

34
48R
7Y
REV 155862

DIRECTOR

Dr. Enrique Romero Pérez

4 DIAS
24092

R. 1979



340
R

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV155862



F

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 34



SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1978



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1979

Presidente:

Lic. Mario Leiva Quirós

Vice-Presidente:

Dr. Alvaro Fernández Silva

Secretaria:

Lic. Violeta Madrigal Mora

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Fiscal:

Lic. Edgar Cordero Arias

Vocal 1°:

Lic. Alvaro Carvajal Lizano

Vocal 2°:

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Vocal 3°:

Lic. Rodrigo Mendieta García

Vocal 4°:

Lic. Dora María Guzmán Zanetti

Vocal 5°:

Lic. Ronald Odio Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Alberto Sáenz Renauld

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel María Murillo

Vice-Rector de Acción Social:
Dra. María Eugenia Bozzolli

Vice-Rector de Vida Estudiantil
Lic. Luis Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Dr. Luis Garita

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Jorge Enrique Guier

Vice-Decano Facultad de Derecho:
Dr. Francisco Castillo

Coordinador del Sistema de Estudios de
Posgrado:
Dr. Elmer Bornemisza

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Agr. Primo Luis Chavarría

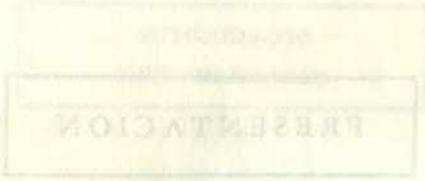
PRESENTACION

En este número 34 se publican artículos sobre los campos del derecho penal, civil, constitucional, laboral, agrario; y, en el terreno de la ideología y de la administración pública costarricense.

Los colaboradores de esta edición son los profesores de la Universidad de Costa Rica: Diego Baudrit, Enrique Pedro Haba, Víctor Pérez, Francisco Castillo, Ricardo Zeledón, Abel Castro, Gerardo López; dos funcionarios gubernamentales Julia de la O y Gerardo Hidalgo y un educando de la Facultad de Derecho de la mencionada universidad, Edgar León.

Como es obvio, estos ensayos editados expresan el rumbo y la intensidad del pensamiento jurídico nacional a la par de los que se publican en el *Revista Judicial*, bajo la dirección del Dr. Víctor Pérez Vargas y el auspicio del Poder Judicial; y, aquellos que se editan en la *Revista de la Contraloría General de la República*, dirigida por el Contralor y el Sub-Contralor Generales de la República y con el apoyo de esta institución fiscalizadora de la Hacienda Pública.

j. e. romero p.



En este número se publican artículos sobre los campos del derecho penal, civil, constitucional, laboral, agrario, y en el terreno de la ideología y de la administración pública costarricense.

Los colaboradores de esta edición son los profesores de la Universidad de Costa Rica: Diego Baudrit Carrillo, Pedro Hahn, Víctor Pérez, Fernando Castillo, Ricardo Saldaña, Abel Castro, Gerardo López, dos licenciados guatemaltecos Julia de la O y Gerardo Hidalgo y un estudiante de la Facultad de Derecho de la mencionada universidad, Edgar León.

Como es obvio, estas revistas editadas agrupan el tiempo y la intensidad del pensamiento jurídico nacional a la par de los que se publican en el *Revista Jurídica*, bajo la dirección del Dr. Víctor Pérez Vargas y el auspicio del Poder Judicial; y aquellas que se editan en la Revista de la Contaduría General de la República, dirigidas por el Contador y el Sub-Contador Generales de la República y con el apoyo de esta institución fiscalizadora de la Hacienda Pública.

Publicada por el Poder Judicial
Calle de la Américas, San José, Costa Rica
Caja Postal 1000, San José, Costa Rica
Teléfono 222-1111
Distribución gratuita
Cada número cuesta \$1.000
Cada número cuesta \$1.000

REFLEXIONES SOBRE EL ACCESO A LA ACCION CIVIL

Lic. Diego Baudrit Carrillo
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Strasbourg, setiembre de 1978.

