coincidir los términos antinómicos.

Otro relativista es G. Simmel, de la corriente neokantiana, para quien el a priori es de naturaleza psicológica y relativa. Para Simmel, el valor es totalmente relativo a lo que el hombre reconoce en determinada condición, por tanto el valor nunca es objetivo ni absoluto.

El neopositivista, A. Ayer, dice que el valor es expresar un sentimiento, afirmar un valor es algo emotivo, ni verdadero ni falso, no es analizable, no posee objetividad alguna y por tanto no es verificable, un valor expresa un sentimiento y puede ser una orden.

Para concluir este esquema del desarrollo del concepto de valor, merece verse a R. Frondizi, que afirma el valor como cualidad estructural, en su notable obra "¿Qué son los valores?". Frondizi le da a la noción de estructura cuatro características: a) está formada por miembros, no por partes, con unidad total de sentido y función; b) es una unidad real, empírica y concreta, no se basa en entes meta-empíricos; c) hay totalidad e interdependencia de sus miembros, por lo que se opone al atomismo y a una posición estrictamente analítica; d) sus miembros no son homogéneos, hay heterogeneidad e incluso oposición, y cada miembro tiene su función específica.

Así, el valor "es una cualidad estructural que tiene existencia y sentido en situaciones concretas", en el horizonte de la acción creadora humana. Los valores en su relación y jerarquía dependen de la situación, de ahí, que no hay jerarquía inmutable ni objetiva, tampoco la jerarquía es vertical o lineal, "tipo castrense", además, la inteligencia e imaginación del hombre a través de la historia, nutre la estructura axiológica.

Frondizi, al presentar esta relación entre el valor y la situación a través de la estructura, supera al objetivismo y al subjetivismo como mero emotivismo o psicologismo, para lograr un intersubjetivismo histórico, por tanto, con una objetividad creadora del hombre.

La segunda mitad del siglo veinte tiene como uno de los elementos más dramáticos de la vida humana, principalmente de las jóvenes y nacientes generaciones la desconfianza existencial: una intuición vital sobre una mala fe encubierta que va desde la prédica de las instituciones políticas, religiosas, jurídicas y educativas, hasta la comunicación de persona a persona; no es por tanto un problema de simple brecha generacional, sino la percatación de un abismo real entre el valor que se afirma y el actuar que se realiza de parte de sus maestros a pesar de que nosotros mismos lo deseamos o no. El Estado es educador y también un delincuente, es la vida...

Hoy, tiene más importancia el anuncio de televisión que la maestra, la discoteca que la conferencia magistral, para el niño y el joven: para el futuro.

Reflexionar sobre el valor como esfera normativa, como guía posibilitadora de elección, como disciplina inteligente de las elecciones, no es ni por asomo, simple elocubración o contemplación teórica, es responsabilidad y praxis fundamental en el filósofo, en el hombre.

Así, por lo señalado, una posición no tradicional sobre la axiología puede ser causa de amargura y dificultad, pero, como lo expresa Nietzsche "el que quiera cosechar en la vida felicidad y tranquilidad no tiene más que desviarse siempre de los caminos que conducen a la cultura superior".

—¿Qué son los valores? —¿Cuál es su mundo? —¿Qué unión hay entre valor y hombre?, son las incógnitas que se van a intentar despejar.

El valor es un nivel de referencia a lo fundamental y básico del hacer del hombre. El valor y su mundo es parte de la realidad humana, puesto que la elección y preferencia que se puede constatar en diversos animales frente a ciertas circunstancias no pasa de ser una respuesta para la sobrevivencia y un mejor acomodo en la misma, pero, nunca es busca de sentido o de esencia, no es querer hacerse, ante el desgarramiento de lo individual y de lo universal, no es el problema humano de su temor e impotencia, como afirma Teilhard de Chardin: "Es algo terrible haber nacido, es decir, encontrarse irrevocablemente arrastrado, sin haberlo querido, en un torrente de energía formidable que parece querer destruir todo lo que lleva consigo".

Del miedo sale la valentía, frente a la incógnita de un horizonte abierto e indeterminado, como libertad negativa, surge la limitación y determinación con que objetiva el hombre el hacerse de su existencia como libertad positiva.

El hombre quiere ser y por eso conoce y valora, busca lo bueno, lo verdadero, lo bello, pero todo es riego, absurdo y terrible conforme sus ojos ven más..., dice Rilke: "Porque lo bello no es más que ese grado de lo terrible que todavía podemos soportar, y si lo admiramos tanto es sólo porque, impasible, desdén destruyernos".

El mundo de los valores o la facticidad valorativa es una expresión de la vida humana. Con lo que se encuentran dos conceptos unidos de especial interés, la vida y lo humano, se puede decir que vida implica alguna forma energética organizada capaz de darse en la realidad en diversos niveles; lo humano, es la conciencia refleja de la vida, ese saber que se sabe que hace posible en el hombre ir más allá de la sobrevivencia del simple vivir, para lograr como señala Aristóteles un vivir bien en civitas, o sea una sociabilidad y comunidad que supera la inmediatez y posibilita la capacidad de negación que expresan Hegel y Marx.

La vida humana es esfuerzo desde lo sensible, racional y volitivo a través del eje de la memoria, para que la unidad del hombre psicofísica adquiera esencia-sentido en la existencia desde una absoluta indeterminación; el ser humano es la tensión entre una libre-nada-dada hacia una libre-nada-afirmada, una realidad "anarcoontica".

El hombre, como persona es una unidad energética en busca de sentido, por ello es el animal esencialmente normativo, y los valores del paisaje de sus aspiraciones. La vida humana se expresa, se hace patente, desde las formas más banales y cotidianas, hasta las muestras más altas y elaboradas de la conciencia, las formas superiores de la cultura, la persona es subjetividad concreta que sea objetiva para ser más posibilidad determinada en el horizonte de la realidad. Los valores son en el hombre en forma individual y colectiva, personal e históricamente la pica en Flandes.

Una correcta y necesaria distinción es la que se hace entre los conceptos de ser, conocer y valer, para así perfilar el mundo y significado del valor. El ser es patente, es un hecho, más o menos desvelado, pero es; se da como materia física, como materia psíquica, o como materia ideal o intelectual. El ser de una cosa es el conjunto de los elementos o propiedades que se dan en esa cosa. El conocer, es la actividad del entendimiento a través de la cual en unión con el ser, se logran datos para adquirir un saber con mayor o menor rigor, lo que permite juicios lógicos y de existencia. El conocer demuestra.

El valor es una esfera relacional por medio de la cual el hombre opta para acrecentar y garantizar su existencia como tal. El valor no es, sino que vale en cuanto al ser que se valora, puesto que ésto no agrega nada al ser, sino que le muestra como modelo, calidad, señal o medida, pero, para el sujeto que valora es posibilidad o realidad de ser. El valor es un valer como aspiración a concretar en un bien, que a su vez permite un hacerse intencional en el hombre. De ahí, que el valor sea inherente a la capacidad de proyección en el hombre, de hacer mundo para vivir un futuro.

El origen del valor es la subjetividad humana, no sólo como percatación o capacidad estimativa, sino también como fuente o principio del mismo, pero, debe objetivarse, lo que le hace condicionante a su vez de la subjetividad. El valor se da como una resultante de la actividad del hombre con sus semejantes y con la naturaleza, por eso, el valor es relación, relación entificadora y relación situacional y por tanto dialéctico.

El valor es una aspiración a concretar en un objeto a través de las relaciones que vive el hombre en el proceso de su hacerse en el mundo.

De ahí, que la relación no se debe concebir como un comportamiento determinado, referencia o conexión que no agrega nada al sujeto ejecutante, por el contrario, le resulta determinante a su existencia. Incluso debe acotarse que al hablar de valer y no de ser en cuanto al objeto que se valora, lo que se expresa es que el valor no adhiere a la cosa una cualidad o elemento, que le dé a su ser en sí una nueva condición ontológica. Pero de hecho se da una nueva situación a su ser para mí, lo cual puede llegar a ser más o menos determinante en cuanto a la preocupación que le garantice una mayor permanencia a su ser por la acción de relación valorativa que recibe. La realidad misma es antes que las cosas o entes la relación que se establece entre las cosas y al contrario de lo que Lechsniz afirma no hay mónadas cerradas, sino una permanente, necesaria e inevitable interacción, en donde el hombre juega un papel especial, como lo expresa Teidhard de Chardin, en cuanto eje de la evolución.

Un bien, es un objeto u objetos mas la relación valorativa o valor, así un bien es un objeto valioso para un individuo o una colectividad dentro del marco de la temporalidad o historia, a su vez, hay varios tipos de bien, que se pueden dar aislados o conjugados, por el objeto o por coincidencia de valores. Se pueden señalar como tipos de bien los siguientes:

Bien económico: es una norma de estimación por convención como medida, un objeto simbólico y de valor, lo que da un objeto de medida valioso.

Bien intelectual: es la verdad filosófica o científica y el valor lo que da una verdad valiosa.

Bien factual: es un objeto físico (natural o creado) y el valor, (natural o creado), lo que da una cosa valiosa.

Bien activo: es una norma que demanda una acción y el valor, lo que da un principio valioso (Moral, Derecho, Costumbre, Religión).

Bien erótico: es una persona y el valor lo que da una persona valiosa.

Desde luego, es cosa usual que un objeto sea un bien en que se conjugan varios de los tipos señalados en el esquema anterior. Verbigracia, una obra de arte es un bien factual y económico.

También debe distinguirse en el bien dos tipos con base a su función: un bien instrumental y un bien final; en el primer caso, el bien tiene un carácter de medio, es un servir para; en el segundo caso, el bien es un fin en sí mismo; la ejemplificación más clara es la que se da entre el dinero y la obra de arte.

En cuanto a la clasificación de los valores, hay que hacer una división primero en dos grandes grupos: valores útiles y valores culturales.

Se define el grupo de los valores útiles, como aquel en que se agrupan los valores que cumplen con el fin de garantizar la vida del

hombre a nivel individual y social, como preservación y subsistencia; satisface necesidades primarias que tienen su paralelismo con otros animales. Este grupo se subdivide en valores económicos: como abundante, escaso, caro, barato; y en valores vitales: como conveniente, inconveniente, fuerte, débil, sano, enfermo.

El grupo de los valores culturales, es aquel que procura la formación del hombre como paideia, es decir, el hacerse específicamente humano, o sea, la búsqueda de la realización personal en su dimensión íntima y social, formación que le diferencia de los otros animales. Este grupo se subdivide en valores sociables: como elegante, vulgar, educado, patán; valores éticos: como bueno, malo, escrupuloso, relajado, misericordioso, despiadado; valores jurídicos: como seguridad, inseguridad, orden, de orden, legalidad, arbitrariedad, igualdad, desigualdad; valores lógicos: como verdad, falsedad, acierto, error; valores estéticos: como bello, feo, sublime, horrendo, armónico, inarmónico; valores religiosos: como sagrado, profano, divino, demoníaco; valores eróticos: como amor, odio, agrado, desagrado, unión, repulsión; valores filosóficos: como libertad, determinación, justicia, injusticia, paz, caos, valor, disvalor, infinito, finito.

El cuadro es el siguiente:

---

---

Valores Útiles =

Económicos: abundante, escaso, barato.  
Vitales: conveniente, inconveniente, fuerte, débil, sano, enfermo.  
Sociales: elegante, vulgar, educado, patán.  
Éticos: bueno, malo, escrupuloso, relajado, misericordioso, despiadado.  
Religiosos: sagrado, profano, divino, demoníaco.

Valores Culturales =

Jurídicos: seguridad, orden, legalidad, igualdad.  
Lógicos: verdad, falsedad, acierto, error.  
Estéticos: bello, feo, sublime, horrendo, armónico, inarmónico.  
Eróticos: amor, odio, agrado, desagrado, unión, repulsión.  
Filosóficos: (ontológicos) libertad, determinación, justicia, injusticia, paz, caos, valor, disvalor, finito, infinito.

---

---

Debe aclararse que la ética, la lógica, la estética y la erótica, si bien son campos a contemplar por la reflexión filosófica, forman apartados especiales con respecto a la reflexión filosófica primera u ontología. Pero si se desea sintetizar, todo el conjunto enumerado con anterioridad son valores filosóficos, y los valores que restan de los culturales estarían de manera básica relacionados y hasta supeditados a los filosóficos.

Una situación especial se da con el valor religioso, que si es auténtico es mística, por tanto un acto de fe, personal e intransferible, básicamente incommunicable, que estaría dentro de los valores culturales. Como valores religiosos están lo sagrado, profano, divino, demoníaco.

En cuanto a los caracteres específicos de los valores, lo usual ha sido reconocer en el mundo axiológico tres caracteres: a) cualidad sui generis; b) polaridad; c) jerarquía. De estos tres caracteres, el primero, o sea, la cualidad sui generis, supone, un depositario, un adherirse a una cosa, una realidad parasitaria, lo que supone que el objeto posee el valor, que se da como cualidad, ésto, según, el enfoque que se expone es insostenible, pues no significa algo, es nada. El valor no es cualidad sui generis, porque no es cualidad es una relación, por eso el valor no es el objeto, el ideal o la conciencia, es la relación activa entre los diferentes elementos del fenómeno real del que se peca el hombre, lo que le permite un punto de vista, o visión del mundo y una forma de ser, una búsqueda de esencia; la creatividad e imaginación cuál horizonte siempre abierto y libre en la lucha por la afirmación y el sentido de la existencia. El valor es aspiración relacional, de ahí que, los dos caracteres específicos del valor son la aspiración y la relación, cada uno de estos caracteres se dividen en sub-caracteres, el primero en los de realidad, subjetividad y arquetipo; el segundo en temporalidad, polaridad y jerarquía.

La aspiración es un impulso o direccionalidad inmanente al hombre, un querer ontológico que lleva a una toma de posición, por tanto, a la no indiferencia de la conciencia frente al entorno y frente a sí misma. La aspiración es un querer que lleva a la acción, a la actividad entificadora en la vida humana: libre-nada afirmada a través del dinamismo determinante, con que se da sentido al todo absurdo, se pasa así del temor o el miedo ingenuo a la angustia, al verse la existencia como una voluntad de ser libre para nada, ya que todo se agota en el desarrollo personal, y a su vez, es la única posibilidad humana, ser proceso entre dos nada. De ahí, que se quiera permanecer, perseverar... vivir.

La aspiración es una búsqueda, un querer lograr en mí a través de lo otro, y poder ser, darme ser, por eso es un impulso que lleva inevitablemente a la afirmación del hombre, excepto circunstancias patológicas, de ahí, que el valor conlleve paralela e inmanente a la aspiración la relación.

La relación es la actividad del querer, de ahí, que no sea una mera unión o conexión sino el darse a su vez de toda una forma determinada de comportamiento, ya que es una dialéctica del hombre-persona con la naturaleza y con los otros hombres, mas los productos que de esto se



derive, como lo señalan Hegel y Marx, además es aquí en donde se expresa la intersubjetividad, e incluso objetividad posible del valor.

Así, se puede parafrasear a Sartre y decir que: el valor como aspiración relacional que es, es una condena del hombre a la que no se puede escapar, pues es testimonio de nuestra precaria o lograda libertad. Por lo mismo la prioridad del actuar sobre el teorizar, como lo vio claramente Kant, pues todo querer lleva al hacer, y el hombre es un hacerse.

Al afirmar que estos caracteres se subdividen en otros, debe comprenderse que lo que se señala son las propiedades derivadas de los caracteres básicos que se apuntaron con anterioridad, que se separan en el esquema con un criterio clasificador y didáctico, pero que son una unidad viva en el actuar humano.

Los que se han denominado sub-caracteres son propiedades que se derivan del valor en cuanto aspiración relacional, y que se pueden explicar de manera sintética así; a) *realidad*, el valor no es una fantasía ni irreal, es una realidad virtual a concretar, por tanto, tan real como el hombre y su actuar. Así, real es el valor belleza como el objeto bello, pero su realidad es dependiente; b) *subjetividad*, el valor tiene como base o fundamento la subjetividad humana, sin hombres no hay valores, pues no habría quien los postule ni quien los acepte, el valor es una perspectiva de la persona; c) *arquetipo*, el valor no puede darse sin un ideal, si no hay idea de lo bueno no hay un actuar bueno, separar el ideal del valor, lo intelectual de lo emotivo, es destruir el proceso valorativo; d) es tan *histórico* como el hombre, por eso cambiante, hoy sí y mañana no, por eso no puede escapar al proceso evolutivo de toda la realidad, la eternidad e inmutabilidad son quimeras para consolar hoy en día, ya Hegel señaló que la filosofía lo es todo menos edificante; e) *polaridad*, el valor se basa en la no indiferencia del hombre frente a sí, las cosas y las situaciones, de ahí que, es opción, percatación de lo positivo y negativo, captar la multiplicidad de alternativas, como lo expresa Fromm, hay una opción básica en la persona: biofilia o necrofilia, vida o muerte como alternativas para la salud y la enfermedad, así, frente al valor hay siempre el disvalor y es necesario, lo que explica antimonías como las que con genio y perspicacia señalaba en el diecinueve Dostoievski, como pecado y perdón, duda y fe; f) *jerarquía*, el valor se ordena en una tabla axiológica, tanto individual como colectivamente se prefiere, o sea, se elige el valor que se considere superior, mejor, útil, etc. Ahora bien, esa preferencia depende de la situación relacional en que se encuentra el individuo o el grupo, toda elección es una escogencia entre posibles alternativas, pero su orden jerárquico no es fijo ni lineal como lo señalaba Frondizi, al contrario es variable, puede ser incoherente y en gran cantidad de casos inconsciente.

Un valor deja de ser-valer en cuanto que para una época, comunidad o individuo le sea indiferente, lo cual no obedece ni a miopía, ceguera o falta de sensibilidad sin más, es que no puede ser que todo absolutamente llene de sentido, se aspire y sea realizador para uno o una

multitud de hombres en un momento histórico, pues sería locura, demencia por exceso de riqueza presencial, siempre es necesaria alguna forma de renuncia, la evolución humana en el devenir histórico, la dialéctica, muestra la verdad a la par de la falsedad, el bien a la par del mal, la belleza a la par de la fealdad, para que sea un proceso enriquecedor, de ahí, la importancia de la tolerancia como virtud en el hombre, como lo expuso Locke, siempre hay que rectificar, que innovar, que superar, que renunciar, bien lo afirma el gran dialéctico místico, San Juan de la Cruz, "*para venir a poseerlo todo, no quieras poseer algo en nada; para venir a hacerlo todo, no quieras ser algo en nada; para venir a saberlo todo, no quieras saber algo en nada*".

El mundo del valor, es motor de la actividad y creatividad del hombre a través de la cual se realiza, de ahí su importancia y dificultad, ya que es un medio eficaz para una existencia auténtica y también para la manipulación y dominación del hombre. Puede ser fuente de libertad o de esclavitud, de ahí su importancia para el futuro de cada uno de los hombres, porque el valor es la aspiración relacional, dentro del proceso dialéctico para hacerse.

# EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO POR EL PADRE. INVESTIGACION EXPLORATORIA DEL PROBLEMA CON UN ENFOQUE SOCIO-JURIDICO

*Dra. Cecilia P. Grosman*

SUMARIO: I. Introducción. II. Presentación del problema. III. Estado actual de la labor de investigación sobre el tema. IV. Objetivos del Estudio. V. Características del diseño de investigación. VI. Recolección de datos. VII. Análisis e interpretación de los datos: 1. Magnitud del problema. 2. Ejercicio de la facultad materna para promover la investigación de la filiación paterna. 3. Causas que explican la no utilización del mecanismo judicial. 3.1. Características socioeconómicas de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido. 3.2. Estructura familiar de la madre. Familia de origen y núcleo de convivencia. 3.3. Aspectos psicosociales. Indagación a través de entrevistas a informantes claves, entrevistas individuales y datos secundarios. 4. Operatividad de la norma en la actuación judicial: A) Comportamiento de los destinatarios; B) Decisión de los jueces. VIII. Consecuencias de la falta de reclamo judicial frente a la ausencia de reconocimiento voluntario paterno. IX. Tratamiento del tema en los organismos internacionales y derecho comparado. X. Necesidad de una reforma. Su fundamentación. XI. Diversas formas de acción.

## I. Introducción

El presente estudio forma parte de una línea de trabajo que hemos encarado como investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina cuyo propósito es, básicamente, observar la conexión entre el derecho y la realidad social para proponer, de acuerdo a los resultados hallados, diversas alternativas de acción, esencialmente de carácter legal.

Apuntamos en esta ocasión, fundamentalmente, al concepto de efectividad de la norma; es decir, en qué medida el comportamiento posible que establece el ordenamiento es seguido por el interesado. Nuestro punto de partida es el modelo impuesto por el legislador y a partir del mismo intentamos determinar, dentro de un campo específico, cuál es la práctica social respecto de dicha regulación. Las conclusiones conllevan una evaluación acerca de la eficacia de la ley, o sea, si ésta es suficiente para realizar el objetivo perseguido en su emisión y de qué modos es factible que aquella finalidad tenga un mejor cumplimiento.