El derecho que tiene todo ciudadano de dirigirse al Estado solicitando una resolución de éste en lo que toca a sus intereses, comprende el deber del Estado de resolver en forma pronta y justa tales peticiones. Ese derecho, que asume el rango de garantía constitucional, es la base de todas las regulaciones que señalan cómo presentar las peticiones, cómo deben tramitarse y cómo deben resolverse.

La Constitución Política de Costa Rica garantiza una amplia libertad de petición (art. 27) que pareciera restringirse cuando se instituye el derecho de pedir el reconocimiento y protección de derechos e intereses legítimos (art. 41), al disponerse que ésta petición debe hacerse "ocurriendo a las leyes", otorgándose al legislador el poder de determinar las formas y términos en que un individuo debe reclamar sus derechos.⁽¹⁾ Sin embargo el legislador deberá siempre establecer tales formas y términos de manera que no se lesione en forma alguna la libertad de petición, conforme el principio general, inderogable, que establece el citado artículo 27 constitucional.

El legislador, en consecuencia, ha establecido los diferentes modos y términos en que un individuo puede dirigirse al Estado y la forma en que éste debe pronunciarse. Tales regulaciones comprenden la forma de dirigirse al Estado como Administración o como Órgano Jurisdiccional. Dentro de las últimas se ubican los procedimientos civiles, penales y de lo contencioso administrativo.

En materia de procedimientos civiles el ejercicio del derecho de petición lo encontramos en *la acción*. En esa perspectiva trataremos sobre su naturaleza, indicaremos los problemas u obstáculos que encuentra su ejercicio y señalaremos posibles soluciones para superarlos.

I.—LA ACCION

Como anticipamos, entendemos por acción, conforme las enseñanzas de Couture⁽²⁾ el ejercicio del derecho de petición. El contenido de ese concepto ha llevado a los autores a adoptar posiciones subjetivistas y objetivistas. Los subjetivistas entendían que la acción no era otra cosa que el derecho puesto en movimiento, el derecho sustancial mismo, el derecho "en estado de guerra", como dijo Demolombe. Los objetivistas, sobre todo grandes publicistas como Hauriou y Duguit, fijaron su atención en el llamado contencioso objetivo⁽³⁾ y ponen de relieve la existencia de una acción sin vínculo alguno con el ejercicio de un derecho.⁽⁴⁾

(1) Cf. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sesión extraordinaria 32 de 27 de junio de 1963. Boletín Judicial de 26 de octubre de 1963.

(2) COUTRE (Eduardo J.), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a. edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973. p. 74 ss.

(3) Acción que tendría como objeto la legalidad abstracta y no un derecho subjetivo o un interés legítimo, como se ha calificado en Francia el recurso de casación que puede presentar el procurador general "en interés de la ley".

(4) MOTULSKY (Henri), *Le droit subjectif et l'action en justice*, artículo de ECRITS, Dalloz, 1973, p. 87 ss.

Sin tomar partido en ese debate, autores modernos han señalado su concepción de la acción como "el poder reconocido a los particulares de dirigirse a la justicia para obtener el respeto de sus derechos y de sus intereses legítimos" (Vincent)⁽⁵⁾ o bien como "la facultad de obtener de un juez una decisión sobre el fondo de la pretensión a él sometida" (Motulsky).⁽⁶⁾ Conforme esta última definición la acción es considerada como un derecho subjetivo en sí misma, se le da un carácter independiente que llegaría a crear una relación jurídica especial en la que el sujeto activo sería el particular que pide ser oído por los tribunales y el sujeto pasivo el juez, individualizado como persona física y no como ente institucional.⁽⁷⁾