El Estudio, pues, se compone de dos partes: en la primera se trata de la conexión entre la norma y el comportamiento social y en la segunda, ya en el plano de la programática legislativa, se fundamenta las reformas que es conveniente introducir para una mejor concreción de las aspiraciones implícitas en el discurso jurídico.

Hemos contado para la tarea con la activa colaboración de la licenciada en Sociología María Chapp\* quien ha tenido particularmente a su cargo el trabajo de campo (entrevistas individuales) y con el asesoramiento de la licenciada en Sociología Martha Archinelli.\*\* También los servicios sociales de distintas instituciones nos han prestado el apoyo técnico y proporcionado valiosa información para esta investigación.

La labor desarrollada ha puesto en evidencia la necesidad de un enfoque interdisciplinario y los fructíferos hallazgos a los cuales es posible arribar cuando el fenómeno jurídico es examinado en conjunción con otras perspectivas de observación.

## II. Presentación del problema

El emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial —vínculo jurídico— se logra por un acto espontáneo de quien ha engendrado al

\* Pertenece a la Dirección Nacional de Protección del Menor y la Familia de la República Argentina.

\*\* Pertenece a la Subsecretaría del Medio Ambiente de Salud Pública de la República Argentina.

hijo - reconocimiento materno y/o paterno, o por una acción judicial, que durante la minoría de edad del vástago es ejercida por su representante legal.

El derecho como forma de control social está llamado a regular el ejercicio de la función paterna a través de un conjunto de derechos-deberes que definen los roles esenciales de la madre y el padre en relación al niño que han procreado. Dentro de la familia institucionalizada, o sea, la originada en matrimonio, como también fuera de la misma —cuando el hijo ha sido reconocido— la vigilancia social puede efectivizarse porque los progenitores se hallan identificados y por acción de los interesados o el Ministerio Público, los órganos judiciales procuran garantizar la operatividad de la tarea paterna en punto a asistencia, educación, salud, etc.

El problema se plantea cuando la madre o el padre no han asumido dicha calidad dentro del orden jurídico, es decir, cuando no han reconocido al hijo que gestaron. Nos referimos, particularmente, por ser el caso de mayor entidad cuantitativa, al supuesto del hombre que no acepta su condición paterna. En relación a la madre, como luego veremos, la ausencia del reconocimiento del hijo al momento en que aquél nace es consecuencia, en la mayoría de los casos, del desconocimiento o negligencia de la progenitora, quien más tarde frente a determinadas situaciones vitales —concurrencia al colegio, documentación, etc.— toma conciencia de la necesidad de reparar su omisión. Aún cuando ambas situaciones son consideradas, la investigación profundiza esencialmente el caso del hijo extramatrimonial que no ha sido reconocido voluntariamente por su padre.

### III. Estado actual de la labor de investigación sobre el tema

Los estudios sobre la filiación extramatrimonial han sido encarados, de ordinario, con una visión exclusivamente dogmático-jurídica. A través del examen del ordenamiento legal y de su comprensión, los juristas han bosquejado proposiciones que evidencian un proceso orientado a concretar el principio igualitario, nazcan los hijos dentro o fuera de matrimonio. Así, respecto del derecho de investigar el vínculo paterno, actualmente en nuestro país como en muchos lugares del mundo, todo hijo extramatrimonial tiene esta prerrogativa con la más amplia aptitud probatoria, sin que interese la condición de los padres al momento de la concepción.

Empero, esta posibilidad de accionar formalmente asentada no ha sido analizada en su concreción fáctica. El derecho del hijo para que se establezca su filiación paterna es realmente ejercido por su representante legal, normalmente la madre, durante la minoría de edad de aquél? Crea la ley las condiciones para que la facultad otorgada tenga efectividad?

Sobre este punto cabe mencionar un estudio realizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Chile en el año 1965<sup>1</sup> donde

1 Investigación de la paternidad ilegítima. Univ. de Concepción, Chile, N° 3.

se examinó el sistema legal para establecer la paternidad de los hijos ilegítimos y su eficacia concreta en la práctica judicial. Se arribó a las siguientes conclusiones: a) el 31% de los hijos ilegítimos no son reconocidos por el padre; b) En Chile nacen cada año 14.190 niños cuyos padres se abstienen de reconocerlos; c) el 76% de las madres de estos niños carecen de recursos económicos propios y tampoco tienen un régimen previsional; d) La tasa de mortalidad ya de por sí mucho más elevada entre los hijos extramatrimoniales, se eleva en varios múltiplos entre aquellos que no han sido reconocidos por el padre; e) Es mínimo el número de demandas promovidas en relación a la cantidad de hijos de padre desconocido; f) Prácticamente sólo tuvieron éxito aquellas acciones donde el demandado confesó su paternidad; g) De la encuesta realizada por profesionales del Colegio de Abogados de Concepción se deduce que muy pocos han patrocinado gestiones para establecer la paternidad ilegítima.

Un estudio de jurisprudencia sociológica sobre la filiación extramatrimonial ejecutado en España en el año 1975<sup>2</sup> aporta datos sobre la proporción de los que no han sido reconocidos por el padre o por ninguno de los progenitores en la ciudad de Bilbao. Surge que sobre 258 hijos ilegítimos, en el 43.02% de los casos el padre es desconocido; en un 2.71% existe un reconocimiento unilateral del padre; en el 10.85% han sido reconocidos por ambos progenitores (reconocimiento bilateral) y la filiación ignorada (desconocimiento bilateral) se manifestó en el 43.41% de los casos. Esta forma de inscripción ha sido interpretada como el ocultamiento de situaciones de adulterio o de carácter económico-social que impiden hacerse cargo de la criatura. La investigación no indaga sobre la magnitud de demandas promovidas para reclamar la filiación, en relación al número de niños de padre desconocido.

Investigaciones realizadas en Francia han establecido que dos de cada tres niños son reconocidos voluntariamente; es decir, que  $\frac{1}{3}$  se inscribe como de padre desconocido. Se concluye que las madres abandonadas no promueven la acción de investigación de la paternidad porque ofrece mayores dificultades probatorias o porque no desean ligar al hijo a un hombre negligente en el cumplimiento de sus deberes como padre. Tienen las mujeres, según la hipótesis que se formula, no tanto el temor en conceder la autoridad parental al presunto padre, sino que alientan la esperanza de hacer reconocer y legitimar al hijo por otro hombre que acepte dicha paternidad. Es por ello que las madres inician en mayor medida la acción con el fin alimentario.<sup>3</sup> En cuanto al acogimiento de las demandas, respecto de las iniciadas en el año 1973 en la jurisdicción examinada, hubo  $\frac{1}{4}$  de rechazos; en cambio la acción con el fin de subsidios fue acogida en las 9/10 partes.

2 García Cantero Gabriel y Adrián de Celaya e Ibarra. Un Estudio de Jurisprudencia Sociológica. Filiación extramatrimonial. Documentación jurídica N° 1, año 1975 y Documentación Jurídica N° 5, año 1975, Madrid, España.

3 Nerson Roger M. Rev. Trimestrielle de Droit Civil N° 2, 1948, pág. 341.

#### IV. *Objetivos del Estudio*

Los objetivos básicos de esta investigación son:

- a) Determinar la trascendencia cuantitativa del problema, es decir, la magnitud de hijos no reconocidos por el padre o por ninguno de los progenitores (filiación desconocida). Nuestra intención es establecer en qué medida se produce una desviación del comportamiento marcado por la ley que ordena a los padres tomar a su cargo la responsabilidad por los hijos que han engendrado. Partimos de la suposición de que existen variaciones en la significación cuantitativa y cualitativa del problema de acuerdo a una serie de condicionamientos de orden demográfico, económico, cultural, etc.
- b) Hemos visto que la legislación autoriza a la madre, durante la minoría de edad de su hijo, a ejercer en nombre de éste la acción de reclamación de filiación paterna. Nuestro propósito es indagar si la progenitora realmente utiliza el mecanismo judicial para alcanzar el reconocimiento forzoso del padre.
- c) A través de los objetivos precedentes se intenta dar una visión del grado en que la práctica social se adhiere o desvía del modelo legal; por una parte, cuál es la conducta del hombre que engendra a un niño fuera del matrimonio y, por la otra, cuál la de la madre para impulsar la asunción de la función paterna de quien no lo ha hecho voluntariamente. No existe en el ordenamiento una sanción para el hombre que no reconoce a su hijo, pero la ley persigue a través de la acción judicial que el padre biológico afronte su responsabilidad como tal. El derecho que se concede en beneficio del hijo intenta a la vez cumplir un propósito social. La finalidad, entonces, al evaluar en qué medida la madre emplea el medio propuesto por la legislación para lograr el reconocimiento paterno implica valorar la eficacia de las normas que rigen la reclamación de filiación extramatrimonial, es decir, cuáles son los chances para que el dispositivo legal se ponga en práctica y si el mismo basta para que el objetivo del precepto se realice. La investigación, pues, tiende a formular un diagnóstico de la situación y sugerir, en consecuencia, medidas destinadas a eliminar las deficiencias que pudieren hallarse.

#### V. *Características del diseño de investigación*

1. El Estudio se ha encarado, con una intención exploratoria, como una primera aproximación al tema. Se busca explicitar aquellos elementos que permitan una descripción adecuada del fenómeno, como así también de sus tendencias más significativas. De esta manera, procuramos aportar una cierta información que oriente la profundización del problema en la búsqueda de explicaciones. No pretendemos extraer de los resultados obtenidos extrapolaciones válidas para toda la población. Empero, los datos recogidos permiten el sustento de proposiciones consistentes que, natu-

ralmente, deberán ser testeadas en investigaciones ulteriores. En el trabajo se han considerado las siguientes dimensiones:

##### 2. *Dimensiones del análisis sociológico*

- A) Proporción de inscripciones de hijos no reconocidos por el padre.
- B) Nivel socio-económico de la madre, única reconociente, medida a través de los siguientes indicadores:
  - a) Edad
  - b) Lugar de origen
  - c) Ocupación
  - d) Nivel educacional
- C) Estructura familiar de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre.
- D) Núcleo de convivencia de la madre al momento en que nace el niño.
- E) Grado de estabilidad y frecuencia de la relación mantenida por la madre con el presunto padre de la criatura.

##### 3. *Dimensiones del análisis psico-social.*

- A) Comportamiento de la mujer desvinculada da del hombre frente a su maternidad.
- B) Comportamiento del hombre en relación a su paternidad, según la visualización materna.
- C) Grado de conocimiento que posee la madre sobre sus derechos legales y posibilidades de una acción judicial. Distorsiones en el contexto social.

##### 4. *Dimensiones del análisis socio-jurídico.*

- A) Efectividad de la norma en el actuar de los destinatarios.
- B) Su operatividad en el proceso judicial en relación a:
  - a) Grado de estabilidad del vínculo de la madre con el presunto padre.
  - b) Pruebas ofrecidas
  - c) Actitud del demandado en el proceso. Defensas esgrimidas.
  - d) Doctrina emergente de los tallos
  - e) Resultado de la acción entablada.

#### VI. *Recolección de datos.*

El tipo de diseño utilizado es una combinación de diversas técnicas de investigación, estudio de campo y análisis cuantitativo y cualitativo de datos secundarios.

Una vez especificadas las dimensiones a analizar se planteó la tarea de recoger la información que constituiría el material de examen e interpretación, presentándose como dificultad la forma en que se estructuran los datos censales y estadísticas vitales. En cuanto al aspecto numérico se discriminan sólo dos categorías de hijos: matrimoniales y extramatrimoniales, no distinguiéndose dentro de esta última clase las diversas magnitudes de los reconocimientos según fueren bilaterales (madre y padre), unilaterales (madre o padre) o de filiación ignorada. Tampoco existen tabulaciones relativas a las dimensiones socioeconómicas de la madre sola reconociente. Por esta causa la búsqueda de datos se orientó hacia diversas fuentes documentales que nos permitiera abordar el fenómeno supliendo la deficiencia señalada.

#### 1. *Estudio de campo.*

- A. Entrevistas a madres desvinculadas del compañero, únicas reconocientes del hijo, internadas en dos hospitales de la Capital Federal.
- B. Entrevistas a informantes claves:
  - a) Asistentes Sociales de Hospitales de la Capital Federal.
  - b) Asistentes Sociales del Servicio Social de los Tribunales de la Capital Federal.
  - c) Defensorías de Pobres y Ausentes.
  - d) Asesores de Menores.

#### 2. *Estudio de datos secundarios* (cualitativo-cuantitativo)

- a) Inscripciones de nacimiento registradas en las delegaciones del Registro Civil en 16 hospitales de la Capital Federal durante el mes de mayo de 1979.
- b) Inscripciones de nacimientos que tuvieron lugar en clínicas, satorios privados o establecimientos asistenciales de mutuales registrados durante el mes de septiembre de 1979.
- c) Inscripciones de nacimiento correspondientes a algunos Registros Civiles ubicados en el interior del país. Año 1979.
- d) Inscripciones de nacimiento en las Provincias del interior del país, según el carácter matrimonial o extramatrimonial del hijo. Año 1979.
- e) Estadísticas elaboradas por el Servicio Social del Hospital Fernández sobre total de nacimientos según naturaleza de la filiación. Años 1975/1978.
- f) Sentencias dictadas en juicios de reclamación de filiación extramatrimonial publicadas en los repertorios de jurisprudencia desde 1919 a la fecha.
- g) Sentencias dictadas por los tribunales en lo Civil de 1ª Instancia de la Capital Federal. Años 1977/1980.

- h) Renuncias para adopción registradas en la Dirección Nacional del Menor y la Familia. Año 1979 (meses enero a mayo).
- i) Historias registradas en el Servicio Social de la Maternidad Pardo, Capital Federal, correspondientes a madres desvinculadas del compañero, internadas durante el año 1978.
- j) Historias registradas en el Servicio Social del Consultorio gratuito de los tribunales de la Capital Federal, años 1977 a 1980.

### VII. *Análisis e interpretación de los datos.*

#### 1. *Magnitud del problema.*

La importancia numérica de los hijos sin reconocimiento paterno surge claramente de los resultados obtenidos en diversas muestras de inscripciones de nacimiento según se observa en los siguientes cuadros.

La información obtenida pone en evidencia que aproximadamente la tercera parte de los niños extramatrimoniales nacidos en hospitales municipales de la Capital Federal, no son reconocidos por el padre (se incluyen las dos categorías, reconocimiento unilateral de la madre y filiación ignorada (cuadros Nº 1 y 2). Indudablemente, se debe tener en cuenta que existen reconocimientos tardíos, por lo que la proporción establecida se ha de reducir.

Los guarismos demuestran que si bien en la mayoría de los casos, cuando se trata de relaciones fuera de matrimonio, el hombre respeta el modelo de comportamiento establecido en la ley y reconoce voluntariamente al hijo que ha gestado, el fenómeno del desconocimiento paterno es de importante gravitación cuantitativa, gravitación ésta que varía según los diversos estratos sociales considerados. De esta manera, si observamos las inscripciones registradas en los hospitales municipales (cuadro Nº 1) notamos que en algunos de ellos el número de hijos no reconocidos por el padre es mínimo (vg: Delegación Antártida, Policlínico Bancario), mientras que en otros la magnitud es trascendente (Hospital Rivadavia). En el cuadro Nº 3 se advierte que sobre un total de 4.300 nacidos en clínicas privadas o mutuales gremiales, la cantidad de hijos de padre desconocido no llega al 2% del total de nacimientos, mientras que en los hospitales municipales alcanza al 14% (493 sobre 3.546 nacimientos). Igual contraste hallamos si sólo computamos los hijos nacidos fuera de matrimonio. En el primer caso los hijos reconocidos únicamente por la madre o de filiación ignorada comprende el 16% de los nacimientos extramatrimoniales y en el segundo, los hijos de padre desconocido constituyen el 32% de dicha categoría.

Se aprecia que la magnitud de vástagos sin reconocimiento paterno voluntario se correlaciona con la cantidad de hijos originados en uniones no formalizadas. En los hospitales municipales la proporción de hijos nacidos fuera de matrimonio es del 43% (cuadro Nº 1) y en las clínicas privadas o mutuales es del 11% (cuadro Nº 3).

Cuadro N° 1. *Inscripción de nacimiento según filiación y reconocimiento por Delegación del Registro Civil en Hospitales de la Capital Federal, registrados durante el mes de mayo de 1979. (Cifras absolutas y porcentajes).*

Hospital	Matrimo.	Extramatrim.	Total	Extramatrimoniales			
				Reconoc. bilateral	Reconoc. madre	Filiación ignorada	Total %
Pirovano	46% (66 )	54% (77 )	100% (143 )	60% (17 )	22% (17 )	18% (14 )	100 (77 )
Alvear	48% (90 )	52% (98 )	100% (188 )	75% (73 )	15% (15 )	10% (10 )	100 (98 )
Ramos Mejía	42% (113 )	58% (158 )	100% (271 )	79% (125 )	10% (15 )	11% (18 )	100 (158 )
Salaberry	43% (119 )	57% (158 )	100% (277 )	66% (104 )	18% (29 )	16% (25 )	100 (158 )
Argerich	52% (103 )	48% (96 )	100% (199 )	64% (61 )	23% (22 )	13% (13 )	100 (96 )
Penna	48% (105 )	52% (115 )	100% (220 )	68% (78 )	14% (16 )	18% (21 )	100 (115 )
Sardá Mat	60% (260 )	40% (174 )	100% (434 )	70% (123 )	21% (36 )	9% (15 )	100 (174 )
Fernández	39% (42 )	61% (66 )	100% (108 )	65% (43 )	23% (15 )	12% (8 )	100 (66 )
Deleg. Antártida	89% (193 )	11% (25 )	100% (218 )	96% (24 )	—	4% (1 )	100 (25 )
Policlínico Banc.	90% (189 )	10% (20 )	100% (209 )	80% (16 )	20% (4 )	—	100 (20 )
Durand	89% (116 )	11% (13 )	100% (129 )	46% (6 )	46% (6 )	8% (1 )	100 (13 )
Alvarez	34% (57 )	66% (113 )	100% (170 )	51% (58 )	29% (33 )	20% (22 )	100 (113 )
Piñero	63% (210 )	37% (125 )	100% (335 )	70% (88 )	17% (21 )	13% (16 )	100 (125 )
Rivadavia	45% (133 )	55% (160 )	100% (293 )	64% (103 )	22% (35 )	14% (22 )	100 (160 )
Matern. Pardo Vélez	65% (143 )	35% (76 )	100% (219 )	71% (54 )	28% (21 )	1% (1 )	100 (76 )
Sarsfield	56% (75 )	44% (58 )	100% (133 )	64% (37 )	29% (17 )	7% (4 )	100 (58 )
<b>Totales</b>	<b>57% (2014)</b>	<b>43% (1532)</b>	<b>100% (3546)</b>	<b>68% (1039)</b>	<b>20% (302)</b>	<b>12% (191)</b>	<b>100 (1532)</b>

Cuadro N° 2. *Inscripciones de nacimiento según filiación y reconocimiento nacidos en el Hospital Fernández. Años 1975-1978. (Cifras absolutas y porcentajes).*

Año	Matrimo.	Extramatrim.	Total	Extramatrimoniales			
				Reconoc. bilateral	Reconoc. madre	Filiación ignorada	Total
1975	52% (905)	48% (834)	100 (1739)	65% (544)	28% (232)	7% (58 )	100 (834)
1976	52% (675)	48% (623)	100 (1298)	62% (386)	29% (180)	9% (57 )	100 (623)
1977	48% (590)	52% (649)	100 (1239)	64% (414)	19% (123)	17% (112)	100 (649)
1978	44% (371)	56% (471)	100 (842 )	65% (303)	22% (105)	13% (63 )	100 (471)

Cuadro N° 3. *Inscripciones de nacimiento según filiación y reconocimiento de nacidos en servicios asistenciales privados o de mutuales gremiales registrados en septiembre de 1979. (Cifras absolutas y porcentajes)*

Matrimoniales	89% (3848)	<b>Extramatrimoniales</b>	
Extramatrimoniales	11% (452 )	Recon. bilateral	84% (380)
<b>Total</b>	<b>100% (4300)</b>	Recon. materno	15% ( 67)
		Recon. paterno	0.4% ( 2)
		Filiación ignorada	0.6% ( 3)
		<b>Total</b>	<b>100% (452)</b>

Las diferencias halladas respecto del número de hijos de padre desconocido, permite sostener como hipótesis que el comportamiento desviado en relación al discurso implícito en la ley que manda al padre asumir la responsabilidad paterna, se manifiesta con mayor frecuencia —dentro de la Capital Federal— cuando la madre pertenece al sector de la población con características marginales; esta condición se caracteriza por la dificultosa inserción de la joven migrante con bajos recursos en el sistema urbano. Aún cuando sobre esta cuestión volveremos más adelante, queremos dejar puntualizado ahora que la diversidad encontrada, no obedece sólo a un diferente nivel económico, sino que supone una incidencia más notoria de aspectos relacionados con la no incorporación de la mujer al sistema productivo y con su falta de asimilación de los valores que sustenta el modelo legal. Prueba de ello es que no sólo los hijos de madres internadas en las clínicas privadas (indicador de recursos económicos) son en general reconocidos por el padre, sino que también lo son aquellos niños de progenitores agremiados (obreros, empleados, etc.).