Se ha sostenido que considerar la acción como un poder es más acertado que atribuirle la categoría de derecho subjetivo, puesto que es "artificial" señalar como sujeto pasivo de ese derecho al juez y que el concepto de poder precisa los caracteres que tiene la acción de ser impersonal, objetiva, permanente e irrenunciable en forma general y absoluta.⁽⁸⁾ Nosotros consideramos, sin embargo, que admitir que la acción es un derecho subjetivo "puro" explica precisamente el fenómeno de la responsabilidad civil del juez que denegara justicia, si se entiende el juez como el sujeto pasivo de esa específica relación jurídica. El juez no puede considerarse como un tercero frente a quien pide justicia, él está jurídicamente ligado a quien llega a los tribunales a título de una obligación de hacer, independientemente de sus deberes como representante del Estado que surgen de su vínculo con éste como Órgano Jurisdiccional. En virtud de este vínculo entre el juez y el Estado se explica las sanciones disciplinarias que podrían imponerse, pero no la responsabilidad civil que surgiría del incumplimiento de la obligación de hacer en que se resume para nosotros la decisión judicial.

En apoyo de esta tesis de la acción como derecho subjetivo autónomo debemos citar los comentarios de Couture cuando estudia "la acción como derecho a la jurisdicción,⁽⁹⁾(10) así como el texto expreso del nuevo Code de Procédure Civile francés, que dice:

"La acción es el derecho, para el autor de una pretensión, de ser oído sobre el fondo de ella con el objeto de que el juez la declare bien o mal fundada.

(5) VINCENT (Jean), *Procédure Civile*, 18va. edición, Dalloz, París, 1976, p. 34.

(6) MOTULSKY, ídem, p. 95.

(7) MOTULSKY, ídem. Una tesis similar expone CATALA (Pierre) y TERRE (François) *Procédure Civile et Voies D'execution*, P.U.F. 2a. edición, 1976, p. 210, y WEILL (Alex), *Droit Civil (Introduction Generale)*, Dalloz' París, 1973, p. 340.

(8) VINCENT, op. cit. p. 35 y 36.

(9) COUTURE, op. cit. p. 67.

(10) El Dr. Olman ARGUEDAS ("*Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el código procesal civil*", Revista Judicial. San José, Costa Rica, Año II, N° 7, p. 43) habla de la acción como un "derecho cívico" a la vez que la considera como "un poder jurídico que pertenece por igual tanto a quien tiene la razón como a quien no la tiene".

Para el adversario, la acción es el derecho de discutir lo bien fundado de esa pretensión".⁽¹¹⁾

Así entendida la acción comprende la noción de toda actuación frente a la justicia en defensa de derechos o intereses legítimos, sea mediante la exigencia de su reconocimiento, cuando se presenta una solicitud con ese propósito, o al pedir el rechazo de una pretensión que vulnera esos derechos o intereses.

Sólo por medio del ejercicio de la acción pueden los particulares obtener un reconocimiento de sus derechos mediante un pronunciamiento del Órgano Jurisdiccional que acoja una demanda o que admita una defensa.

II.—OBSTACULOS A LA ACCION.

El legislador, al instrumentar el principio constitucional de libertad de petición, en lo que se refiere al proceso civil, ha establecido regulaciones que tienden a la marcha ordenada de los asuntos pero que constituyen en una buena medida, obstáculos técnicos y materiales al ejercicio de la acción.

Esas barreras las constituyen ya sea el simple temor reverencial a los tribunales y a los abogados, el costo de la justicia, o la complejidad de los procedimientos, la formalidad procedimental.

En nuestro sistema procesal civil, dada su formalidad necesaria, el acceso de los particulares a los tribunales debe conducirse perentoriamente a través de un abogado. La participación de este auxiliar de la justicia en todo proceso civil es obligatoria, tanto por la regla que establece que todo memorial que las partes dirijan al tribunal debe ser firmado por ellas y autenticadas sus firmas por un abogado, como por el carácter casi sacramental que tienen los actos procesales que debe cumplir el particular.⁽¹²⁾

La onerosidad de la justicia, presente en el pago de papel sellado, timbres de diversas clases, honorarios de peritos, expensas para notificaciones y para el desplazamiento del juez y sus auxiliares, y sobre todo en los honorarios del abogado, es un escollo difícil de salvar para quien no tiene recursos económicos. Es tan importante el aspecto de las costas procesales y personales en el proceso civil, que en el contencioso la parte que no garantice el eventual pago de las de su adversario se ve prácticamente amordazada, sin posibilidad de ser oída por el juez.