Los datos que hasta el momento presente hemos podido recoger respecto de la situación en el interior del país, nos revala que el problema del hijo no reconocido por su padre también es trascendente, ya que la proporción de niños que cuentan sólo con el reconocimiento materno igualmente es elevado. Según se desprende del siguiente cuadro, como promedio, aproximadamente el 35% del total de hijos extramatrimoniales no ha sido reconocido por el padre. Un estudio posterior permitirá establecer las diferencias del fenómeno según las características demográficas, económicas y sociales de las distintas regiones del país.

Puede suponerse que será más elevado el número de hijos de padre desconocido en los lugares donde se manifiestan con mayor frecuencia las uniones no formalizadas. El siguiente cuadro visualiza las diferencias de proporción de los hijos extramatrimoniales en las distintas provincias y, suministra, por tanto una idea de las posibles variaciones en la magnitud de hijos que no han sido reconocidos por el padre.

Se aprecia un porcentaje elevado de uniones de hecho en la región noreste y noroeste del país, donde se hallan ubicadas las provincias más pobres, de menores recursos y mayor población rural. En las provincias más urbanizadas e industrializadas la proporción de matrimonios aumenta sensiblemente (Córdoba, Buenos Aires, Mendoza, etc.).

## 2. Ejercicio de la facultad materna para promover la acción de filiación.

Los datos recogidos ponen en evidencia que la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre, no promueve generalmente la acción para lograr el emplazamiento filial paterno. Esta hipótesis surge nítidamente de las siguientes comprobaciones: desde el año 1977 a 1980, o sea, en cuatro años, se han dictado solamente 22 sentencias correspondientes a procesos promovidos ante los tribunales de la Capital Federal (30 juzgados, se consideran únicamente los iniciados durante la minoría de edad

Cuadro N° 4. Inscripciones de nacimiento según filiación y reconocimiento en localidades y/o Provincias seleccionadas. Año 1979. (En cifras absolutas y porcentajes).

Localidad o provincia	Matrim.	Extramatr.	Total	Extramatrimoniales				Total %
				Reconoc. bilateral	Recon. madre	Recon. padre	Fil. ign.	
Añatuya Santiago del Estero	61% (348)	39% (226)	100 (574)	60% (134)	37% (82)	1% (3)	2% (7)	100 (220)
Provincia Mendoza	83% (2257)	17% (470)	100 (2727)	68% (318)	31% (148)	1% (4)	—	100 (470)
Chilecito, La Rioja	57% (486)	43% (363)	100 (849)	43% (155)	57% (208)	—	—	100 (363)
Prov. de Corrientes nov.-dic. 1979	65% (657)	35% (349)	100 (1006)	85% (297)	15% (52)	—	—	100 (349)
Capilla del Monte Córdoba	66% (86)	34% (44)	100 (130)	59% (26)	41% (18)	—	—	100 (44)
Santa Rosa La Pampa	74% (3562)	26% (1243)	100 (4805)	60% (753)	39% (480)	1% (8)	2% (0)	100 (1243)



Cuadro N° 5. *Inscripciones según filiación en las Provincias de la República Argentina. Año 1979 (en porcentajes).*

Provincia	Matrimoniales	Extram matrimoniales	Sin especificar	Total
Buenos Aires	74%	19%	7%	100%
Catamarca	66%	28%	6%	100%
Córdoba (1978)	81%	18%	1%	100%
Corrientes	59%	35%	6%	100%
Chaco	52%	43%	5%	100%
Chubut	63%	37%	—	100%
Entre Ríos	74%	25%	1%	100%
Formosa	44%	55%	1%	100%
Jujuy	59%	40%	1%	100%
La Pampa	76%	23%	1%	100%
La Rioja	71%	29%	—	100%
Mendoza	82%	18%	—	100%
Misiones	56%	43%	1%	100%
Neuquen	65%	34%	1%	100%
Río Negro	66%	31%	3%	100%
Salta	61%	39%	—	100%
San Juan	81%	19%	—	100%
San Luis	73%	21%	6%	100%
Santa Cruz	74%	25%	1%	100%
Sgo. del Estero	66%	34%	—	100%
Tucumán	72%	28%	—	100%
Tierra del Fuego	83%	15%	2%	100%
Antártida, Islas del Sur				

Fuente: Ministerio de Salud Pública.

del hijo). En cambio en solo un mes del año 1979 se registran 493 niños sin reconocimiento paterno (hospitales municipales, ver cuadro N° 1).

También el número de pronunciamientos publicados en los repertorios de jurisprudencia desde el año 1979 —48 fallos en más de 60 años— constituye un índice del número ínfimo de esta clase de demandas (para el cómputo sólo se han tomado en cuenta las acciones promovidas por la madre en representación del hijo menor de edad).

Además, de los guarismos mencionados, la pasividad de la madre para impulsar el reconocimiento paterno, se manifiesta en la minúscula cantidad de consultas que para asesorarse realizan las interesadas. La información recogida en las Defensorías de Pobres y Ausentes. Asesorías de Menores y Servicio Social del Consultorio gratuito de los tribunales de la Capital Federal( en este último organismo se registraron 33 consultas en cuatro años, 1977 a 1980) confirma que la madre no emplea el mecanismo judicial para lograr el reconocimiento paterno del hijo, es decir, que aquella no ejercita la prerrogativa que la ley le confiere.

### 3. Causas que explican la inacción materna

Diversas son las razones, de orden social, psicológico, económico y cultural, que coadyuvan a la pasividad de la madre. Esta conducta, pese a reconocer matices individuales, se explica en forma global por ciertos condicionamientos que determinan su práctica como sujeto social.

Con el objeto de aproximarnos a la comprensión del comportamiento materno, hemos tratado de recoger información sobre las características socio-económicas de la madre cuyo hijo carece del reconocimiento paterno.

#### 3.1. Características socio-económicas de la madre, única reconociente del hijo.

Se acudió a las siguientes fuentes:

- Historias tomadas por el Servicio Social de la Maternidad Pardo Año 1978, (107 casos).
- Datos registrados en las inscripciones de nacimiento correspondientes a las delegaciones en los hospitales municipales. Mes de mayo de 1979 (muestra extraída: 243 casos).

Los datos recogidos ha permitido la elaboración de los siguientes cuadros:

Cuadro N° 6. *Edad de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre.*

Edad	Maternidad Pardo	Inscripciones Registro Civil hospitales municipales mayo 1979
13-20 años	40% (43)	40% (98)
21-25 años	36% (39)	29% (71)
26-35 años	20% (21)	27% (65)
Más de 35 años	4% (4)	4% (9)
Total	100% (107)	100% (243)

Cuadro N° 7. Lugar de nacimiento de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre. (Cifras absolutas y porcentajes).

Lugar de nacimiento	Maternidad Pardo	Inscripciones Registro Civil hospitales municipales mayo 1979
Cap. Fed. y Bran Buenos Aires	18% ( 19)	35% ( 86)
Noroeste argentino	17% ( 18)	25% ( 61)
Noreste argentino	24% ( 25)	17% ( 42)
Litoral-Centro	9% ( 10)	5% ( 12)
Zona Sur	2% ( 2)	1% ( 3)
Cuyo	5% ( 6)	4% ( 9)
Países limítrofes	9% ( 10)	12% ( 29)
Europa	1% ( 1)	1% ( 1)
Se ignora	15% ( 16)	—
<b>Total</b>	<b>100% (107)</b>	<b>100% (243)</b>

Cuadro N° 8. Ocupación de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre. (en cifras absolutas y porcentajes).

Ocupación	Maternidad Pardo	Inscripciones Registro Civil hospitales municipales mayo 1979
Servicio doméstico	48% ( 50)	12% ( 28)
Empleadas	7% ( 8)	7% ( 18)
Operarias	—	2% ( 4)
Actividad independiente o especialización técnica (enfermeras, peluqueras, etc.)	4% ( 5)	1% ( 3)
Ama de casa o no consta actividad	41% ( 44)	78% (190)
<b>Total</b>	<b>100% (107)</b>	<b>100% (243)</b>

Cuadro N° 9. Nivel de instrucción de la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre. (en cifras absolutas y porcentajes).

Nivel de instrucción	Maternidad Pardo	Inscripciones Registro Civil hospitales municipales mayo 1979
Analfabetas	3% ( 3)	1% ( 3)
Primaria incompleta	16% ( 17)	19% ( 47)
Primaria completa	19% ( 20)	50% (120)
Secundaria incompleta	10% ( 11)	16% ( 38)
Secundaria completa	10% ( 11)	9% ( 23)
Universitaria incompleta	—	0.5% ( 1)
Universitaria completa	—	0.5% ( 1)
Se ignora	42% ( 45)	4% ( 10)
<b>Total</b>	<b>100% (107)</b>	<b>100% (243)</b>

Del cuadro N° 6 surge que en ambas fuentes un alto porcentaje de madres solteras son menores en el período hasta los 25 años.

En cuanto al lugar de origen de la madre, se advierte un claro predominio de nativas del interior del país, 55% en un caso y 52% en el otro. (Cabe presumir respecto de las internadas en la Maternidad Pardo, un acrecentamiento de la proporción si se hubiera contado con el dato en la totalidad de los casos.

La información revela que la mayor parte de las mujeres provienen del Noreste y Noroeste argentino (cuadro N° 7), zonas de mayor expulsión de población, debido a los escasos recursos y posibilidades de trabajo. A las magnitudes referidas, debe agregarse las que corresponden a mujeres llegadas de países limítrofes, también en búsqueda de mejores condiciones de vida y trabajo (9 y 12%). De este modo se totaliza un 64% en ambas fuentes.

Respecto de la ocupación de la madre soltera, se observa que en su gran mayoría se desempeñan en el servicio doméstico (48% en la muestra de la Maternidad Pardo, cuadro N° 8) y la mayor parte en casas de familia con "cama adentro". Las madres de niños inscritos en el Registro Civil, delegaciones en los hospitales municipales, figuran en un amplio porcentaje como amas de casa, hecho que no responde a la realidad, sino que muchas veces se asienta automáticamente tal condición sin interrogar a la interesada. Las entrevistas que se han mantenido con las asistentes

4 Como dato complementario cabe mencionar que el 15% de menores alojadas en Institutos del Servicio Social del Menor y la Familia correspondiente a la población abril-junio 1980 se refiere a menores madres embarazadas.

sociales de los servicios hospitalarios y las entrevistas llevadas a cabo con las madres, han confirmado la prevalencia del desempeño en el servicio doméstico.<sup>5</sup>

En relación al nivel de instrucción, se observa que las madres con estudios superiores al básico, sólo comprende entre el 20 y el 25% de las muestras (cuadro N° 9), no registrándose prácticamente mujeres con educación terciaria.

### 3.2. Estructura familiar de la madre. Familia de origen y núcleo de convivencia.

La muestra correspondiente a las internadas en la Maternidad Pardo, indica que sólo 19 mujeres convivían con el núcleo familiar primario (ambos padres o uno de ellos), es decir, un 18% del total. La migración de la joven desde el interior de la República o de países limítrofes, es la causa esencial de la falta de convivencia con el grupo familiar. Se ha detectado, asimismo, que existe una desintegración del núcleo familiar de origen, por separación o fallecimiento de los progenitores. El tipo de convivencia de la madre al momento de la internación, surge del siguiente cuadro:

Cuadro N° 10. Tipo de convivencia de la madre al momento de la internación.

Tipo de convivencia	Número de casos	Proporción
Con el núcleo primario	19	18%
Con otros familiares (hermanos, abuelos, tíos, primos)	23	21%
En casas de familias como empleadas domésticas	15	14%
Solas o con alguna amiga en hoteles y viviendas precarias	16	15%
Hogares de Tránsito	2	2%
Alojadas Nuestra Señora del Valle	15	14%
No tienen alojamiento ni amparo al momento de la internación	10	9%
Se ignora	7	7%
Total	107	100%

<sup>5</sup> Los datos obtenidos en la Maternidad Pardo tampoco son totalmente confiables, pues al momento de la internación muchas menores de edad figuraban sin ocupación ya que se hallaban alojadas en institutos proteccionales.

Los indicadores de nivel socio-económico que se han considerado, adquieren significación si se les examina en forma global. En este sentido sostenemos como hipótesis, la cual deberá ser testeada en ulteriores investigaciones, que la madre cuyo hijo no ha sido reconocido por el padre pertenece en su gran mayoría, como ya lo hemos señalado a los sectores de población marginal. Buenos Aires y sus alrededores, recibió la inmigración masiva de millones de personas del interior del país y más tarde de los países limítrofes, campesinos pobres, provenientes de las zonas rurales o pueblos pequeños de escaso desarrollo. Respecto de ese grupo poblacional se ha señalado su escasa participación en la mayor parte de las áreas de la vida urbana, conformando una subcultura que tiene pocas zonas de contacto con la sociedad receptora, siendo la ubicación ecológica de estos grupos las villas de emergencia y las zonas periféricas de la ciudad.<sup>6</sup> En su mayor parte son jóvenes entre 15 y 30 años que tienen dificultad de inserción en el nuevo ámbito. La joven migrante con escasa preparación, sin medios para obtener alojamiento, tiene como ocupación más frecuente el servicio doméstico por horas o "cama adentro", no integrándose generalmente al sistema productivo. El fenómeno de la marginalidad también se manifiesta en el sistema de valores. En este plano, se produce la superposición de dos modelos: el de la sociedad rural, de la cual proviene la joven que en el aspecto familiar se distingue muchas veces por la existencia de vínculos no formalizados y la convivencia de los hijos en torno a la madre, y el del medio urbano, receptor con un tipo de familia que se estructura dentro del ordenamiento legal. Investigaciones realizadas en relación a la población marginal, han permitido observar un sentimiento de no pertenencia que se exterioriza en la no adhesión a los modelos normativos y a las ideas o valores que los sustentan. Por ello, el trasplante de la joven migrante, el abandono del medio que le era propio para integrarse a una sociedad desconocida con insuficientes mecanismos sociales de participación, son los que determinarían su dificultad de inserción y el desarrollo de conductas que acentuarían aún más sus características marginales.<sup>7</sup>

### 3.3. Aspectos psico-sociales. Indagación a través de entrevistas a informantes claves, entrevistas a madres solteras y datos secundarios.

<sup>6</sup> Margulis Mario. Migración y Marginalidad en la sociedad argentina. Paidós, 3ª edic., Buenos Aires, 1974; Villar Olga Mercado y otros. La marginalidad urbana: origen, proceso y modo. Edic. Troquel, Buenos Aires, 1970.

<sup>7</sup> En un Estudio sobre la Vagancia y su correlación con otras variables en menores mujeres se determinó que el 51% de las jóvenes hasta 18 años tenían relaciones sexuales, sosteniéndose que el bajo nivel educativo de la joven migrante, insuficiente pensamiento crítico la exponía a situaciones de peligro haciendo posible que la joven sufra con mayor facilidad situaciones de engaño, seducción, etc. (Ministerio de Bienestar Social, 1970).

### A) Entrevistas con informantes claves.

Como primer paso para comprender la problemática de la madre soltera, se realizaron entrevistas a las asistentes sociales destacadas en las maternidades de los hospitales municipales de la Capital Federal.

La información recogida confirmó los datos sobre las características socio-económicas de la madre soltera, encontradas en las fuentes mencionadas con anterioridad.

De las entrevistas surgió que la madre no solicitaba ni promovía gestiones del Servicio Social para interesar al presunto padre y lograr el reconocimiento del nacido. Paralelamente se verificó un bajo estímulo por parte de las asistentes sociales para que la madre reclame la filiación paterna de su hijo, sin contar con que muchas veces se manifestó una imposibilidad material para tales gestiones por ignorarse el paradero del hombre. El escaso aliento que recibe la madre en este aspecto, se debe al hecho de que el ejercicio de la patria potestad en cabeza del padre, es visto como factor capaz de generar en la madre una dependencia inconveniente, máxime cuando en gran parte de los casos, el progenitor cuenta con pocos recursos económicos y, por tanto, escasa asistencia puede prestar.

A veces, cuando la madre aspira al reconocimiento paterno, es también frecuentemente desalentada por las personas que la rodean o a quienes consulta (asistentes sociales, consultorios jurídicos, parientes, etc.), quienes estiman dificultosa la prueba y dudosa la probabilidad de éxito. Al no tener fácil acceso a la información, la mujer desiste de su propósito. Si eventualmente consulta a algún profesional, generalmente no puede hacerlo por falta de recursos económicos, es factible que la ausencia de estímulo material para el abogado lo conduzca a la misma posición negativa.

Las entrevistas mantenidas con funcionarios de las Defensorías de Pobres y Ausentes y Asesores de Menores de la Capital Federal, confirma, igualmente, que la madre no consulta ni gestiona el reconocimiento paterno de su hijo.

### B) Entrevistas a madres solteras.

Se realizaron 25 entrevistas semiestructuradas a internadas en las salas de la Maternidad Pardo y del Hospital Rivadavia de la Capital Federal. En ambos casos se contó con la autorización y colaboración de los servicios de dichos centros de salud.

En general se observó una participación activa de las entrevistas, lográndose en la mayoría de los casos el vínculo necesario para la realización de la tarea que, vista desde la situación misma de internación (período pre-parto o post-parto), presentaba características conflictivas. En un pequeño porcentaje se manifestó una actitud de rechazo frente a la propuesta de diálogo.

Las entrevistas fueron pautadas con el objeto de detectar actitudes predominantes en relación al embarazo y nacimiento. Se inquirió sobre cuestiones relativas al reconocimiento del niño por parte del padre, aspiración o resistencia a tal acontecer, grado de conocimiento de las normas que regulan el reclamo judicial, actitud del presunto progenitor, etc. Además, se relevaron datos de clasificación de la madre, como edad, lugar de nacimiento, ocupación, indagándose, asimismo, sobre la estructura de la familia de origen y su núcleo de convivencia actual.

Las entrevistas realizadas confirman los resultados de las muestras extraídas en cuanto a la condición socio-económica de la madre soltera. La mayoría de las mujeres son migrantes del interior de la República o países limítrofes y la edad promedio de las mismas es de 20 años. Gran parte de las madres provienen de una familia desintegrada, observándose en una tercera parte de los casos que la encuestada no conoce a uno de sus progenitores. Si bien algunas jóvenes reciben el apoyo de la familia, la madre especialmente, el porcentaje más amplio trabaja en casas de familia con "cama adentro" o vive, valiéndose de sus propios medios, en hoteles o pensiones.

Se verificó una actitud general de aceptación del embarazo por parte de las entrevistadas, aunque algunas revelaron una posición ambivalente frente al mismo. Sólo en tres casos, la madre había decidido, previamente al parto, dar al niño en adopción, desistiendo luego de tal determinación una vez nacida la criatura.

En cuanto al vínculo con el presunto padre de la criatura, las encuestadas refieren que han sido abandonadas por el hombre, quien en la mayor parte de los casos manifestó una actitud de rechazo ante el embarazo producido, instando a la interrupción de la gestación.<sup>8</sup> La actitud del hombre, según versión de las entrevistadas, se debe en muchos casos a dificultades económicas que alegan para asumir una responsabilidad familiar o bien a desacuerdos de la familia paterna o a dudas que expresan sobre la paternidad atribuida.

La mayoría de las entrevistadas expresaron desconocer las normas que sistematizan la reclamación de filiación paterna. Si bien esta circunstancia puede considerarse un factor de gravitación en la conducta pasiva de la madre, al no promover la acción de filiación en representación del hijo cuando no existe un reconocimiento voluntario del padre, tal inactividad materna es el resultado de una multiplicidad de variables de orden social, psicológico y antropológico que configuran una cierta ideología de la madre soltera, es decir, un determinado sistema de representación o modelo social. Sobre este punto las entrevistas han permitido detectar algunos

<sup>8</sup> Esta circunstancia también se ha constatado en las historias registradas en el Servicio Social del Consultorio jurídico de los tribunales de la Capital Federal y en las demandas de reclamación de filiación paterna. Esta actitud del hombre no sólo se ha manifestado frente a relaciones amorosas circunstanciales, sino también cuando se trataba de vínculos de mayor estabilidad y duración.

aspectos psico-sociales del fenómeno, que no excluyen, obviamente, las demás causas que lo explican. Así, en algunos casos, si bien la encuestada se expresó en forma positiva respecto del reconocimiento paterno, "sobre todo en función del futuro de la criatura", prefería que, pese a ello, el niño portara su apellido, que fuera "de ella sola". Otras madres justificaban su inacción para gestionar el reconocimiento paterno, por razones de orden personal, como, por ejemplo, "no querer llorarle a él...", "no dejarse pisotear", "no obligarlo a aceptar un chico que no quiere". Algunas de las entrevistadas admitían francamente que no deseaban que el padre reconociera al niño, vislumbrándose a través de los dichos que la criatura era utilizada como vehículo de venganza o castigo frente a una situación conflictiva con el hombre. En las entrevistas llamaron particularmente la atención, ciertas manifestaciones que revelaban en la mujer, la intención firme de asumir por sí misma, la crianza del hijo como la exteriorización de un sentimiento de apropiación o posesión del niño. De esta manera afirmaban "que no querían saber nada del padre" o reiteraban que la criatura sería "de ella sola", patentizándose un cierto orgullo en dar su apellido al menor. La fantasía predominante explicitada por la madre fue de "robo o saqueo", que se evidenciaba en el temor expresado de que el hombre adquiere derechos sobre el niño y ella pierda las prerrogativas emergentes de la patria potestad. También se observó en muchos casos que la inacción de la madre provenía de su poca esperanza en obtener algún apoyo económico del hombre, dado sus escasos recursos. Lo expresado precedentemente no descarta que algunas mujeres exhibieran su aspiración al reconocimiento paterno, ya sea para lograr la consolidación de un vínculo afectivo con ella o el niño o bien con la idea de obtener un sustento alimentario.

El resultado de las entrevistas puede ser interpretado desde varios marcos conceptuales que incluyen la operatividad de la norma jurídica, la coexistencia de diferentes modelos de familia ligados a los procesos migratorios de nuestro país, como, asimismo, la determinación relativa a la estructura de personalidad de la madre soltera en función de su desarrollo psico-social.<sup>9</sup> La estructura de la familia según distintas formas culturales implican diferentes procesos en el ejercicio responsable de la paternidad y en la consiguiente asunción de roles. Evidentemente se produce una interacción entre la actitud de la madre y el comportamiento esquivo del hombre, quien no se siente partícipe del proceso de gestación y desea permanecer ajeno al mismo. Por una parte, la conducta del hombre puede ser vista como una clara desvinculación que hace entre el acto sexual y la

9 En el mencionado estudio sobre la vagancia y su correlación con otras variables (citado nota N° 7) se sostiene que las condiciones deficientes de vida, la promiscuidad y la carencia de medios influyen en el comportamiento de la joven y factores tales como la necesidad de afecto y un hogar, la desorganización que provoca el conflicto de valores fuera de un ámbito de integración como podría ser el proceso productivo, la exponen a sufrir desórdenes en la personalidad.

procreación; por la otra, la mujer acepta la maternidad sin pretender que el hombre asuma su responsabilidad como padre. Es decir, la madre ve como un proceso natural, el afrontar por sí misma la crianza y educación del hijo, pese a las dificultades. De las entrevistas también se desprende que algunas mujeres parecen tener la concepción de una familia cuyo jefe es la madre, repitiendo de esta manera muchas veces, la estructura de su familia de origen. Se ha verificado que, en ciertos casos, no obstante vivir la mujer con un compañero, éste no reconoce al hijo por voluntad de aquella, en el supuesto de que la madre hubiera concebido hijos con otros hombres que no los han reconocido, razón por la cual los niños portan el apellido materno; en esta hipótesis la madre prefiere que el recién nacido ostente el mismo apellido que sus hermanos.<sup>10</sup>

C) *Historias registradas en el Servicio Social del Consultorio jurídico gratuito de los Tribunales de la Capital federal.*

La información recogida en las fichas compulsadas —como ya lo señalamos, sólo 33 consultas desde 1977 a 1980— ratifica la condición socio-económica de la madre soltera deducida de las otras fuentes consideradas, aún cuando con ciertas variantes que se explicitan en la nota.<sup>11</sup>

Respecto de la relación de la madre con el presunto padre, se observa una importante proporción de uniones de mayor estabilidad (24% de concubinatos y similar porcentaje de noviazgos con cierta formalidad: visitas a la familia, promesa de matrimonio, trámites para contraer enlace, etc.). La ruptura de la relación se produce cuando el hombre toma conocimiento del embarazo. Las gestiones practicadas por el Servicio Civil no alcanzan un resultado positivo, porque en gran parte de los casos el presunto padre ha desaparecido o no se presenta ante la citación cursada. En otros supuestos, es la propia interesada la que desiste de la gestión y de la acción de reconocimiento, desalentada por la escasa prueba que puede poseer respecto de las relaciones íntimas mantenidas con el presunto padre. Empero, en 5 casos presentados (15%), el hombre aceptó reconocer al niño e, incluso en algunos de ellos se fijó una cuota alimentaria.

De las historias examinadas surge que en un importante número, el presunto padre es casado y por su condición no quiere reconocer al nacido. Otras veces se desentiende del hijo alegando carecer de dinero. En todos los casos se observa una clara evasión de la responsabilidad paterna y su intención de no constituir un grupo familiar. Se aprecia, en cambio, en la mujer consultante, a diferencia de lo que acontecía con las

10 Para el examen de los aspectos psico-sociales hemos contado con el asesoramiento de la licenciada en Psicología Silvia Quevedo.

11 Las consultantes se ubican en idéntica proporción en las edades más jóvenes como en las de mayor adultez, a diferencia de lo que acontecía en las muestras consideradas (menores de edad: 36%; 21 a 25 años: 15%; 26 a 35 años: 36%; + de 35 años: 9%; se ignora: 3%).

madres entrevistadas en los hospitales, una mayor conciencia sobre la necesidad del reconocimiento paterno y el deber de asistencia del padre. Existe en más amplia medida, la interiorización del modelo legal y la aspiración a un núcleo formalizado.

#### 4. Operatividad de la norma en la actuación judicial.

##### A) Comportamiento de los destinatarios.

El modo en que funciona la acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial, las características de las personas que promueven tales demandas y el tipo de relación que ha unido a la madre con el presunto padre, se han examinado a través de dos fuentes: por una parte, los fallos judiciales publicados en los repertorios de jurisprudencia desde el año 1919 a la fecha y, por la otra, las sentencias judiciales dictadas por los tribunales de Primera Instancia de la Capital Federal desde el año 1977 a 1980.

En primer término, se advierte que es frecuente la iniciación de los procesos por personas mayores de edad, que aspiran a su emplazamiento filial para petionar derechos hereditarios en la sucesión de su presunto padre extramatrimonial. Las acciones promovidas por la madre en representación del hijo, durante la minoría de edad de este último son, como ya lo hemos señalado, escasas.

El examen de los fallos compulsados: 22 sentencias dictadas por los jueces de lo Instancia en lo Civil desde 1977 a 1980 inclusive y 48 sentencias localizadas en las publicaciones judiciales (1919 a 1980), nos ha permitido elaborar el siguiente cuadro, en relación al vínculo existente entre la madre y el presunto padre.

Cuadro N° 11. *Relación de la madre con el presunto padre.* (en porcentajes y cifras absolutas).

Tipo de relación	Fallos publicados en los repertorios	Fallos lo instancia Cap. Federal
Convivencia	30% (14 casos)	64% (14 casos)
Noviazgo formalizado	18% ( 9 casos)	5% ( 1 caso)
Relación estable sin vida en común	35% (17 casos)	27% ( 6 casos)
Unión circunstancial	2% ( 1 caso)	—
Se ignora	15% ( 7 casos)	4% ( 1 caso)
Total	100% (48 casos)	100% (22 casos)

Los resultados demuestran que en la mayoría de los casos, la acción se promueve a base de una relación estable entre la madre y el presunto padre, con convivencia o sin ella. De los pronunciamientos se desprende que en una amplia proporción el hombre es casado, separado o divorciado e inicia una convivencia marital con la madre del niño, con características similares a un matrimonio formalizado. Esta situación se evidenció en el 64% de los fallos dictados por los tribunales de la Capital Federal, observándose, asimismo, en esta última fuente un apreciable número de demandas donde se reclamaba el reconocimiento de un hijo póstumo nacido de una unión estable y duradera, incluso con hijos anteriores, fruto de dicha relación (41% de los casos). Estas uniones concubinarias se originan en la imposibilidad de contraer matrimonio por el impedimento de ligamen.<sup>12</sup> Cabe destacar que en estos casos se ha producido generalmente el allanamiento de los herederos.

Cuando la accionante alega que ha existido una relación de noviazgo, hace referencia a un vínculo con cierta formalidad conocido por familiares y amigos, incluso con petición de matrimonio o celebración de un compromiso mediante cambio de anillos o simplemente una reunión familiar. En los supuestos de una relación sin vida en común, la mujer se ha alojado en muchos casos en la vivienda adquirida o localizada por el presunto padre, quien concurre a la misma en forma regular.

En cuanto a la duración de la relación, se trata de un dato difícil de conocer a través del fallo judicial. No obstante, se ha podido verificar que en más de la mitad de los casos en una fuente (fallos de los Tribunales de 1ª Instancia) y la tercera parte en la otra, la duración ha superado los 5 años, registrándose un porcentaje pequeño con una duración menor de 1 año.

Puede concluirse que en atención a las características del vínculo que ha unido a las partes —estabilidad y notoriedad— la interesada ha tenido mayores elementos para acreditar la paternidad reclamada. De los procesos se desprende que en muchos casos, al igual de lo verificado a través de las otras fuentes de recolección de datos, el hombre procura la interrupción de la gestación y al no lograrlo provoca la ruptura de la relación, ya que el nacimiento, por tratarse frecuentemente de hombres casados, coloca a éstos en una situación comprometida.

Las demandas de filiación extramatrimonial son promovidas generalmente por mujeres de la clase media que tienen interiorizado el modelo de familia legal y aspiran al reconocimiento paterno para que la criatura porte el apellido de su progenitor. Se ha observado en algunos casos la existencia de una relación jerárquica entre la madre y el presunto padre (empleada-empleador; doméstica-patrón). Si bien no puede descartarse que en algunos supuestos, son razones económicas las que estimulan a las

12 En la Argentina el divorcio no disuelve el vínculo, por lo cual ninguno de los cónyuges divorciados puede volver a contraer nuevo matrimonio.

interesadas para promover la acción, normalmente se advierte que son consideraciones de orden moral y social las que impulsan el reclamo de reconocimiento paterno. No sólo quieren evitar que el vástago quede marcado como un hijo de padre desconocido, sino también constituye una cuestión de honor para la madre frente al abandono del hombre, lograr que éste asuma la responsabilidad paterna, incluso con la secreta esperanza, muchas veces, de que el vínculo logrado forzosamente pueda mañana despertar en el padre sentimientos afectivos.

Respecto del modo en que se desarrolla el proceso judicial y cuál es el comportamiento de las partes dentro del mismo, puede formularse las siguientes observaciones: a) el demandado opone generalmente la excepción de pluralidad de concubitos, aún en los casos en que niega las relaciones íntimas con la mujer, dándose el supuesto de ofrecer como prueba de tal circunstancia la declaración de amigos complacientes.<sup>13</sup> De ordinario la pretensión incoada tiene como apoyo esencial las declaraciones testimoniales. La prueba hematológica es ofrecida en los procesos aproximadamente a partir del año 1940 y, en general, ha resultado de la misma la existencia de compatibilidad sanguínea. Es frecuente la negativa del presunto padre a someterse al examen médico.

#### B) Decisión de los jueces.

##### Plano cuantitativo

Las fuentes indagadas permiten sostener que la mayor parte de las demandas de reclamación de filiación extramatrimonial, promovidas por la madre en representación del hijo son aceptadas por el tribunal. Ello surge del siguiente cuadro:

Cuadro N° 12. Resultado de los juicios de reclamación de filiación paterna, extramatrimonial.

	Prospera	Se rechaza	Total
Fallos publicados en los repertorios	81% (39)	19% (9)	100% (48)
Fallos de la Instancia Capital Federal	77% (17)	23% (5)	100% (22)

<sup>13</sup> Cam. Nac. Civ. Sala D 5-8-1955 J. A. 1955-IV, pág. 304).

El análisis de las razones por las cuales se ha desestimado la demanda, pone en evidencia que la recepción de tales reclamos es aún más positiva que la revelada por el guarismo numérico (así por ejemplo, en un caso se rechazó la pretensión porque la mujer era casada y no había promovido el juicio de divorcio por lo cual funcionaba la presunción de la paternidad del marido; es decir, que la denegación del tribunal se debió a motivos que no hacían a la prueba del vínculo filial).<sup>14</sup>

##### Plano cualitativo.

En el plano cualitativo el análisis de las sentencias revela, en el examen de la prueba rendida, un espíritu amplio de los jueces por la particular naturaleza de las relaciones, origen de la paternidad reclamada. De esta manera, se afirma que tales relaciones implican actos que se llevan a cabo en la intimidad, por lo que no es posible una acreditación directa, sino solo conjetural; bastan, pues, verosimilitudes que hagan presumir la cohabitación de los padres durante la época de la concepción. Se admite que el accionante sólo demuestre circunstancias susceptibles de lograr el convencimiento de la filiación invocada, siendo posible para ello toda clase de evidencias, incluso las presuncionales, muy frecuentes en estos pleitos. Se reconoce como valor incuestionable la confesión ficta del demandado, valorada con las demás probanzas arrimadas a la causa. La prueba testimonial es suficiente, siempre que fuere satisfactoria y el parentesco de los declarantes no enerva el mérito de sus declaraciones. En cuanto a la prueba hematológica, si bien se sostiene que en estado actual de la ciencia la misma sólo sirve para el rechazo por la incompatibilidad de los grupos sanguíneos, se ha justipreciado la concordancia de las diversas características hematológicas y las semejanzas biotipológicas.<sup>15</sup> Finalmente, también se ha evaluado la actitud de las partes en el proceso como, por ejemplo, la negativa del demandado a someterse a la pericia biológica o el rechazo de hechos alegados por el actor que luego se han demostrado. Aceptase como prueba positiva de las relaciones íntimas, la existencia del concubinato, sosteniéndose que en este caso juega la presunción de paternidad en forma similar a la vigente en el supuesto de matrimonio. Es decir, que el concubinato hace suponer que los hijos de la concubina lo son también del concubino. Por otra parte, se ha decidido que la madre extramatrimonial tiene a su favor la presunción de honestidad, teniendo a su cargo la prueba quien pretenda desvirtuarla. La excepción "plurium

<sup>14</sup> En algunos fallos se exterioriza la duda del Tribunal, quien ante la incertidumbre prefirió rechazar la acción (Cam. 2ª Apel., La Plata 15-2-1949. L. L. t. 54, pág. 345). En otro proceso la demanda no prosperó pese a tenerse por acreditado el noviazgo entre las partes, circunstancia que produjo un voto en minoría donde se adujo que probado el noviazgo y no habiéndose acreditado otra relación, aquel hecho era suficiente para tener por acreditada la paternidad. (C. Sup. Tuc., nov. 6-046-LL, t. 48-176).

<sup>15</sup> Véase nuestro trabajo: "Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad". El Derecho 31-10-1979, 1-11-1979, Buenos Aires.

concubentium", sólo puede admitirse mediante una prueba convincente, debiendo ubicarse la relación con otros hombres a la época de la concepción.

*En síntesis:* el éxito de las acciones promovidas, en un alto porcentaje de procesos, hace presumir que de ordinario la demanda presentada se funda en un acontecer real y los conceptos vertidos por los jueces en sus sentencias, reseñados precedentemente, demuestra que se han considerado los obstáculos que encierra la acreditación de la relación sexual. Empero debe aclararse que, en la mayor parte de los juicios, se trataba de uniones extramatrimoniales con cierta duración y estabilidad. El modo en que la justicia actúa respecto de vínculos menos definidos, no ha podido ser fehacientemente apreciada por el escaso número de tales situaciones, razón por la cual no es posible extraer las debidas conclusiones.

#### VIII. *Consecuencias de la falta de reclamo judicial ante la ausencia de reconocimiento paterno.*

La inacción de la madre para promover demanda tendiente a establecer la filiación paterna, acarrea serias consecuencias en el contexto social.

1. El amplio porcentaje de madres solteras, como hemos visto, (cuadros Nos. 1, 2 y 4) se halla ubicado dentro del sector socio-económico de menores recursos, con escasa capacitación, falta de vivienda y baja remuneración (cuadros Nos. 8 y 9), todo lo cual coloca a la mujer en una situación de serio desamparo, con dificultades para afrontar la crianza adecuada del recién nacido. La ausencia del reconocimiento paterno agrava, desde el punto de vista asistencial, el estado del niño.<sup>16</sup>

El lugar de alojamiento de la madre al momento de su egreso del hospital, es un indicador de las posibilidades que tiene la madre soltera para sostener y formar adecuadamente al menor. En este aspecto, hemos visto, en relación a la muestra de la Maternidad Pardo, que sólo un 18% contaba con el apoyo de alguno de los progenitores. Si bien un 21% más, recibía auxilio de otros familiares (cuadro N° 10), se trata en gran parte de los casos, de una asistencia transitoria asumida por parientes colaterales quienes no se encuentran en condiciones de prestarle ayuda duradera. Dentro del 61% restante, únicamente en pocos supuestos surgía de las historias compulsadas una situación de seguridad para el vástago. La madre soltera menor, alojada en instituciones del Estado (Nuestra Sra. del Valle) debe egresar del establecimiento una vez que procura un trabajo que la misma Institución le facilita (generalmente como domésticas en casas de familia); las características del trabajo obtenido no ofrece garantías de estabilidad y depende de la adaptación de la joven y el niño a la modalidad de la familia empleadora. En igual situación de riesgo se hallaban aque-

<sup>16</sup> Las familias subsidiadas por el Servicio Nacional del Menor y la familia durante el 1er. semestre de 1980, correspondía en su mayor parte a las encabezadas sólo por la madre (75,7%) (Estudio sobre demanda de prestaciones. Serv. Nac. del Menor y la Familia. Buenos Aires, 1978.

llas madres que al momento de nacer la criatura, aún permanecían alojadas en la casa de familia donde trabajaban antes del parto. Las madres que viven solas deben emplearse, registrándose en las fichas que los nacidos quedan a cargo de sus hermanitos más crecidos o al cuidado de vecinos;<sup>17</sup> la infraestructura estatal para la atención del bebé mientras la madre trabaja, no tiene aún un desarrollo adecuado. A las situaciones descritas, cabe agregar aquellas en las cuales la mujer se encuentra absolutamente desvalida, sin alojamiento ni medios de subsistencia, a tal punto, como se ha verificado en las entrevistas con las asistentes sociales, que en muchas ocasiones éstas solicitan al médico no dé el alta a la internada, hasta que se procure albergue para la madre y el niño.

2. El niño de padre desconocido, por otra parte, vive socialmente una situación anómala. En estudios realizados se ha investigado el significado que puede tener para la vida de una persona el conocimiento de su origen. O sea, en qué medida no saber quién es el padre afecta el desarrollo del niño, su entendimiento y posición en la sociedad. Investigaciones empíricas han demostrado que en los niños la pregunta acerca del padre, se plantea entre los 3 y 12 años, particularmente cuando el niño tiene de 7 a 8 años de edad, llegando a configurar para los menores un verdadero estigma social la falta de una respuesta;<sup>18</sup> puede acarrear, asimismo, deficiencias en la construcción del sentimiento de identidad del hijo, causa de problemas de conducta o patologías graves.<sup>19</sup>

La repercusión que en el bienestar y adecuada formación del hijo provoca la ausencia de responsabilidad paterna, ha obligado a la adopción o bosquejo de diversas medidas para mitigar el fenómeno. Veamos, pues, ahora, cuáles son los proyectos y regulaciones que se han orientado en la búsqueda de soluciones.

#### IX. *Tratamiento del tema en los organismos internacionales y derecho comparado. Proyectos argentinos.*

A) Es principio indiscutido, recogido en casi todas las legislaciones, que el Estado tiene como deber primordial la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia y que todos los niños dentro o fuera de matrimonio poseen derecho a igual protección social. Diversos documen-

<sup>17</sup> De las historias de las internadas en la Maternidad Pardo, surgía que aproximadamente el 20% ya tenía otros niños.

<sup>18</sup> Kleinike Wilhelm. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Göttingen, 1976, págs. 167-170.