(11) Copiamos esa definición legal, aun cuando COUTURE (op. cit. p. 62) piense que una "impropiedad técnica, incorporar una definición al derecho positivo". Aclaremos que la traducción del texto francés es nuestra.

(12) Por ejemplo, sólo un iniciado en procedimientos civiles podría redactar una demanda o una contestación, un pliego de posiciones o un simple interrogatorio de testigos, para no hablar de alegatos de expresión de agravios, apelaciones de hecho o recursos de casación.

El legislador ha tratado de atenuar la severidad de ésta última situación, instituyendo el beneficio de litigar como pobre, que el juez puede otorgar a personas que demuestren tener bajos recursos económicos, con lo que podrán tramitar el asunto en papel sellado de poco valor y verse liberados de garantizar el pago de las costas a la parte contraria. Pero el propio contacto de la parte con el juez, el acceso a los estrados, no se mejora casi nada, puesto que quien obtiene el beneficio de pobreza no se ve liberado —y no podría serlo en forma alguna— de la obligación del auxilio del abogado en el proceso.⁽¹³⁾

III.—SOLUCIONES

Existiendo una disposición constitucional que garantiza la libertad de petición, en forma irrestricta, debe hacerse un esfuerzo para que ese principio, en lo que corresponde a la acción civil, no se encuentre sin plena aplicación. Instituciones procesales ya existentes, como el principio de contradicción y la protección de los derechos de la defensa, deben ampliarse a todas las situaciones posibles. Asimismo, deben crearse otras que ayuden a superar las barreras de los procedimientos.

a) *La contradicción y la defensa.*

El principio de la contradicción, que consiste en la obligación que tiene el juez de oír a todas las partes interesadas para la apreciación de cualquier elemento de hecho o de derecho que sea llevado a su conocimiento, debe ser de aplicación general, sin excepciones. Por ello estimamos contrario al espíritu que animó la disposición constitucional citada cualquier restricción al ejercicio de la acción, tal como lo es la garantía de costas. El pago de las costas es un elemento extraño al proceso, aún cuando sea en éste que se disponga quién tiene que cubrirlas. Por esa razón consideramos ilógico que se ligue su garantía a la marcha del proceso.⁽¹⁴⁾

El principio de protección a la defensa, que se integra al enunciado anteriormente, recoge un cierto número de privilegios en favor del demandado, como la competencia otorgada en tesis general al tribunal de su

(13) Los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica permiten a personas de bajos recursos tramitar asuntos civiles bajo el auxilio gratuito de estudiantes de Derecho asistidos por sus profesores. Estos últimos asumen el carácter de abogados del beneficiario de esos servicios. Pero esa institución es de alcance muy restringido.

(14) El nuevo Código de Procedimientos Civiles francés ordena en el artículo 16 que "El Juez debe en toda circunstancia hacer observar el principio de contradicción. El no puede considerar en su decisión los argumentos, las explicaciones y los consumos invocados o presentados por las partes si éstos no han sufrido un debate contradictorio. Cf. WIEDERKEHR (Georges), *Le principe du contradictoire*, in Recueil Dalloz 1974, Chron., p. 95.

domicilio (*forum rei*) y la carga de la prueba impuesta al actor. También dentro de ese principio encontramos la regla que señala en los sistemas orales que en los debates siempre tenga la última palabra el defensor.

Siempre dentro del principio de protección a la defensa, encontramos en el derecho procesal civil francés una sana disposición: el juez puede siempre oír a las partes mismas, sin intervención de abogado.⁽¹⁵⁾ Dado el sistema mixto —oral y escrito— del proceso civil francés, las partes mismas pueden dirigir sus observaciones al tribunal sin observar especiales solemnidades, fuera de mínimas reglas de respeto al juez y a los contrarios. Esa regla es una garantía para las partes de que sus intereses van a ser atendidos tanto por el tribunal como por sus abogados.