<sup>19</sup> En el Estudio ya citado sobre demanda de prestaciones realizado por el Servicio Nacional del menor y la familia, se ha demostrado que un amplio porcentaje de demandas se refiere a menores hijos de madre soltera (48,1%). Se estableció, además, en relación a menores con problemas, que el rol parental se halla representado por la madre sola en el 66,1% de los casos.



tos, comenzando por la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano insisten en tales postulados e intentan darles forma efectiva. Particularizando la situación del hijo de madre soltera, la resolución del Consejo de Europa de 1970 recomienda, entre otras medidas, mejorar las condiciones de vida de la madre soltera, poner a disposición de ésta un servicio apto para asistirle en la investigación de paternidad y cubrir las aportaciones pecuniarias de las cuales deberá hacerse cargo el padre; por ejemplo, introduciendo un sistema de adelantos financieros que los poderes públicos ofrecerán en lo que concierne al pago de la pensión alimentaria. Igualmente la XII Conferencia del Consejo de Europa que tuvo lugar en Estocolmo en 1971, fue consagrada al examen de los problemas económicos, sociales y pedagógicos que afrontan los padres solos con hijos a su cargo. Se reconoció que el problema económico resultaba el más agudo, porque generalmente se trata de mujeres con escasos ingresos y ello traía serias repercusiones en el alojamiento y educación de los niños. En este contexto, se subrayó, la familia con un padre constituye una unidad que debe, mas que la familia de dos padres, contar con el buen funcionamiento de una serie de servicios que la sociedad tiene la obligación de organizar.

En un estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio, cuya realización surgió de la XIV sesión de la subcomisión de prevención y protección de las minorías de las Naciones Unidas (1962), elaborado por Voitto Saario, se afirma que los obstáculos que se suscitan en la determinación de la filiación de los hijos extramatrimoniales, constituye la forma más grave de discriminación, pues con ello se les priva de condición legal. Propone, entonces, en cuanto al derecho para entablar la acción de filiación paterna, le sea conferida a todos los que tengan interés en ello, incluidas las autoridades tutelares competentes, las cuales, —dice el informe— podrían desempeñar un papel aún más activo, efectuando las investigaciones y alentando el reconocimiento voluntario de la paternidad, siempre que se hubiera identificado al padre de una persona nacida fuera de matrimonio.<sup>20</sup>

El problema también fue examinado en Congresos Americanos. De esta manera, en el XI Congreso Panamericano, 1959, al discutirse el tema del "menor abandonado" en América Latina, se afirmó categóricamente la idea de responsabilidad familiar, la cual se exteriorizó en la resolución dedicada a la "averiguación del causante del abandono". Se sostuvo, entonces, el derecho de los organismos de protección de menores para iniciar la acción de investigación de la paternidad en forma de juicio breve y sumario al solo efecto alimentario, sin perjuicio de que pueda seguirse también con fines más amplios la vía ordinaria. Igual criterio adoptó la Conferencia Latinoamericana sobre la infancia y la juventud en el desarrollo nacional que tuvo lugar en Chile en el año 1965.

<sup>20</sup> Cit. por Calcerrada Martínez Luis, La discriminación de la filiación extramatrimonial. Edit. Montecorvo S. A., Madrid, 1977.

B) Diversas legislaciones siguieron este ~~parce~~ <sup>capo</sup> ~~capo~~ mencionar el Código del Niño Uruguayo, donde después de afirmar que todo menor tiene derecho a saber quiénes son sus padres, dispone que el Consejo del Niño iniciará de oficio la investigación de la paternidad cuando tenga conocimiento de que un niño ha sido inscrito como hijo de padre desconocido bien cuando ingrese a sus establecimientos un menor sin filiación paterna (art. 177). Similar derecho otorga la Ley colombiana N° 75 de 1968, al Defensor de Menores ante la información de la existencia de un niño de padre y/o madre desconocidos. En tal caso, debe promover la investigación correspondiente con el objeto de arribar pruebas conducentes a la demanda de filiación (art. 12). Idéntica tendencia se observa en el proyecto venezolano, donde se establece que la reclamación de filiación se efectúa por demanda formal-verbal o escrita, sin que se requiera la asistencia de abogado. Esta asistencia debe ser asegurada por el Juez en el transcurso del juicio, mientras la parte demandante no designe otro profesional. La actuación del abogado no causa honorarios. Se dispone, además, que la acción puede ser ejercida por un organismo del Estado, fundamentándose tal criterio "en la ignorancia o falta de recursos de la inmensa mayoría de madres solteras en Venezuela". La Ley de Protección de la infancia vigente en Ontario, Canadá de 1955, permite que el director de Asistencia de la infancia promueva la acción de filiación (art. 47).

En Europa, la legislación danesa (ley N° 200 del 17-5-1960) dispone que la madre dentro del mes a partir del nacimiento de hijo extramatrimonial, debe informar quién es el padre del niño y solicitar que se inicie un juicio de investigación de la paternidad contra la persona que ella indica como padre (art. 8). Independientemente, el médico o la partera que hubieran intervenido en el nacimiento, deben comunicar a los organismos competentes, quién es o puede ser el padre del niño. La madre queda dispensada de proporcionar tal información, si para los intereses del menor no es conveniente que conozca su paternidad. La omisión de la mujer en indicar el nombre del padre es penada con multa, pero se le concede autorización para ocultar el nombre del padre, si, por ejemplo, el niño ha sido fruto de una violación, la madre y el padre son parientes o si el niño es entregado en adopción y el conocimiento del padre resulta peligroso para la evolución del menor en la nueva familia (reglamentación ministerial N° 194 de 1963). Esta regulación, se argumenta, no tiene como objeto sólo crear una determinada situación jurídica, sino una mentalidad pública e individual.<sup>21</sup>

En Noruega, la madre soltera, tres meses antes del probable alumbramiento, debe en forma escrita comunicar a su médico o partera el nombre del presunto padre, dato éste que los profesionales tienen la obligación de transmitir al Registro Civil. Si ningún profesional ha asistido a la mujer en el parto, la madre hasta 4 semanas después del mismo, tiene el deber de comunicar el nombre del presunto padre al Oficial a cargo de

<sup>21</sup> Kleinike W., ob. cit., pág. 190 y sigtes.

los nacimientos e igual obligación afecta a las personas que han tenido bajo su guarda a la mujer embarazada. El silencio de la madre da lugar, igualmente a la aplicación de una multa, a la cual también pueden ser condenados el médico o la partera, sino cumplen con sus deberes (ley noruega 21-12-56).

C) En nuestro país el primer antecedente, en relación a la investigación de la filiación paterna extramatrimonial, ha sido un proyecto presentado por el diputado Herminio J. Quirós en el año 1922, donde se establece que "si no existiera matrimonio, el Oficial del Registro Civil efectuará de inmediato la investigación del caso para conocer el nombre del padre; como instructor recabará todas las probanzas conducentes, inclusive las declaraciones de la madre y remitirá lo actuado al Juez en lo Civil, quien dará intervención al Ministerio de Menores, el que deberá requerir del padre el reconocimiento del hijo y en su defecto promoverá la acción judicial correspondiente (art. 4). El autor funda su iniciativa en los siguientes términos: "... hasta ahora la comprobación de la filiación está a cargo de la voluntad de las partes, de los particulares directamente interesados, olvidándose que en el asunto, tanto interés como el particular, tiene la sociedad. El Estado debe preocuparse para que desde el momento en que nace un ser, se determine su filiación o se acumulen elementos suficientes para comprobarla, cuando los padres no cumplen con ese deber primario". El procedimiento establecido, —continúa diciendo— "tiene la indiscutible ventaja que tratándose de investigación inmediata al hecho, existen las medidas de prueba necesarias y fácil de conseguirse entonces, como muy difíciles de acumular, en la generalidad de los casos, después de transcurridos muchos años. El Estado debe investigar la filiación para cumplir con el deber de ayudar a proteger a los menores que resultan sin padres. Los padres son los que deben el cuidado y sostenimiento a sus hijos..."

El proyecto de ley de filiación, elaborado por un Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en el año 1974, establece también la investigación de la paternidad de oficio. Dispone que, a fin de proteger los intereses del hijo, se considerará obligatoria la declaración del nombre del padre por parte de la madre si ésta realizara el reconocimiento. Si el reconocimiento lo hiciera el padre, deberá cumplir con dicha obligación respecto del nombre de la madre (art. 329). La atribución de paternidad o maternidad, deberá ser notificada al no declarante por el Oficial Público, dentro de los 120 días a partir del reconocimiento. El no declarante gozará de 60 días para impugnar la paternidad o maternidad, atribuida contados desde la notificación (art. 331). Vencido el plazo del artículo anterior y no impugnada por el no declarante, la paternidad o maternidad atribuida, deberá iniciarse de oficio la acción de filiación, por intermedio del Ministerio de Menores, el que tendrá un plazo de 90 días para promoverla (art. 332). En caso de no efectuarse la declaración, respecto de quién es el padre o madre de la criatura por la persona reconociente, la investigación se hará de oficio, debiendo ser iniciada dentro de los 120 días desde la inscripción del niño,

por denuncia del Oficial del Registro Civil ante el Ministerio de Menores, quien tendrá a su cargo la investigación y posterior acción de filiación si se hubiera individualizado al declarante (art. 333).

#### X. Necesidad de una reforma. Su fundamentación.

1. Se ha distinguido, por una parte, el concepto de voluntad procreacional que significa el propósito de engendrar y, por la otra, la voluntad de unión sexual, en la cual no hay intención de procrear, sino que se tiende a la unión sexual por ella misma, sin propósito ulterior. En ambos casos, por el hecho de la relación sexual, con voluntad procreacional o sin ella, debe surgir la responsabilidad por el hecho biológico.<sup>22</sup> Hacer efectiva esta responsabilidad no puede quedar al arbitrio de la madre, quien como hemos visto, no promueve la acción destinada a establecer la filiación paterna. De esta manera, se consagra en los hechos una clara desigualdad de responsabilidad entre el hombre y la mujer frente a los hijos que procrean, pese a que formalmente ambos tienen iguales obligaciones.

2. Si es admisible el principio de la libertad individual en la creación de la relación de pareja, en cambio, tan pronto nace un niño, la situación varía, ya que la problemática asume, entonces, carácter social. Bien es cierto que el individuo puede, por su voluntad, decidir si quiere o no unirse a determinada persona como también resolver la forma en que desea estructurar dicha relación, pero la voluntad de unión sexual que ha dado como resultado el nacimiento de un niño, debe someterse al interés de la sociedad que es hacer concordar el hecho biológico con el vínculo jurídico. Así como hay normas que restringen la libertad para contraer matrimonio estableciendo determinados impedimentos para el acto, de igual modo, consideramos legítima la acción de los organismos competentes cuando se trata de identificar al padre de la criatura con el objeto de hacerle asumir la responsabilidad procreacional de la cual hemos hablado. Las regulaciones y proyectos reseñados, demuestran que ya ha comenzado a verse que resolver el problema, acordando exclusivamente a los particulares el derecho de actuar para obtener una declaración de filiación del hijo, cuando éste es menor de edad, conlleva el peligro de que la pasividad e inacción repercutan en definitiva en el desarrollo del menor. Cuando la ley concede a la madre, como representante legal del hijo, legitimación para reclamar la filiación paterna del nacido, no le otorga la mentada facultad en su beneficio propio. Se aspira a que tal derecho sea efectivamente ejercido para favorecer la situación del menor, a fin de que los derechos que el ordenamiento concede a los hijos en cuanto a asisten-

<sup>22</sup> Díaz de Guijarro. La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación. Rev. Jurisprudencia Argentina, 1965, III doc. pág. 21, Buenos Aires, Argentina.

cia, educación, alimentos, previsión social y derechos sucesorios, tengan efectividad concreta.

3. Dentro de los derechos básicos del niño, relativos a su personalidad, se halla el de conocer su origen y, por tanto, el consiguiente derecho a la investigación de su filiación. Ello implica el reconocimiento de su status de hijo, la posibilidad de ostentar dicha condición frente a los progenitores y de portar el nombre y apellido de los mismos. Se ha destacado que el derecho al nombre es de especial importancia, ya que a través de la designación de las personas puede denotarse más fácilmente la cualidad de hijo ilegítimo, constituyendo de este modo el primer eslabón para que se produzca la discriminación social.<sup>23</sup> En la doctrina alemana se puntualiza que no debe existir un derecho a callar de la madre, de modo tal, que arbitrariamente elimine con ello la relación paterna. Es decir, que a base de un equivocado derecho de posesión sobre el hijo, pretenda tener apartado al padre. Puede ser razonable el silencio —se agrega— cuando existe razones justificadas para ello, o sea, cuando saber quién es el padre lesiona el bienestar del hijo.<sup>24</sup> Si el Estado debe garantizar los derechos reconocidos al ser humano como persona, el interés del hijo como sujeto de derechos es el fundamento básico que inspira el otorgamiento de la iniciativa de los organismos de protección del menor para impulsar la investigación de la paternidad.

4. La política familiar propende, actualmente, acordar las máximas posibilidades para el desarrollo óptimo de las potencialidades del niño. Su capacidad y evolución dependen no sólo del patrimonio genético, sino de diversos factores intervinientes durante la infancia, uno de los cuales, indudablemente, es el no reconocimiento paterno que coloca al menor en una situación de gran desprotección. En muchos casos, la manutención del hijo podrá ser asegurada por la madre u otros parientes, pero ya hemos visto que la inmensa mayoría de madres solteras pertenece al sector de escasos recursos, por lo que si no se toman las medidas tendientes a que el padre asuma su responsabilidad, se acrecienta el fenómeno de la infancia abandonada. Incluso, también, tiene el hijo el derecho a mejorar su condición económica actual, de acuerdo a los ingresos del padre o a reclamar alimentos si cesa por diversas circunstancias la ayuda o resguardo que hasta dicho momento tenía, como por ejemplo, la muerte o enfermedad de la madre.<sup>25</sup> Aún en los casos en que el padre pasa voluntariamente alimentos al hijo sin haberlo reconocido, como muchas veces acontece con el hombre casado, la muerte del progenitor puede traer dificultades al hijo, si los parientes de aquél no lo reconocen.

<sup>23</sup> Luis de la Rúa Moreno y otros. La investigación de la paternidad en el derecho español. Anuario de la Escuela Judicial, 1970, pág. 122.

<sup>24</sup> Kleinike W., ob. cit., pág. 172.

<sup>25</sup> Kleinike W., ob. cit., pág. 173.

5. Por otra parte, el Estado debe intentar por todos los medios que el niño viva en un ambiente natural familiar y a ello ha de contribuir la preocupación por el reconocimiento paterno, pues de esta manera se ayuda a la madre a cargo del niño y se evita su entrega o abandono ante la imposibilidad de mantener al vástago. Sólo en el caso de que no sea factible que el niño permanezca en su medio familiar normal, debe acudir a formas substitutas. (El 44% de las renunciaciones para adopción correspondían a madres solteras, período enero-mayo 1979. Serv. Menor y Fam.).

6. Es posible que algunos consideren que la investigación de la paternidad extramatrimonial, por iniciativa de los organismos estatales significa una imposición forzada que muy pocos beneficios puede traer, pudiendo a lo sumo obligar al padre a que asista materialmente al menor. Sin embargo, consideramos que la contribución al sustento del hijo no es un logro intrascendente, máxime cuando se trata de casos en que la madre no cuenta con medios, sin que pueda descartarse, además, que el vínculo establecido logre despertar en el hombre la necesidad de un contacto más estrecho. De otro lado, la presencia de una regulación que permita al Estado actuar de oficio, se convierte en un freno efectivo para la procreación irreflexiva. El conjunto de normas que tienda a una paternidad responsable, ayuda a la incorporación de valores que modifica el sistema vital de actitudes, es decir, la legislación constituye un vehículo ideológico que puede propagar dentro del campo social nuevos modelos de comportamiento. La norma, por el solo hecho de su enunciación —se ha dicho— juega un rol en el universo de representaciones de una sociedad.<sup>26</sup>

#### XI. Diversas formas de acción.

La operatividad del ordenamiento actual en punto a emplazamiento del hijo extramatrimonial, sumado a los antecedentes nacionales y extranjeros en la materia, nos lleva a la formulación de las siguientes sugerencias y propuestas destinadas a propiciar una mejor comprensión y solución del fenómeno estudiado.

##### *En el orden social.*

1) Fortalecer a través de los Organismos de protección de menores, el ejercicio responsable de la paternidad difundiendo por los canales masivos de comunicación, los derechos y acciones posibles para lograr el emplazamiento filial del hijo.

2) Capacitar al personal técnico de los distintos sectores y organismos en contacto con la madre soltera, para proporcionar a esta última un adecuado asesoramiento.

<sup>26</sup> Guibentit Pierre. Les effets du droit como objet de la sociologie juridique. Travaux CETEL N° 8, Université de Geneve, 1979.

3) Brindar servicios adecuados de protección y orientación a la madre soltera que abarque el ámbito laboral, habitacional y cuidado del menor.

4) Promover como imprescindible la creación de servicios de asistencia jurídica gratuita a la madre soltera, incluyendo el asesoramiento por personal especializado en las distintas áreas (psicólogos, médicos, asistentes sociales, sociólogos, licenciados en ciencias de la educación, etc.), es decir, un abordaje interdisciplinario del problema.

#### *En el orden legal*

A) Teniendo en cuenta que el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera de matrimonio, sólo puede ser garantizada si se aseguran condiciones eficientes para lograr la declaración de filiación paterna de los hijos extramatrimoniales, proponemos se incorpore al ordenamiento positivo la facultad del Estado de promover a través de los organismos competentes, la acción de investigación de la paternidad, ya sea con efectos amplios declarativos del vínculo filial, o con efectos más restringidos al solo objeto de obtener una prestación alimentaria, en todos los casos en que un menor aparezca inscrito como de padre desconocido. La madre podrá oponerse a la mentada investigación si ésta puede resultar perjudicial al interés del menor.

B) El ordenamiento debe recoger la presunción de que es padre del nacido, el hombre que ha convivido con la madre durante la época de la concepción, con lo cual se invierte el cargo de la prueba, ya que acreditada la vida en común, es el demandado quien deberá demostrar la imposibilidad de ser el progenitor del nacido.

C) En cuanto a los medios probatorios de la paternidad, es menester intensificar el uso de las pruebas biológicas las que podrán ser decretadas de oficio, recetándose los últimos adelantos en la materia.

D) Es necesario establecer que el ejercicio de la patria potestad estará en cabeza del progenitor que tenga a su cargo la tenencia del hijo. Esta norma contribuirá a la desaparición de los temores que se han observado en la madre soltera y personas que le aconsejan, recelo éste que no tendrá asidero si la progenitora que tiene bajo su custodia al menor, ejercita la patria potestad, no obstante el reconocimiento del padre extramatrimonial.

E) Para la determinación de la filiación materna, se exige en nuestro país el reconocimiento por parte de la madre. Este es el criterio adoptado hasta el presente en la mayor parte de los lugares del mundo. En este aspecto se observa actualmente un cambio de orientación. Se estima que la relación materno-filial debe existir como consecuencia del nacimiento. Sugerimos, por tanto, la reforma de la ley disponiendo que el hecho del nacimiento determina por sí mismo, la filiación materna respecto de la mujer que haya tenido el hijo y que ello se prueba sólo con

la copia del acta de nacimiento, sin que se requiera reconocimiento expreso.<sup>27</sup>

No cabe duda de que es menester diferenciar la situación existente en países de alto nivel de desarrollo económico y social, donde el Estado puede asumir ampliamente la protección de la madre y de los hijos, cuya filiación paterna se desconoce, de aquellos otros donde el amparo es insuficiente; aquí, la sociedad se ve forzada en mayor medida a asegurar la responsabilidad paterna nacida de la procreación.

Las iniciativas propuestas, por cierto, sólo constituyen parte de los mecanismos que pueden utilizarse para estimular una paternidad responsable. No desconocemos que es menester crear condiciones sociales adecuadas para posibilitar la asunción de tal responsabilidad. El hombre no asume la paternidad, muchas veces porque se halla incapacitado o imposibilitado para afrontarla. Es decir, los factores situacionales (problemas de tipo económico, habitacional, promiscuidad, etc.) es factible que conduzcan a una conducta irresponsable, por lo que los remedios a la problemática abarcan diversas instancias que escapan a los fines de este trabajo. Indudablemente, la actitud de la madre y del autor de la procreación frente a la gestación configura un cierto modelo ideológico, fruto de determinadas condiciones de vida, posibilidades e historia de los grupos involucrados. Pese a las limitaciones apuntadas, la ley y las demás medidas que en el orden social la complementan, constituyen un serio paso para mitigar el desamparo de la madre y del hijo que no ha sido reconocido por el padre y representan, al mismo tiempo, una herramienta que coopera en la formación del valor "responsabilidad parental". Al establecer la investigación de la paternidad de oficio, es dable esperar, en primer término, que será mayor el número de niños respecto de los cuales se podrá determinar la filiación paterna y, en segundo lugar, que, en función de la posible correlación entre el ejercicio de la acción destinada a forzar la conducta prescrita y el reconocimiento voluntario, cabe suponer que será más frecuente este comportamiento.

27 Siguen este criterio, entre otros, la ley colombiana de 1968, ley mexicana, Código Civil Suizo 1976, art. 252; proyecto belga 1978, proyecto venezolano 1975.

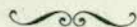
## CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN EL SECTOR PUBLICO: un punto de vista\*

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

---

\* Versión de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados el 2 de septiembre de 1981, en ocasión del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, celebrado del 31 de agosto al 4 de septiembre de 1981, auspiciado por el citado Colegio, el Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino y la Asociación Costarricense de Derecho Público, dentro de las actividades conmemorativas de los 100 años de fundado el indicado Colegio.

SUMARIO: I. Introducción; II. Estado monárquico y estado democrático; III. Derecho laboral y relaciones económicas en mercado capitalista; IV. Administración Pública y relación laboral; V. Etapas del desarrollo del derecho administrativo laboral; VI. Proyecto de Código de Trabajo (1943); VII. Dictamen de la comisión especial del Congreso sobre el proyecto del Código de Trabajo; VIII. Código de Trabajo (1943); IX. Constitución Política (1949); X. Artículos 62; y, 191 a 193 de la Carta Magna; XI. Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); XII. Convención 98 de la OIT; XIII. Estatuto del Servicio Civil (1951); XIV. Convenio 151 de la OIT; XV. Congreso iberoamericano de derecho laboral y seguridad social (Caracas, 1977); XVI. Congreso de Stuttgart (1961); XVII. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas; XVIII. Carta internacional americana de garantías sociales (1948); XIX. Código municipal (1971); XX. La Ley de administración pública (LAP); XXI. Resumen; XXII. Proyecto de Código de Trabajo (1981); XXIII. Bibliografía de referencia.



"Si el trabajo —en el múltiple sentido de la palabra— es una obligación, es decir un deber, es también a la vez una fuente de derechos por parte del trabajador. Estos derechos deben ser examinados en el amplio contexto del conjunto de los derechos del hombre que le son connaturales".

Juan Pablo II

(Encíclica sobre el trabajo humano, *Laborem Exercens*, edición del Depto. Ecueménico de Investigaciones. San José, 1981, p. 35).

## I

### *Introducción*

Este tema de las convenciones colectivas en el sector público, toca aspectos relevantes de carácter político, económico, social y jurídico. Se trata de una problemática polémica y con posiciones antagónicas claramente delimitadas. No estamos frente a un punto de lucimiento teórico, sino —por el contrario— ante un hecho social de hondas repercusiones para la estabilidad de la sociedad.

Por ello, este es un punto de vista entre otros. Empero, obviamente, es nuestra perspectiva de análisis.

Tampoco pretendemos agotar la temática que implica la convención colectiva en la administración pública. Haremos un repaso de algunos aspectos debatidos y trataremos de fundamentar nuestro ángulo de observación.

## II

### *Estado monárquico y estado democrático*

En el viejo régimen absolutista y monárquico se establecía la división social entre súbditos y aristocracia, en cuya cúspide estaba el Rey como autoridad política centralista de origen divino, con el aval del derecho natural.

Con la Revolución Francesa de <sup>1789</sup>1789 y la de Orange (en Inglaterra, en 1688), se da un cambio radical en la configuración de la sociedad, abriéndose la era de la burguesía como nueva clase en ascenso, hegemónica y dirigente. Tocaba a su fin el régimen monárquico, heredero de las formas políticas de la baja Edad Media. Para esos años, la clase burguesa es la clase revolucionaria que transforma la sociedad e inicia un modelo político, social y económico diverso, fundamentado en la propiedad privada de los medios de producción y en las libertades públicas correlativas (empresa, comercio, trabajo, opinión, etc.).

El padre fundador de la ciencia social moderna, Max Weber (1864-1920)<sup>1</sup> denominará este sistema político como "racional, burgués, capitalista".

<sup>1</sup> Romero Pérez, Jorge Enrique. *La sociología jurídica en Max Weber*. (San José: Universidad de Costa Rica, 2ª ed. 1980, cap. IV).

El instrumento jurídico que estructura la sociedad, según el modelo burgués, será el derecho administrativo que establecerá las relaciones entre la sociedad política (el Estado) y la sociedad civil (el conjunto de administrados).<sup>2</sup>

En el nuevo sistema político, se establece la democracia formal en base a relaciones jurídicas formales (sujetos de derecho, ante la soberanía de la ley, formalmente iguales y libres;<sup>3</sup> y, detentadores de la soberanía popular) que tienen como plataforma ideológica de legitimación la libertad (formal), fraternidad (entre los iguales), propiedad (entre los dueños de los medios de producción y de distribución) y el derecho a la insurrección; y la rebelión, que luego de 1800 fue eliminado por la nueva clase dirigente (etimológica e históricamente burguesa), ya que perjudicaba a sus intereses ese principio de la sublevación contra la clase gobernante.

### III

#### *Derecho laboral y relaciones económicas en el mercado capitalista*

No sólo se establece el sistema político democrático formal y liberal, sino que se construye lo esencial: el mercado capitalista, en el cual las mercancías fluctúan de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda, siendo el dinero la mercancía por excelencia.

La fuerza de trabajo es una mercancía más que se vende en el mercado, al precio que establece el punto donde se corta la curva de oferta y demanda de ese bien. Las relaciones personales se hacen objetivas, despersonalizándose la sociedad. A nivel jurídico se establece que la soberanía es la Ley y a nivel económico la soberanía es el mercado.

El derecho será el instrumento regulador de la actividad del mercado. De este modo el derecho mercantil (regulador de sujetos, mercancías y valores intercambiables) será el instrumento legal prioritario del mercado capitalista. Por su parte, el derecho laboral, se encargará de dar las reglas del juego entre el comprador de mano de obra (fuerza social de trabajo) y el vendedor de esa mercancía (trabajador, empleado, obrero, asalariado). De ese modo, el derecho de trabajo, contiene las normas jurídicas de dos sujetos (comprador y vendedor) de esa mercancía denominada fuerza de trabajo; siendo su precio, el salario. El mercado capitalista establece relaciones formalmente libres e iguales entre sujetos de derecho, también en pie de igualdad y ejercitantes de una voluntad expresada libremente.

Ese formalismo jurídico y social, permitirá a la clase dirigente impersonalizar su dominación y objetivar en el mercado de bienes y servicios su

<sup>2</sup> Cf. Las obras de Antonio Gramsci. (México: Juan Pablo, editor, 5 tomos, 1972).

<sup>3</sup> Cf. Vilar, Pierre. *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*. (Barcelona: Grijalbo, 1980, pp. 201 a 263). Max Weber. *Economía y sociedad*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1974, t. II, in toto).

estructura de poder. El cambio del titular de la soberanía (del Rey a la Ley), le permite, además, ratificar ese criterio anónimo de ejercicio del poder, ya que quien gobierna es la Ley para sujetos jurídicos —formalmente— libres e iguales que actúan y viven en ese macrocosmos que es el mercado, verdadero demiurgo de la sociedad.

### IV

#### *Administración pública y relación laboral*

Debemos apuntar que en este análisis no interesa destacar el rol del Estado en cuanto Poder Público, en cuanto voluntad de imperium (*potestas publica*). Nos interesa el guión o papel del Estado en cuanto patrono, en cuanto empleador o comprador de fuerza de trabajo en el mercado capitalista.<sup>4</sup>

La Administración pública es ese espacio institucional en el cual se dan las relaciones laborales entre el Estado-patrono y sus trabajadores o asalariados (burócratas públicos).

El mercado laboral en donde se compra y se vende fuerza de trabajo para el Estado-patrono, se llama "Administración pública". Además de ser un conjunto de organogramas, fluxogramas, órganos públicos, entes jurídicos mayores y menores, personas legales de derecho público; también actúa como el campo o espacio llamado "mercado (donde cotizan y adquieren mercancías, bienes servicios) de fuerza de trabajo, máquinas de escribir, puentes, edificios, instrumental para hospitales —contratos administrativos—, etc.

Esa situación de mercado de la mercancía laboral, da lugar al establecimiento de relaciones de trabajo y de su correlativa regulación: derecho laboral ubicado en la administración pública: derecho laboral administrativo o administrativo laboral.<sup>5</sup>

Pero, así como al fundarse el capitalismo sobre la propiedad privada de medios de producción y de distribución; y, el establecimiento de la fábrica, se institucionaliza el hecho social de los trabajadores en centros de producción, dándose así las condiciones objetivas necesarias (pero, no suficientes) para la organización de los obreros (lo que dará lugar a los sindicatos del sector privado, cooperativas y mutuales obreras, etc.); asimismo —*mutatis mutandis*— al comprar fuerza de trabajo y ser loca-

<sup>4</sup> Cf. Cerroni, Humberto. *Metodología y ciencia social*. (Barcelona: Ed. Martínez Roca, pp. 86 a 141).

<sup>5</sup> Younes Moreno, Diego. *Derecho administrativo laboral*. (Bogotá: Ed. Temis, 2ª ed. 1981). Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1972). Parada Vázquez, José-Ramón. *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*. (Madrid: Tecnos, 1968).

lizada en los centros de trabajo burocrático, ello facilitará la formación de sindicatos y grupos de presión de los asalariados del Estado.

Se proclamará de ese modo la libertad sindical, el fuero de los dirigentes sindicales y la aplicación de las normas jurídicas laborales al sector público bajo la denominación indicada del derecho administrativo *laboral* (DAL).

## V

### Etapas de desarrollo del derecho administrativo laboral:

Estas etapas se indican a modo de mera señalización pedagógica y preliminar:

- a) Aplicación del código civil; y de trabajo (de carácter privado o derecho común) a las relaciones laborales del sector público (administración pública).
- \* b) Regulación de esas relaciones laborales mediante el estatuto, para dar lugar a una relación estatutaria, lo que en el lenguaje de su impugnación se llama la "dictadura estatutaria".<sup>6</sup>
- c) La conformación del derecho administrativo laboral, entendido como fruto de una negociación entre las partes (Estado-patrono y sus trabajadores) y de mecanismos de participación como son la negociación y la convención colectiva.

*A esas etapas, respectivamente, le corresponden estos criterios de base:*

- a) Tesis privatista o de aplicación del derecho común.

Aquí se ejercita la concepción *contractual civil*, pues se parte del supuesto que el cotizador de fuerza de trabajo (trabajador) y el Estado-patrono (comprador de esa mercancía) están en pie de igualdad y en ejercicio de la libertad de contratación civil.

Esta tesis respondía al criterio del Estado liberal, despreocupado de la justicia social, de la cuestión social y de la problemática socio-laboral. Vigencia del código de trabajo, con una mentalidad de derecho común.

Esta etapa privatista tiene dos facetas históricas:

- i) Tesis contractual, en la cual se aplica el código civil para regular la relación laboral ("arrendamiento" de fuerza de trabajo, "servicios").
- ii) Tesis contractual, en la cual se aplica el código de trabajo.

<sup>6</sup> Sala Franco, Tomás. *La libertad sindical y los empleados públicos*. (Sevilla: Universidad de Sevilla, Instituto Oviedo, 1972, pp. 42 a 50).

4  
Frente a la aplicación literal de la legislación civil a los trabajadores del Estado (Estado liberal, 1821-1943); la vigencia del código de trabajo, incluso para los asalariados del sector público (a partir de 1943), da lugar al Estado social de derecho, queriendo decir con ello que el poder público interviene en la sociedad civil, configurando así un Estado que actúa en el "sector social" de la comunidad y con esta participación inaugura el Estado intervencionista y empresario de nuestra época.

- b) Fase estatutaria.

Se da un paso hacia la legalidad y cierta justicia e equidad entre el patrono-Estado y sus trabajadores, pues ya no se parte del derecho común o privado, en el cual ese Estado —empleador contra fuerza de trabajo en el mercado laboral —como si fuera un particular, "empresario privado"—, frente a oferentes que venden su "servicio"<sup>8</sup> o fuerza de trabajo—.

Con la relación estatutaria, se aplica el criterio de legalidad propio del derecho administrativo, elaborado por la Revolución francesa de 1789. Se habla de empleo público y de régimen estatutario. Dado que la Administración Pública es el mercado donde se vende y compra fuerza de trabajo (servicios); y, el Estado, el patrono, consumidor, comprador o empleador, estamos frente a una situación diversa a la privada común, pues, ese empleador tiene potestad de imperium, es un poder público, soberano, con potestades de autoridad pública.

En esta tesis estatutaria, se da paso hacia adelante en la equidad de la relación laboral, el asalariado es concebido como un agente público, como un servidor público, un medio (recurso humano) para conseguir la eficacia de la administración pública o, al menos, la realización de la actuación administrativa.

Esta concepción se equipara (*mutatis mutandis*) a la forma en que ve el patrono privado al trabajador de su empresa, un medio de producción, distribución, promoción o venta de bienes o servicios. Se trata de una visión empresarial, a cargo de un patrono que unilateralmente impone las condiciones y relaciones de trabajo a sus obreros o empleados. No hay reconocimiento de la fase laboral de la relación, en la cual los obreros tienen derechos reales y fácticos, sino que se le cristaliza como un medio de trabajo (tesis instrumentalista laboral). Esta visión parte del patrono hacia el obrero e implica una superioridad real del empleador sobre el

<sup>7</sup> Ortiz, Eduardo. *Estado social de Derecho: Costa Rica*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 29, 1976).

<sup>8</sup> Concepto económico (servicio) de mercado, en el cual se venden y compran bienes y servicios.



empleado. Por su parte, el empleado ve las cosas en forma diversa. Para él —además de ser un medio para producir bienes o servicios—, antes que nada es un ser humano y sujeto de derecho con derechos subjetivos.

La ley y los reglamentos conforman el *estatuto* y componen los derechos y deberes —fijados unilateralmente por el Estado-patrono— que disciplinan el régimen jurídico estatutario, propio de la tesis del *empleo público*.

El *estatuto* es el status jurídico objetivado de la relación laboral. Es un intento de someter a la legalidad la citada relación, a la vez que es un medio legal para mantener el principio de autoridad pública como instancia mediadora de obtener eficacia administrativa.<sup>9</sup>

Aparece de este modo la concepción estatutaria del empleo público dentro del marco del derecho administrativo.

c) Fase de las negociaciones y convenciones colectivas en el sector público.

Esta nueva etapa implica una democratización del Estado y el abandono de las concepciones autoritarias del poder público. Claro está que esta apertura democrática, por parte del Estado ha sido consecuencia de la fuerza de los sindicatos públicos y de las organizaciones internacionales, entre ellas, la Organización Internacional del Trabajo.

Un poco rompe la acusación que se le hacía al Estado, en el sentido de que éste pedía democratizar y dar participación en la empresa privada, pero negaba esa política laboral en su seno mismo, en la administración pública.

Nuestro país se encuentra en la lucha por esa democratización, en la cual ya ha avanzado bastante, pues hace —aproximadamente— 25 años que se vienen firmando convenciones colectivas en el sector público. Empero, el actual gobierno, por razones políticas y financieras,<sup>10</sup> se ha venido oponiendo a esas convenciones, máxime cuando califica de izquierdistas a ciertos grupos sindicales y a un sindicato de la Administración Pública.<sup>11</sup>

9 Cf. Sala Franco, id., pp. 15, 16, 25, 29, 46 a 48. Sobre la eficiencia administrativa, se indica el tópico acerca de los ataques de la empresa privada a la ineficiencia de la administración pública, entre otros, Robert King Merton y sus escritos sobre los aspectos disfuncionales de la burocracia, tanto privada como pública. (*Teoría y estructuras sociales*. México, C. F. E., 1965).

10 Políticas: Enfrentamiento con los sindicatos y negación de su papel como grupo de presión, constitucionalmente garantizado. Financieras: el Estado argumenta que no hay dinero para pagar los egresos que implican esas convenciones; siendo el presupuesto, el límite de acción de los poderes públicos.

11 Este enfrentamiento dio por resultado la caída del anterior Ministro de Trabajo, abogada Estela Quesada, y su sustitución por el abogado Germán Serrano, de corte más conciliador y negociador. (Administración de Rodrigo Carazo, 1978-1982).

De este modo frente a la llamada, por el sector laboral público, "*dictadura estatutaria*", respaldada por la concepción autoritaria del Estado, se va hacia una tesis participativa y de negociación (*tesis democratizante*); que ha dado lugar para que los ideólogos del Estado-patrono la califiquen de la "*dictadura de los sindicatos públicos*", pues estiman que los burócratas organizados han atrapado al Estado entre sus garras voraces de prerrogativas y de privilegios gremiales, que tienden a quebrar el Estado y al país.

En esa corriente *estatutaria*, promovida por el Poder Ejecutivo actual, se han emitido varios *reglamentos autónomos de trabajo*,<sup>12</sup> homólogos del *reglamento interior de trabajo* del sector privado.

Por esa vía y en base al art. 104, inciso 1;<sup>13</sup> 367, 2 inciso e de la Ley de Administración Pública y utilizando los artículos 191 y 192 de la Carta Magna, el Gobierno actual ha emitido varios reglamentos autónomos de trabajo para regular la relación laboral del Estado-patrono con sus trabajadores.

Así por vía de ejemplo, el *reglamento autónomo de trabajo* de la dirección de comunicaciones (Gaceta del jueves 3 de julio de 1980), cuyo primer numeral manda:

Se establece el presente reglamento autónomo de trabajo para normar las relaciones internas entre sí y sus servidores, con ocasión o por consecuencia del trabajo, de conformidad con lo previsto en los arts. 66, 67 y 68 del *Código de Trabajo*; 29, inciso e y 31 de la Ley orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, decreto ejecutivo N° 4 del 26 de abril de 1966 y disposiciones pertinentes del *estatuto de servicio civil* y su reglamento.

Los servidores del ramo de las comunicaciones *no protegidos* por el régimen de servicio civil, se regirán por el presente reglamento y las disposiciones del *Código de Trabajo*. (cursivas nuestras).

Por esta vía del reglamento, se establece que los trabajadores están subordinados, estatutariamente, al régimen del servicio civil y en su defecto al *Código de Trabajo*.

Estos reglamentos de trabajo comprenden estos aspectos: nombramientos y contratos de trabajo, jornada de trabajo, categorías y salarios, descanso semanal, vacaciones, días feriados, aguinaldo, trabajo de mujeres y menores de edad, obligaciones y prohibiciones de los servidores, registro de asistencia, llegadas tardías, ausencias, sanciones disciplinarias, condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, riesgos profesionales, peti-

12 Murillo Arias, Mauro. *Régimen de empleo en la Ley de Administración Pública*. (San José: U. C. R., Escuela de Administración Pública, 1979, *in toto*).

13 Art. 104. 1 = En *silencio* de la ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a *todos* los servidores del ente, de conformidad con los arts. 191 y 192 de la Constitución Política, que remiten a la legislación laboral en casos de destitución y a falta de relación estatutaria. En puntos posteriores analizaremos esta situación.

ciones y reclamos, licencias, becas, incapacidad para trabajar, ascensos y traslados y disposiciones varias.

Esta clase de reglamentos merece un tratamiento por aparte en un ensayo particular. Aquí solamente lo dejamos citado, con estas breves observaciones:

- a) Se trata de una normativa autoritaria, en la cual el Estado-patrono define unilateralmente las condiciones y relaciones de trabajo, a la vez que instrumentaliza el *ius variandi* como una prerrogativa patronal y no como una garantía del trabajador.
- b) Ratifica la concepción estatutaria laboral y remite al Código de Trabajo, legislación de derecho común, insistiendo en una posición superada por el régimen de empleo público. No se trata de obreros del sector privado, estamos frente a trabajadores de la Administración Pública. El mismo estatuto o reglamento autónomo de trabajo, responde a una concepción privatista de la relación de trabajo.
- c) De lo anterior se deducen las similitudes entre los reglamentos internos de trabajo, de la empresa privada; y, los citados reglamentos autónomos de la empresa pública, con un criterio de privatizar esa relación laboral y de negar por esa vía los criterios democratizadores y de participación, que implican las negociaciones y convenciones colectivas de trabajo en la Administración Pública, ámbito de aplicación del derecho público.

En síntesis: la política laboral del actual Gobierno (1978-1982) por promover la emisión de reglamentos autónomos de trabajo, muestra la tesis estatal por la privatización de la relación laboral pública y el mantenimiento de la "dictadura estatutaria". Ello, responde a una concepción autoritaria del Estado.

Tal es la naturaleza de la presente relación entre Administración Pública y relación laboral, en el Gobierno actual.

## VI

### *Proyecto de Código de Trabajo (1943)*

Sin pretender historiar la situación laboral en Costa Rica entre los años de 1821 a 1943, indiquemos simplemente que en el Siglo XIX privó la concepción civilista. Así las cosas, el contrato de trabajo era un convenio privado entre partes libres e iguales. Esa tesis civilista fue modificada por la tesis reformista laboral de 1943, con la emisión de las garantías sociales, a nivel constitucional, y la promulgación del Código de Trabajo.

Cabe señalar que la historia social de nuestro país está por ser escrita. Ya el historiador Vladimir de la Cruz ha hecho un esfuerzo pionero

en esta línea de investigación,<sup>14</sup> que debe ser continuado para comprender y conocer mejor nuestro desarrollo institucional global.