Estas medidas que hemos enunciado son inherentes al proceso mismo. Permiten en cierta medida el ejercicio de la libertad de petición ante los tribunales. Sin embargo, para que así sea, las partes previamente deben haber tenido acceso a la justicia, lo que representa haber obtenido el asesoramiento legal y técnico de un abogado y haber reservado los recursos económicos del caso.

b) *La ayuda judicial.*

La ayuda judicial, llamada también asistencia judicial en algunas partes, es una institución que permite a las personas de pocos recursos económicos superar los obstáculos señalados en el párrafo anterior. En los lugares en que existe, la ayuda judicial está basada en los mismos principios de justicia social que animan el sistema de seguridad social.

El sistema funciona en Francia, administrado por oficinas especializadas que dependen del Ministerio de Justicia. Estas oficinas reciben las peticiones de particulares que piden su intervención ya sea para iniciar un proceso o para continuar uno en curso. En forma sumaria la petición —en que se justifican ingresos y situación familiar— es tramitada, disponiéndose acogerla o rechazarla. Si se acuerda la ayuda, puede ser total o parcial. Es total cuando se dispone a favor del beneficiario el pago de todos los gastos procesales: honorarios de abogado, expensas de funcionarios judiciales, pago de peritos, así como la exoneración de derechos fiscales. La ayuda judicial parcial concede esos mismos beneficios reducidos en la mitad, en una cuarta o en una octava parte, conforme los recursos económicos de quien la pida. La ayuda acordada es considerada provisional, en el sentido de que si la situación económica del beneficiario mejora, en esa medida deberá rembolsar al Estado los gastos que cubrió. El beneficio comprende únicamente los gastos del solicitante, no los del adversario, que si triunfa en el pleito será rembolsado por aquel sin la ayuda estatal.

(15) El Art. 20 del nuevo Código Procesal Civil francés dice que: "el juez puede siempre oír a las partes mismas", y el art. 441 ídem dispone que: "aún el caso en que la representación legal es obligatoria, las partes, asistidas por sus representantes, pueden presentar ellas mismas observaciones orales".

El sistema cubre todo proceso civil, sea de naturaleza contenciosa o de materia graciosa.⁽¹⁶⁾

Debido a la organización corporativa de los abogados franceses, la resolución que acuerda la ayuda judicial es notificada al presidente de la orden de abogados respectiva (bâtonnier) quien designará al abogado que debe iniciar el asunto o seguir su tramitación. El abogado así designado debe prestar obligatoriamente sus servicios.⁽¹⁷⁾

Un sistema como el que hemos esquematizado permitiría que por medio de la ayuda judicial existiera un efectivo acceso a la acción civil, sin comprometer el carácter necesariamente formalista que debe tener el proceso en esta materia.

* * *

El proceso civil debe adecuarse al principio constitucional de la libertad de petición. En esa óptica, deben tenerse siempre presentes, tanto a la hora de legislar como a la hora de dirigir un asunto concreto, los principios de la contradicción y de la defensa, que deben privar sobre formalismos sin sentido. Con tales principios y con instituciones que permitan a todos el acceso a la justicia, podrán los tribunales verdaderamente tener como mira el "asegurar la victoria de la justicia dentro del respeto de los principios directores de la instancia".⁽¹⁸⁾

MATRIMONIO Y FAMILIA EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

(Breves apuntes sobre el artículo 16)*

Dr. Victor Pérez Vargas

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

(16) Cf. VINCENT, op. cit. p. 1024 ss; CATALA y TERRE, op. cit. p. 4 ss.; ley de 3 de enero de 1972 que instituye la ayuda judicial en Francia.

(17) Art. 23 de la ley citada. Cf. VINCENT, op. cit. p. 1029.

(18) MOTULSKY, op. cit. p. 276.

* Estudio solicitado por la Asociación Costarricense pro NACIONES UNIDAS, con motivo de la celebración de los treinta años de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. San José, Agosto, 1978.

340

R

#24092

INTRODUCCION:

Mientras que en teoría la protección de los derechos humanos, tal como fue formulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, es una adquisición consolidada de la humanidad, debe reconocerse que, en la práctica, la existencia de graves disparidades es obstáculo demasiado grande para hacer posible una verdadera organización internacional;⁽¹⁾ la Declaración no crea verdaderas obligaciones para los Estados, no sirve en realidad para proporcionar efectivos remedios contra detenciones arbitrarias, confiscaciones arbitrarias de propiedades o discriminaciones raciales en materia laboral.⁽²⁾ La Declaración, sin embargo, es de profundo valor en cuanto contribuye a establecer vinculaciones morales que, a menudo, encuentran concretización positiva en los diversos Ordenamientos⁽³⁾ y en Convenios internacionales.⁽⁴⁾

La positivización de los enunciados no es tampoco garantía de realización de los postulados. En lo que se refiere a nuestro tema se ha observado, por ejemplo, que "los defensores de la familia parecen admitir de ordinario en su exhuberancia apologética que la familia es por sí misma, una especie de gracia automática, un medio favorable a la expansión espiritual de sus miembros".⁽⁵⁾ De esta comunidad viviente ideal a la familia históricamente dada en nuestros tiempos hay una gran distancia. Frente al elevado grado de evolución de los valores en el plano formal encontramos el dato real: la efectiva realización de la persona como tal, la efectiva atribución de dignidad al ser humano se ve obstaculizada por graves desequilibrios que el mismo Gandhi denunció como la forma más atroz de violencia por su carácter sistemático.

- (1) FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964, p. 63. "Es meramente una exposición de principios carente de fuerza obligatoria" BOLETIN, Comisión Internacional de Juristas, N-18, marzo 1964, p. 7.
- (2) FRIEDMANN, op. cit., supra 1, p. 241.
- (3) Del 10 al 15 de enero de 1966 se celebró en Colombo, Ceilán, un coloquio internacional, entre cuyas conclusiones se lee: se recomienda "la introducción de cláusulas protectoras de los derechos humanos fundamentales a fin de hacerlos efectivos en las constituciones escritas que no enuncian garantías de esa índole" BOLETIN de la Comisión Internacional de Juristas, N-26, junio, 1966, Ginebra, ps 11 y 12.
- (4) V. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, Lagos, 1961. COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Aspectos dinámicos del Imperio de la Ley en la Epoca Moderna, Bangkok, Tailandia, febrero de 1965, Ginebra.
- (5) MOUNIER, op. cit., infra 26, p. 135.

Conscientes de las anteriores limitaciones nos proponemos, sin embargo, analizar brevemente el texto del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Haremos referencia a su circunstancia histórica y trataremos de precisar los instrumentos positivos que en Costa Rica contribuyen a la realización de los postulados ahí enunciados.

Desarrollo: El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A) El párrafo primero:

El párrafo primero del artículo en examen establece como supuesto (figura jurídica primaria, o "hecho jurídico" casualmente entendido) lo que se denomina dentro de la reciente clasificación de A. Falzea un "evento relativo a la esfera orgánica":⁽⁶⁾ el crecimiento. Se trata de un evento en cuanto en él no existe "iniciativa" del sujeto (como, en cambio, sí existe en los comportamientos); los eventos relativos a la esfera orgánica se denominan "hechos de vida"⁽⁷⁾ para distinguirlos de los "hechos naturales" (que también son eventos) donde la esfera de incidencia es física; la etapa de crecimiento relevante en este supuesto causal es "la llegada a la edad núbil".⁽⁸⁾

En el Derecho de Familia costarricense ha sido fijada esta edad en quince años. Se considera inválido el matrimonio del menor de quince años. Se califica de "anulable". Establece el artículo 15, inciso 3 del respectivo Código: "Es anulable el matrimonio de la persona menor de quince años". El 65, por su parte, establece que esta forma de invalidez (el Código emplea equivocadamente la expresión "nulidad", tratándose, más bien, de una hipótesis de anulabilidad) podrá demandarse "en el caso de matrimonio de la persona del menor de quince años, por los padres o tutor del menor", en otros términos, por su representante legal. Agrega la posibilidad de que lo haga el menor asistido por un curador especial. La fijación de la "capacidad" matrimonial en la edad de quince años en Costa Rica resulta confirmada por los artículos 16 y 17 del Código de Familia. Si bien el primero de ellos prohíbe el matrimonio "del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o la tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1) del artículo 21 de este Código (que se refiere a los casos en que el asentimiento lo da el Tribunal: menores en estado de abandono así declarados judicial o administrativamente o huérfano carente

(6) V. FALZEA, Angelo, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1970, p. 412: En los hechos de vida, se afirman, se revelan "intereses relativos a los procesos vitales del hombre".