En el mensaje de remisión del Código de trabajo, el Presidente de la República, médico Calderón Guardia, manifestó que "se crea un régimen particular para los servidores del Estado y sus instituciones, pues en virtud de las peculiares características que en estos casos reviste el contrato de trabajo, consideramos oportuno limitar un poco los múltiples derechos que nuestro proyecto concede a los trabajadores en general. Es evidente que los funcionarios, empleados y obreros públicos deben gozar de todas las ventajas posibles, pero no de aquellas incompatibles con la seguridad del Estado y la naturaleza del cargo que sirven".<sup>15</sup>

Esta es la limitación que establece el citado político: la seguridad nacional. Todos los derechos y garantías laborales que no sean incompatibles con dicha seguridad, serán de aplicación para los trabajadores del sector público. Obviamente, las convenciones colectivas no atentan contra esa seguridad nacional.

Tanto del Código de Trabajo mismo como de los escritos de Calderón Guardia, se deduce —expresamente— lo siguiente:

- i. La afirmación de que el Estado también actúa como patrono.
- ii. La consolidación de todas las garantías y derechos laborales de los trabajadores del Estado, con excepción de los límites que establezca la seguridad nacional.
- iii. Equiparación, en cuanto a derecho y garantías laborales se refiere, entre los trabajadores del sector privado y público; y, por ende, la configuración de un cosmos de trabajo en el cual actúan obreros y patronos; con la salvedad apuntada sobre la seguridad nacional, la cual resulta lógica.

## VII

### *Dictamen de la Comisión Especial del Congreso sobre el proyecto del Código de Trabajo*

Este dictamen lleva la fecha 24 de julio de 1943. En este documento se pronuncia a favor de las convenciones colectivas de trabajo, ya que se "adapta idóneamente a la realidad costarricense". Tanto para la "organización de nuestra agricultura" como para la "incipiente industrialización

<sup>14</sup> *Las luchas sociales en Costa Rica.* (San José: Ed. Costa Rica, 1980).

<sup>15</sup> Mensaje al Congreso Constitucional, acompañando la remisión del Código de Trabajo, 12 de abril de 1943, en la *recopilación* de documentos laborales de los profesores Raúl Marín y Bernardo Van der Laet. (San José: U. C. R., Facultad de Derecho, 1979, p. 12).

del país nos obliga a legislar para el porvenir". Indicando que se debe construir el mañana sobre los sólidos cimientos legales en que se ha de apoyar la concordia entre capitalistas y trabajadores.<sup>16</sup>

En este dictamen no se excluyen a los trabajadores del Estado de la aplicación de las mencionadas convenciones colectivas. Por consiguiente ha de entenderse que también los miembros de esta comisión parlamentaria, aceptaron ese régimen laboral para estos asalariados. Además, estuvieron de acuerdo con las palabras el mensaje de envío del mencionado proyecto por el Presidente Calderón Guardia.

## VIII

### *Código de Trabajo (1943)*

En este cuerpo legal (CT) apuntamos varias normas:

*Art. 2.* Definición de *patrono*: toda persona física o jurídica particular o de derecho público que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

*Art. 4.* Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso, implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

*Art. 14.* Esta ley es de *orden público* y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, *públicos* o privados, existentes o que en futuro se establezcan en Costa Rica...

*Art. 15.* Los convenios y las recomendaciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son fuente de derecho, en cuanto no se opongan a las leyes del país; y, los principios y leyes del derecho común.

*Art. 56.* Todo patrono particular está obligado a celebrar convenciones colectivas.

*Arts. 49 a 65.* Se regula aquí lo relativo a los contratos colectivos de trabajo.

16 Cf. *Documentos*. Marín y Van der Laet, p. 32.

*Arts. 54 a 65.* Regulación de las convenciones colectivas de trabajo.

*Sector*  
Dado el ambiente contrario a las garantías laborales, de parte del sector patronal conservador y antisindical, los legisladores tuvieron la necesidad de indicar expresamente en el art. 56 citado, que las convenciones colectivas de trabajo son obligatorias para el patrono particular, que es el sector en el cual hubo y hay una fuerte presión para no cumplir con el Código de Trabajo.

Está claro en el proyecto de código enviado por el Poder Ejecutivo, Dr. Calderón Guardia, que la única limitación a los derechos de los trabajadores del Estado, es aquella que establece la *seguridad nacional* y por supuesto que ésta no puede limitar o inhibir el ejercicio laboral de tales convenciones. Bien claro fue el médico, Presidente Calderón, cuando afirmó en ese documento de remisión del proyecto del cuerpo de ley citado que los "trabajadores del Estado" gozan de los mismos derechos que los asalariados del sector privado.

Insistentemente abogados del Gobierno de turno (1978-1982) han estado invocando una vieja y miope sentencia de la sala de casación, de las 15 horas y 10 minutos del 20 de julio de 1951 (tiene 30 años de obsoleta, al menos) que dijo en su considerando I:

"Que el tribunal superior de trabajo ha interpretado rectamente el artículo 56 del código de la materia, al entender que éste impone al patrono particular, en el supuesto a que el mismo se refiere, la obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicita, una convención colectiva con el fin inherente a tales convenios, obligación ésta que no alcanza al Estado o a sus instituciones, pues el término 'particular' que emplea dicho texto, circunscribe la obligación a aquellos patronos que no son el Estado o sus instituciones".

Esta sentencia tenía el objetivo de aplicar literalmente el art. 56, con el fin de exponer su criterio negativo a la firma de dichas convenciones en el sector público.

## IX

### *Constitución Política de 1949*

De acuerdo con los principios jurídicos (apoteogmas o aforismos), una "*ley posterior deroga la anterior*" cuando son de la misma naturaleza e inciden sobre el mismo campo de aplicación; y, la "*norma de rango superior se impone a la inferior*" (*principio de resistencia y potencia de las normas*).

Cuando se emite la Carta Magna de 1949, se establece el derecho a las convenciones colectivas (*art. 62*), con "fuerza de ley entre las partes".

Esas convenciones se pactan entre la parte patronal y la parte obrera. Por supuesto, que no se pueden establecer distinciones ni discriminaciones en el mercado de trabajo, lo cual está prohibido por la propia Carta Magna (art. 68).

Esta norma 62 deroga implícitamente el art. 56 del Código de Trabajo (si se parte de una interpretación literal y sin contexto del art. 56 supracitado); o sea, confrontando esas normas únicamente. Según la jurisprudencia judicial de 1951 citada, se dijo que no cabían esas convenciones en el sector público porque el art. 56 indicado, se refería sólo al patrono particular. Claro está, que esta sentencia está equivocada, desde nuestro punto de vista, por cuanto el art. 62 de la Carta Magna derogó esa interpretación estrecha y gramatical del art. 56 de la normativa laboral privada. Obviamente, que con la *interpretación contextual y congruente con la lógica interna del código de trabajo*, sí cabían, desde 1943 las convenciones colectivas con el Estado-patrono.

## X

### Artículos 62 y 191 a 193 de la Carta Magna

No existe incongruencia entre esos artículos, sino armonía. El art. 62 manda las convenciones colectivas donde quiera que existe relación laboral (patrono público o privado); y, los artículos 191 a 193 del "servicio civil" establecen otro problema: el de acabar con la ineptitud y rapacidad del partido político ganador en las elecciones que ponía su clientela electoral en los puestos de la Administración Pública, sin tener requisitos ni preparación para el desempeño de su gestión pública (*función pública*).

Esta idea del *servicio civil* y de funcionarios de carrera administrativa venía desde principios de siglo en nuestro país, recolectada la información, en grupos reformistas y progresistas de esos años (1920-1949). La tesis era darle al Estado funcionarios capacitados para el cargo. Aquí se apunta hacia el *agente público* y su relación orgánica con el aparato estatal. En cuanto funcionario o empleado, tales requisitos, trámites y procedimientos quedarían establecidos en un "estatuto" de "servicio civil", para distinguirlo del "servicio militar" o al "servicio religioso" que tiene sus propias regulaciones.

Los derechos, garantías y libertades públicas de los trabajadores en general, no importa donde ubican sus vínculos laborales, quedan intactos y vigentes, ya que no podría interpretarse que esos arts. citados 191 a 193 implican una derogatoria de los derechos laborales constitucionalmente garantizados. Sería leer algo que no está escrito; y, más aún violar la lógica jurídica constitucional, referente a la prioridad de las libertades y derechos públicos, núcleo fundamental del sistema republicano liberal.

Por otra parte, se trata de normas (62, 191 a 193, cit.) de distinta naturaleza, función y objeto.

## XI

### Convenio 87 de la OIT

La Reunión se efectúa en San Francisco (USA) del 17 de junio al 10 de julio de 1948. Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización.

Esta convención entra en vigor el 4 de julio de 1950.

Su art. 2 manda que los derechos de sindicalización los ejercen los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización. Refiriéndose a los derechos sindicales de los trabajadores del ejército y de la policía, (militares y policías) en el sentido de que la legislación nacional deberá determinar *hasta qué punto* se aplicarán las garantías previstas en esta convención 87.

Eso significa que incluso los servicios públicos de seguridad nacional (ejército, policía) tienen derecho a la libre sindicalización, con la regulación propia de las respectivas legislaciones nacionales.

*A fortiori*, el resto de los trabajadores del Estado "y sus instituciones".

Cabe aclarar, suscitadamente, aquí que la distinción entre "servicios públicos administrativos" y aquellos "servicios públicos comerciales e industriales" (cf. sentencias del Consejo de Estado francés), queda diluida en la medida en que se interpreta que las relaciones laborales se desarrollan entre patronos y obreros, no importando su ubicación en sectores públicos o privados ni la desagregación que al interior de esos sectores se pudiera hacer. Como veremos luego, la Ley de Administración Pública (LAP) hace un intento, lamentable, por reactivar esa obsoleta distinción (cf. arts. 111 y 112), dado que el criterio laboralista quedó secundarizado ante una perspectiva administrativa, por razones del todo no conocidas.

## XII

### Convención 98 de la OIT

Esta convención de 1949 estableció el fomento y estímulo de las convenciones colectivas (art. 4). Afirmando su art. 6 que respecto de los trabajadores del sector público, que no se debe interpretar esta convención en menoscabo de sus derechos o de su estatuto laboral, ya que esta convención no trata expresamente de los burócratas públicos.

Por su parte el comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT, expresó que ese convenio regía para los trabajadores del sector público y del privado, *pudiendo* (no teniendo ni debiendo) exceptuarse a los funcionarios al servicio del Estado. Con lo cual indican que pueden efectuar convenciones colectivas, aunque queda a criterio de las partes no hacerlo.

Esa excepción optativa o facultativa, podría jugar en contra de aquellas convenciones y de esos funcionarios "del Estado"; empero, habría que definir exactamente que son "funcionarios al servicio del Estado". Acaso, aquellos que están en los servicios públicos administrativos tradicionales y clásicos (seguridad pública, salud, transportes, correos, etc.)?; o, que trabajan en el Poder Ejecutivo? Estamos frente a una expresión jurídica indeterminada. Y, por ello, requiere precisión, para no interpretar contra los trabajadores; aplicando por ende el principio *in dubio pro operario*.

Por esta razón, dicho comité de libertad sindical de la OIT, expresó que esa calificación de exclusión optativa (a cargo del patrono-Estado) atañe a los que trabajan en los órganos de poder público: ministerios o entes similares; mientras, que tienen pleno derecho a las convenciones aquellos trabajadores del resto de la Administración Pública (cf. publicación de ese comité, Ginebra, OIT, 2ª ed. 1976, p. 94).

Tal vez aquí se trae a colación la distinción, ya superada por el Consejo de Estado francés, entre actos de gestión y actos de autoridad. Simplificadamente, podría decirse que aquellos trabajadores que están ejecutando actos de autoridad, pueden ser excluidos de estas convenciones colectivas y los que realizan actos de gestión tienen pleno derecho a firmarlas.

La clasificación dicha la eliminó ese Consejo, entre otras razones, afirmando que los actos del Estado son propios de éste y en el ejercicio de la función administrativa para ser calificados de "actos administrativos", ya que esa distinción anterior podría dar lugar a abusos del Estado para conectar actos de autoridad con los actos políticos (en su versión primigenia) fuera del control del Poder Judicial (cf. Maurice Hauriou *Derecho constitucional y administrativo*; y sentencias del Consejo indicado, Colección Arrêts). En este sentido la línea tendencial va hacia el control jurisdiccional pleno sobre los actos de la Administración Pública, reduciendo, cada vez más, los supuestos de concreción de actos residualmente "políticos" (o, sin control judicial).

En última instancia los criterios limitantes para la convención colectiva en el sector público son: seguridad nacional y el orden público, (criterio funcional) en mucho mayor grado que el criterio de trabajadores de los órganos del poder público (criterio organicista).

La Convención 98 OIT, entra en vigor el 18 de julio de 1951 en Costa Rica.

### XIII

#### *Estatuto del Servicio Civil (1951)*

Este estatuto en consonancia con los arts. 191 a 193 de la Carta Magna desarrolla esos artículos constitucionales.

Refleja dos objetivos: 1. lograr la eficiencia en la Administración Pública; 2. tutelar o proteger a los "servidores" o trabajadores del Estado (art. 1 del Estatuto del Servicio Civil, trabajadores al servicio del Poder Ejecutivo).

La Carta Magna (art. 191) se refirió sólo al criterio de la eficacia como elemento orientador de la relación entre el Estado y los "servidores públicos". (Criterio de agente público).

Ese criterio de regulación tutelada o protectora, queda establecido en el estatuto citado (1951). Esta perspectiva "estatutaria" en la cual el Estado unilateralmente establece las "reglas de juego" de la relación laboral, responde al estereotipo de la "dictadura estatutaria" impuesta a los trabajadores del Estado. Ahora, generalizada bajo el nombre de "reglamentos autónomos de trabajo".

Aplicando el criterio de que la ley especial prevalece (en su interpretación y aplicación) a la ley general, se puede decir que este estatuto tiene prioridad en su eficacia respecto del Código de Trabajo (CT), al cual se remite en los aspectos no regulados expresamente en el estatuto. La ley de referencia en este caso, es la privada laboral, por razones de existencia y de antecedente histórico. Por este motivo, algunos dicen que las relaciones del empleo público las regula el derecho común en conjunción con el "derecho estatutario", cuando éste existe; y, en su omisión, sólo el código de trabajo.

Al entrar en vigencia la Ley de Administración Pública (LAP), un sector de opinión afirma que se han "publicitado" (sometido al régimen del derecho administrativo, art. 112), dejando sin efecto el código de trabajo y todas las anteriores normas que regulaban el empleo público. Este argumento es un sofisma y lo analizaremos después.<sup>17</sup>

No entraremos en la crítica al régimen del servicio civil, esencialmente ubicable en sede de su director, cargo de confianza del Poder Ejecutivo, al igual que el tribunal respectivo. Digamos solamente que este régimen ha funcionado mal porque está sujeto al Poder Ejecutivo y sus manipulaciones políticas. Esta subordinación política implica un entramiento serio al correcto funcionamiento de ese régimen.<sup>18</sup>

### XIV

#### *Convenio 151 de la OIT*

Este convenio ha sido *adoptado* por la OIT en 1978 y en su art. 7 manda que deberán tomarse por los gobiernos las medidas necesarias y adecuadas para el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones

17 Cf. Revista Procuraduría. N° 12, 1979, sobre el punto de vista de esta oficina.

18 Cf. Revista de Ciencias Jurídicas N° 43. Eugenia Zamora y Luis Guitérrez, sobre "El Tribunal de Servicio Civil" (1981). San José.

de empleados públicos, acerca de las condiciones de empleo o de cualquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

De conformidad con el art. 15 del Código de Trabajo, las convenciones adoptadas por la OIT son fuentes de derecho costarricense. En este sentido se tornan de obligatorio acatamiento como tales fuentes jurídicas.

Con mayor razón (*a fortiori*), los convenios 87 y 98 de la OIT ratificados por Costa Rica son fuentes de derecho y normas jurídicas de rango superior a la ley formal e inferior a la Constitución Política (art. 7 de ésta).

Esta es otra razón para darle refutación al error de algunos que dicen que el principio de legalidad, establecido por la ley de administración pública (LAP) (empleo público sujeto al derecho administrativo) impide las convenciones colectivas en el sector público. Pues, existen normas jurídicas (convenios ratificados, normas del código de trabajo, de la Carta Magna) que expresamente las permiten, recomiendan y fomentan; y convenios adoptados por la OIT que actúan como fuente de derecho en este terreno del empleo público.

## XV

### *Congreso iberoamericano de derecho laboral y seguridad social (Caracas, 1977)*

En este congreso se afirmó ("conclusiones") que es discriminatorio y atenta contra los derechos humanos el marginar a los servidores públicos<sup>19</sup> de las mejoras y beneficios que obtengan los demás trabajadores.<sup>20</sup> También el art. 68 de nuestra Carta Magna manda lo mismo (cualquier clase de discriminación laboral es inconstitucional).

## XVI

### *Congreso de Stuttgart (1961)*

En este mismo orden de ideas, en el congreso de la "Internationale des services publiques", celebrado en Stuttgart, se concluyó que es paradójico y absurdo que el Estado imponga al sector privado las obligaciones

<sup>19</sup> No vamos a entrar aquí a la discusión sobre el concepto "servidor público" pues incide sobre otro campo analítico. Nada más digamos que se usa ideológicamente por la cúpula del poder público para legitimar sus relaciones sociales de dominación (bloqueo en poder, cf. Gramsci) respecto de la sociedad civil y de ella misma.

<sup>20</sup> Esas ventajas para los obreros del sector privado son teóricas la mayoría de las veces en nuestro país, pues carecen de fuerza sindical y de medios reales de presión para que se ejecuten y respeten sus derechos.

legales de negociación colectiva y conciliación; y, en su papel de empresario y patrono se lo niegue a sus propios trabajadores.

Sin duda que es inmoral esta conducta del Estado-patrono. El Estado está llamado a dar ejemplo de moralidad y de cumplimiento del ordenamiento jurídico. Y esto, que es una petición de principio negada, frecuentemente, por la realidad, debe jugar como exigencia sindical y ciudadana para obligar al Estado a comportarse ética, legal y oportunamente.<sup>21</sup>

*Observación 1.* Es inconstitucional e ilegal, que el Estado como Patrono se niegue a firmar convenciones colectivas de trabajo.

*Observación 2.* Ese comportamiento del Estado es inmoral; y, viola los derechos humanos.

## XVII

### *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas*

Costa Rica lo ratificó de primero (aunque es el Estado también de primero que se encargó de violarlo) el 29 de noviembre de 1968.<sup>22</sup>

Según su art. 8, los Estados partes se comprometen a garantizar el *derecho de toda persona*, a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

En ese mismo art. 8 se reconoce no sólo la libertad sindical y a funcionar sin obstáculos el sindicato, sino que además se reconoce el derecho a la huelga (en Europa y Estados Unidos igualmente opera), ejercido conforme a las leyes de cada país. Huelga para todos los sectores, públicos y privados. Claro está, que si se reconoce la huelga en el Estado, con más razón las convenciones colectivas, que se pueden firmar por la vía pacífica de la negociación, o mediante la presión o la huelga, para desembocar en el arbitraje o en la conciliación.

<sup>21</sup> Marín, Raúl. "Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus Instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas de trabajo". (San José: septiembre de 1979, mimeógrafo, referente al caso del ferrocarril nacional al Atlántico, *in toto*).

<sup>22</sup> Marín, Raúl y Van der Laat, Bernardo. "Materiales para el estudio del derecho de trabajo en Costa Rica". Documentos. Facultad de Derecho, U. C. R., *in toto*. Castro, Abel, et al. *Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica*. (Revista de Ciencias Jurídicas N° 35, 1978, San José).

## XVIII

### *Carta internacional americana de garantías sociales (1948)*

Firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 y ratificada por Costa Rica.

Su art. 7 manda que la ley reconocerá y reglamentará los contratos y convenciones colectivos de trabajo; y, el art. 24 señala la necesidad del derecho a que exista una jurisdicción contencioso especial administrativa laboral, para los conflictos entre los empleados públicos y el patrono-Estado.

Esta *jurisdicción contencioso administrativa laboral*, considero que es necesaria en Costa Rica, aunque por vía de jurisprudencia se ha declarado una dualidad jurisdiccional, de acuerdo a la naturaleza del asunto (laboral o administrativo, dándose por consiguiente zonas ciegas o "claroscuros" de duda). Debe existir una sola vía judicial para esos conflictos; y, considero que debe ser la contencioso especial laboral. Así, se terminarían las actuales dudas, confusiones y conflictos de competencia, "solucionados" casuísticamente por vía jurisprudencial de la sala de casación;\* y, sala primera, respectivamente.

## XIX

### *Código Municipal, Art. 121 (1971)*

De acuerdo con la reforma de 1974 al artículo 121 de este código, se permiten las convenciones colectivas en la zona de las municipalidades, puntualizándose que para aprobar los aumentos presupuestarios para hacerle frente a las erogaciones derivadas de esas convenciones, se tiene que probar que se ha dado un aumento en el nivel de vida (costo de la vida) conforme a los datos que proporcione el Banco Central y la Dirección general de estadística y censos.

Esta facultad expresa ha permitido que en las municipalidades se firmen esas convenciones. El caso de la de San José generó polémica, pues el Gobierno se opuso, en 1979, a reconocerla y trató de que no cristalizase. Al final de la discusión, se impuso el art. 121 citado y la convención se ejecutó.

## XX

### *Ley de Administración Pública (1978)*

Al entrar en vigencia esta ley, el Gobierno de turno se opuso a su eficacia desde varias trincheras: a) la ley es oscura, muy técnica y de

\* Por ley N° 124 del 1° de junio de 1980 se cambia la "cúpula judicial" de nomenclatura de las salas de magistrados; así, la antigua de "casación" se llama ahora Sala 1° (Cf. J. E. Romero Pérez, Revista Judicial, 19, 1981).

difícil comprensión; b) su aplicación resulta compleja y es mejor derogarla, ya que complica mucho la situación; c) esa ley requiere una administración pública con más formación; d) se trata de una camisa de fuerza para el Estado; y, e) atenta contra los sindicatos y los empleados públicos, porque elimina el derecho a sindicalización, el código de trabajo queda derogado ya que se trata de una relación laboral de derecho administrativo.

Esos ataques a la ley, responden al criterio de dejar al Estado libre de trabas para su actuación, abusando del supuesto de partida: los actos administrativos son legales.

Frente a esos cargos interesados en liquidar la ley, lo cual no han podido hacer, se puede responder lo siguiente:

1) Los artículos referentes al agente público, llamado "servidor público" o "funcionario público", hacen la distinción entre aquellos de derecho y los de hecho (los nombrados con investidura y demás requisitos de nombramiento y competencia correctos) y los que tienen defectos (absolutos o relativos) de nombramiento o de competencia, entre otros.

2) *Art. 111.\** Define lo que es el empleado público, a quien llama, vía legitimación de la labor administrativa, "servidor", (pues se supone que le sirve al "común", es decir a la sociedad y a sus integrantes; ya sabemos que la crítica a la burocracia pública es fuerte y que, en cierto modo de "servidores" han pasado a ser "amos de los administrados, sujetando —según se dice— a la servidumbre de la "ventanilla" y del escritorio a los administrados; (Cf. Robert Merton, Max Weber).

3) *Art. 112.\** El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos, que participan de la gestión pública del Estado o Administración.

En lo que atañe a los empleados públicos de los servicios comerciales e industriales, se regirán por el derecho mercantil o laboral (derecho privado) (art. 111, 3).\*

4) En el art. 112\* se afirma la pertinencia del derecho laboral administrativo. De acuerdo con este criterio legal, se podría decir que se establece el *principio de legalidad* en esta materia. Así las cosas, por los arts. 7, 60 a 62 de la Carta Magna; 2, 14, 15 y 578 del Código de Trabajo; las convenciones 87 y 98 de la OIT, ratificadas por nuestro país y los instrumentos legales supracitados de carácter internacional, como el art. 7 de la ley de administración pública, que establece que la costumbre es fuente de derecho, se tiene como sujetas a derecho las convenciones de comentario. Y, hace 25 años que la administración pública de Costa Rica viene firmando esas convenciones colectivas; *se concluye que las convenciones colectivas en el sector público cumplen con el principio de legalidad (conclusión 3).*

\* Los artículos citados son de la L.A.P. (Ley de Administración Pública).

5) Independientemente de ese criterio de legalidad, comentado y puntualizado, diremos que la ley de administración pública cede frente a los convenios 27 y 98 OIT mencionados y respecto de la Constitución Política (art. 62). Siendo, por tanto, inconstitucional este artículo 112 de la LAP, *si se quisiera esgrimir, para impedir* (a pesar lo argumentado sobre el principio de legalidad), la firma de convenciones colectivas en el sector público.

*Observación A.* La relación estatutaria no impide la convención colectiva en el sector público.

*Observación B.* El estatuto tiene competencia en el logro de la eficiencia de la Administración —al menos teóricamente postulado—; cf. art. 191 de la Carta Magna (concepción del agente público, como titulares de órganos del Estado) (tesis estatutaria-orgánica).

*Observación C.* La convención colectiva se aplica en el terreno de las relaciones laborales del sector público. (Tesis referida al vínculo laboral).

#### 1. Aspectos políticos de la cuestión.

Considero, como juicios de valor, que en un sistema democrático tiene un valor prioritario la estabilidad del sistema y el logro de fines como la justicia social, el desarrollo económico y social, la redistribución del ingreso nacional y la preocupación por el nivel de vida de los miembros de la sociedad:

En este sentido, estimo que las convenciones colectivas en el sector público (que es el tema de este trabajo) como en el sector privado, al igual que el robustecimiento de los sindicatos (en la participación de las decisiones del sistema y en el disfrute de los beneficios globales de la sociedad) es vital para la existencia de un sistema democrático.

En el cuadro actual de la situación de poder, en el cual formamos parte de un país subdesarrollado, sujeto a las transnacionales y a los centros industriales tecnológicos y financieros del mundo en el exterior y, al interior, con organizaciones empresariales fuertes y articuladas (interna y externamente), es un requisito *sine qua non*, la cuota de poder político al sector de los trabajadores, como un mecanismo estratégico de estabilización socioeconómica y política. A todos interesa que los trabajadores produzcan y que los burócratas del Estado funcionen eficientemente; y, que se establezcan ciertos fundamentos en la relación de poder (en los sectores laborales, de patrono y obreros) que permitan la convivencia social, basada en el respeto y en el desarrollo integral del país. Dicho en una forma un tanto resumida: la democracia implica sindicatos libres; y, el Estado democrático tiene que dar un marco de acción que permita las convenciones colectivas en el sector público e incluso el ejercicio de la huelga

conforme al ordenamiento legal, con un criterio libertario, responsable y de gestión pública; y, no bajo supuestos autocráticos y autoritarios.

## XXI

### Resumen:

*Las convenciones colectivas tienen existencia y vigencia en el sector público y en el privado.*

*Así lo establece el régimen democrático costarricense y el marco legal internacional democrático.*

## XXII

### Proyecto de Código de Trabajo (1981)

Se admiten las convenciones colectivas en el sector público. El articulado que se refieren a ellas, expresa lo siguiente:

#### *De las negociaciones colectivas en el Sector Público*

*Artículo 383.* El presente Capítulo regula el derecho de los servidores públicos, en coalición o sindicato, a negociar colectivamente la determinación de sus condiciones de trabajo, con los respectivos entes patronales.

*Artículo 384.* Se consideran entes patronales para los fines indicados en el artículo anterior, los siguientes:

- a) La Administración Pública integrada por los poderes públicos y las instituciones de Derecho Público, autónomas o descentralizadas, de cualquier clase que sean; y
- b) Las empresas públicas, entendiéndose por tales aquellas en que el Estado sea propietario del 50% o más de sus acciones.

*Artículo 385.* El derecho de negociación colectiva en el sector público no afecta las decisiones que en materia de su competencia emanen de la Asamblea Legislativa.

*Artículo 386.* El derecho de negociación colectiva en el sector público está sujeto a controles de legalidad y económico-financieros.



*Artículo 387.* El control de legalidad estará a cargo de la Procuraduría General de la República y el económico-financiero corresponde a la Contraloría General de la República.

*Artículo 388.* Para efectos de este capítulo, el principio de legalidad excluye la negociación sobre los siguientes aspectos:

- a) Los que afectan la atribución de funciones o competencias expresamente señaladas por la ley a los respectivos entes o a sus funcionarios, o aquellos que sean objeto de expresa regulación legal; y
- b) El otorgamiento de derechos o beneficios que hagan imposible el cumplimiento regular de los fines propios del ente.

*Artículo 389.* El control económico-financiero está referido a:

- a) Las posibilidades reales de contenido económico, de acuerdo con el presupuesto o ingresos ordinarios del respectivo ente. No podrán convenirse derechos o beneficios condicionados a subvenciones que no hayan sido incluidos con anterioridad en el respectivo presupuesto;
- b) Procurar la equiparación o igualdad en los beneficios y condiciones de trabajo, que debe existir entre todos los servidores públicos. Lo anterior no implica que los derechos y beneficios de los sectores más favorecidos, no puedan mejorarse, sino que deberá buscarse la equiparación de los menos favorecidos por la vía de la reducción de las diferencias existentes, en forma progresiva, excepción hecha de aquellos beneficios que han sido otorgados en atención a la especial naturaleza de cada institución; y
- c) Ninguna condición o beneficio podrá pactarse con efecto retroactivo, salvo en materia de salarios, en que podrá cubrirse un período máximo de tres meses.

*Artículo 390.* La negociación en el sector público se realizará conforme a los procedimientos señalados en el capítulo VIII, no obstante, aquellos acuerdos que requieran de la aprobación del superior jerárquico se considerarán negociados ad referendum, por la respectiva delegación patronal. Dicho superior deberá, en todo caso, aprobar o improbar el acuerdo a más tardar dentro de los días hábiles siguientes a su suscripción. El silencio de la administración, transcurrido el término, se entenderá como aprobación del acuerdo de que se trate.

*Artículo 391.* Tanto la Procuraduría General de la República como la Contraloría General de la República, en lo que sea materia de su competencia, deberán pronunciarse en el plazo improrrogable de un mes, a partir del recibo del correspondiente instrumento, entendiéndose su silen-

cio como aprobación del mismo. La resolución que impruebe, en ambos casos, tendrá el recurso de reconsideración o reposición ante el mismo ente, según la Ley General de la Administración Pública, y el de apelación ante el Tribunal Superior de Trabajo de San José.

En cuanto sea aplicable a procedimientos ante dichos entes controladores, regirá la Ley General de la Administración Pública.

\*\*\*

En su *Exposición de motivos*, se dice claramente, por su parte que:

"En materia de convenciones colectivas de trabajo que contienen la titularidad de los sindicatos, de trabajadores o de patronos, las regulaciones tienen a enmarcar claramente y, hasta donde sea posible, sin posibilidad de interpretaciones o contradicciones entre las normas y la realidad, marcando claramente la actividad de las partes dentro del proceso de negociación (Capítulo V), regulando por aparte lo que se refiere a las negociaciones colectivas del sector público, siguiendo las pautas señaladas en el Congreso Jurídico del año 1980, celebrado en el Colegio de Abogados de Costa Rica. El Poder Ejecutivo, en este proyecto ha aceptado las convenciones colectivas en el sector público, por imperativo constitucional (Artículo 62 de la Carta Magna). Se ha creído necesario imponer un contralor de legalidad, a cargo de la Procuraduría General de la República, y un contralor económico-financiero, a cargo de la Contraloría General de la República, que tienden a evitar que se soslaye o se viole el principio de legalidad vigente en la Administración Pública (Artículo 11 de la Ley General de Administración Pública), y las normas presupuestarias que constituyen el límite de acción de los entes públicos en materia de administración de recursos (Artículo 180 de la Constitución Política).

Para la negociación en que intervengan los sindicatos de trabajadores, en cuanto representantes de ellos, se ha innovado lo relativo a la titularidad mediante la creación de un "certificado de titularidad" (Artículo 374 del proyecto), a modo de lo que se aplica al respecto en el derecho comparado. Este sistema evitará problemas intersindicales y entre los sindicatos y sus trabajadores, o los que no estén sindicalizados; esto involucra necesariamente, normas relativas a la necesaria estabilidad de los dirigentes durante el período de formación de la voluntad colectiva y de la negociación de las convenciones colectivas que encuentran su apoyo en disposiciones constitucionales (Artículo 60 de la Carta Magna), o supra legales (Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 87, 98 y 135 ratificados por Costa Rica). Desde luego en el Capítulo VI (De las prácticas desleales) se norma la conducta de tales dirigentes de suerte que limiten su acción a la legítima defensa, conforme a derecho, de los intereses de los trabajadores por ellos representados, sin abusos de poder o violación de normas jurídicas".

1. Comentario sobre este proyecto.

De acuerdo con este *proyecto* de ley se institucionaliza, a nivel de la normativa laboral, la convención colectiva en el sector público. Aquí hacemos la advertencia que, en nuestro criterio, tal convención está legitimada y aceptada por nuestro Ordenamiento Jurídico desde el Código de Trabajo de 1943 y por supuesto, debidamente elevada a rango constitucional en la Carta Magna de 1949.

Por el art. 385 se limita el derecho constitucional a la citada convención mediante los llamados controles de legalidad y financiero económico, a cargo respectivamente de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República (art. 387).

Es absurdo e inaceptable que la oficina de abogados del Gobierno de turno (abogacía del Poder Ejecutivo y del Estado), según la ley orgánica de la mencionada Procuraduría, sea la encargada de fijar las limitaciones de legalidad para el ejercicio del derecho a las convenciones colectivas en el sector público. Siendo el rol de esa oficina defender al Estado en cuanto patrono, carece de sentido lógico que siendo la abogada del patrono-Estado, también ejerza ese control de legalidad. Ese control, si se acepta, debe estar en la Contraloría General de la República, la cual constitucionalmente ejerce el control de legalidad y contable-financiero de la hacienda pública. De ninguna manera en la Procuraduría puede estar ese control de legalidad.

En lo que respecta al control económico-financiero, estimamos que la Contraloría es un ente técnico que puede realizar esta tarea. En vista de los criterios de regular el cumplimiento de las funciones del ente público (art. 388) y de la capacidad real, efectiva del ente de la Administración Pública para hacerle frente a los beneficios o derechos concedidos (art. 389).

Este control considero que sí es pertinente, técnicamente ejercido, ya que en algunas ocasiones se tendió a abusar de las convenciones, pretendiendo beneficios que el ente no podía conceder por exorbitantes, respecto de las posibilidades reales de tipo presupuestario. En este renglón debe existir racionalidad en el uso del derecho.

Otro problema que se da, es el de que por vía del control de legalidad o del financiero-económico, podría existir el riesgo que se tienda a anular el ejercicio del derecho a tales convenciones. De acuerdo con el art. 391, cabrían los recursos de revisión, o de reposición ante el mismo ente que dictó el respectivo acto de fiscalización; y, el recurso de apelación ante el tribunal superior de trabajo, en San José. También este artículo contempla el silencio positivo, pues manda que si dentro del plazo de un mes guarda silencio respecto de "materia que sea de su competencia", ese silencio se entiende como aprobación del "correspondiente instrumento".

En el fondo lo que ha sucedido es que de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico (normas escritas, más la costumbre administrativa y los principios generales de derecho), el uso del derecho constitucional a las

citadas convenciones no está sujeto a control alguno o a limitación alguna. Ahora sí se limita ese derecho humano y jurídico, consagrado en la Carta Magna y con pleno respaldo del Código de Trabajo.

La tendencia patronal-estatal es la de eliminar ese derecho, pero como no lo puede hacer abiertamente, entonces trata de lograr el mismo resultado por vía indirecta y en forma disimulada, mediante las limitaciones o fiscalizaciones a ese derecho laboral constitucionalmente institucionalizado. Otro problema serio, es que el contenido de esos controles queda fuera del ámbito de los trabajadores del Estado, ya que ese contenido de "legalidad" (que no se aclara ni se ubica meridianamente) queda a cargo —absurdamente— del abogado del patrono-Estado (la Procuraduría). Esto es cuestionable y rechazable, ya que el abogado de una parte no puede actuar ni como perito ni como "juez de legalidad", en cuanto que "juzga" o "dictamina", con el peso de su rol de fiscalizador, sobre la "legalidad" de las convenciones públicas colectivas.

Bajo el criterio de que el presupuesto es el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado (art. 180 de la Carta Magna y 31 de la Ley de Administración de la República), se establece este control financiero, contable y económico a cargo del ente fiscalizador respectivo.

La explicación a esta fiscalización parece plausible; empero, se debería pensar en cuerpos colegiados con representación de los trabajadores del Estado para que esos controles contaran con la deliberación, impugnación y debate de los propios obreros públicos, ya que, en última instancia la Contraloría es un ente del Estado, en cuyo seno bien podrían existir convenciones colectivas y sindicatos actuantes, para cuyo caso específico no podría funcionar esta Contraloría, pues sería "juez y parte".

La solución podría ir encaminada hacia una democratización en el poder mismo, mediante esos cuerpos colegiados de patronos y asalariados; de lo contrario sería el Estado el que resolvería aspectos de vital importancia para sus trabajadores, ya sea en la sede de un ente estatal como la Contraloría.

Viendo el asunto desde otro ángulo, este proyecto estará sometido a la discusión pública por varios o muchos años. Ya los grupos patronales lo han vetado, como es lógico entender. Así es que la discusión apenas se inicia. De lo que se trata es de fomentarla para bien del sistema democrático de una paz social fundada en la justicia social.

## Bibliografía de referencia

- Castro, Abel et. *Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica* (1968-1974). San José. Revista de Ciencias Jurídicas N° 35, 1978.
- Cano Mata, Antonio. *La huelga de funcionarios*. (Madrid: Revista de Administración Pública N° 93, 1980).
- Carcanholo, Reinaldo. *Desarrollo del capitalismo en Costa Rica*. (San José, Educa, 1981).
- Fernández Pastorino, A. *Convenciones colectivas de trabajo*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962).
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. *Derecho administrativo, sindicatos y autodeterminación*. (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1972).
- Garrido Fallas, Fernando. *La nueva reforma de la legislación de funcionarios públicos*. (Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo, N° 13, 1977).
- González, Jorge et al. *Los convenios de la OIT en la escala jerárquica de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente del 87, 98 y 135*. (San José: Tesis de grado, Facultad de Derecho, 1981).
- Marín, Raúl. *Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas de trabajo*. (San José, mimeografiado, 1979).
- Marín Quijada, Enrique. *La negociación colectiva en la función pública*. (Bogotá: Temis, 1978).
- Murillo, Mauro. *Régimen de empleo en la Ley General de la Administración Pública*. (San José: Universidad de Costa Rica, Escuela de Administración Pública, 1979).
- Nieto, Alejandro. *De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo*. (Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo, Nos. 11, 15 y 18; 1976, 1977 y 1978).
- Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical. Fomento de la negociación colectiva*. (Ginebra: OIT, 1980, 1981).
- Ortega, Luis. *Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público*. (Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo; N° 26, 1980).
- Parada Vázquez, José Ramón. *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*. (Madrid: Tecnos, 1968).
- Portuguez, Danilo; y Villalobos, Ricardo. *Incorporación en nuestro ordenamiento de los convenios de la OIT, ratificados por la Asamblea Legislativa*. (San José: Tesis de grado, Facultad de Derecho, 1981).

- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Apuntes sobre el servicio público*. (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1978).
- Consideraciones sobre las reformas al Poder Judicial*, 1980. (San José: Revista Judicial, N° 19, 1981).
- La sociología jurídica en Max Weber*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1980).
- Consideraciones sobre las convenciones colectivas en el sector público*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1981).

- Romero, Ramón. *El derecho de huelga*. (Buenos Aires: Depalma, 1973).
- Van der Laat, Bernardo. *La huelga y el paro en Costa Rica*. (San José: Ed. Juricentro, 1979).
- Van der Laat, Bernardo; y Marín, Raúl. *Documentos de Derecho Laboral*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1979).
- Yezid, Francisco. *Derechos humanos y garantías sindicales*. (Bogotá: Pazgo, 1978).
- Younes Moreno, Diego. *Derecho administrativo laboral*. (Bogotá: Temis, 1981).

\* \* \*

- Código de Trabajo de Costa Rica (1943) (vigente).
- Proyecto de Código de Trabajo de Costa Rica (1981).  
(Van der Laat, Bernardo et al)
- Constitución Política de Costa Rica.
- Revista de Ciencias Jurídicas (San José, Costa Rica).
- Revista de la Contraloría General de la República. (San José, Costa Rica).
- Revista de la Procuraduría General de la República. (San José, Costa Rica, especialmente Nos. 12 y 13; 1979, 1980).

# INDICE

	Pág.
Discurso del Presidente del Colegio de Abogados en conmemoración de los 100 años de su fundación. <i>Lic. Manuel Emilio Rodríguez</i> .....	11
<i>Ensayos:</i>	
La comisión permanente y la suspensión del orden constitucional. <i>Dr. Orlando Salazar Mora</i> .....	19
La validez del donativo manual. <i>Dr. Diego Baudrit Carrillo</i> .....	49 ✓
Principios para una legislación sobre el medio ambiente. <i>Lic. José Miguel Rodríguez Zamora</i> .....	63
Axiología y futuro. <i>Lic. Ramón Madrigal Cuadra</i> .....	89 ✓
El hijo extramatrimonial no reconocido por el padre. <i>Dra. Cecilia P. Grosman</i> .....	103
Convenciones colectivas de trabajo en el sector público. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	141 ✓