(7) Op. ult. cit., p. 414.

(8) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se lee: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención".

de tutor)", el artículo 17 establece que "el matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido".⁽⁹⁾

Verificado el supuesto causal analizado, "la llegada a la edad núbil", las valoraciones jurídicas que emanan, de conformidad con la Declaración, son de posibilidad, posibilidad axiológica de una conducta (poder): "casarse y fundar una familia". En cuanto posibilidad, desde el punto de vista lógico, se trata de la "no necesidad de lo contrario", facultad libre de particulares vínculos en una u otra dirección.⁽¹⁰⁾

Se confirma la ausencia de vínculo (en realidad lógicamente innecesaria la confirmación, en cuanto implícita en la valoración referida) con la expresión "sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión".

Resulta interesante destacar la significación histórica de la última expresión transcrita: la experiencia de la Segunda Guerra Mundial había mostrado al mundo los riesgos de una planificación estatal de la vida familiar, con criterios discriminatorios raciales, de nacionalidad y religión.

En efecto, los Ordenamientos totalitarios concibieron al Estado como un "organismo viviente",⁽¹¹⁾ lo que implicó diversas cosas: expansión "justificada" por el espacio vital (Lebensraum),⁽¹²⁾ alma colectiva,⁽¹³⁾ órga-

(9) Artículos del Código de Familia, Ley 5476 de 21 de diciembre de 1973, publicado en Alcance N-20 a La Gaceta N-24 de 5 de febrero de 1974 para entrar en vigencia 6 meses después de su publicación. Sobre el tema, en general, V. PUGLIATTI, Salvatore, Diritto Pubblico e privato, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano. BARCELLONA, P. Famiglia, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano. CAMPAGNA, Famiglia Legittima e famiglia adottiva, Giuffrè-ed., Milano, 1966. FALZEA, Angelo. La separazione personale, Giuffrè-ed., Milano, 1943. GRASSETTI, Cesare, Famiglia (diritto privato) Nov. Dig. It. Vol. VII, p. 47. BIANCA, Massimo, Famiglia (diritto di) Nov. Dig. It. Vol. VII, p. 72. BERTOLA, Arnaldo, Matrimonio (diritto civile) Nov. Dig. It. Vol. X, p. 353 y ss.

(10) Sobre la figura del poder en cuanto "juicio de posibilidad axiológica" que se resuelve en un juicio de "no necesidad" v. FALZEA, op. cit., supra 6, p. 300.

(11) "... entendemos al Estado como organismo viviente de un pueblo, que no sólo garantiza la conservación de éste, sino que le conduce al goce de la máxima libertad..." HITLER, Adolfo, Mi Lucha, Editorial Mateu, Barcelona, 1962. "Un organismo que abraza una serie ilimitada de generaciones..." ESCHMANN, Ernest Wilhelm, El Estado Fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937.

(12) "... la única posibilidad hacia la realización de una sana política territorial radicaba para Alemania en la adquisición de nuevas tierras" HITLER, op. cit., supra 11.

(13) El "espíritu del pueblo"; NOVALIS sostenía que la Nación es un verdadero organismo histórico viviente que encierra en sí el espíritu; para MÜLLER la unidad del Estado estaba en el alma nacional; para SCHELLING el gran organismo es el Estado animado por el espíritu del pueblo.

nos e individuos jerarquizados,⁽¹⁴⁾ principios políticos aristocráticos,⁽¹⁵⁾ necesidad de una cabeza⁽¹⁶⁾ y unidad totalitaria.⁽¹⁷⁾

Esta concepción totalitaria produjo relevantes incidencias sobre la vida familiar: el control estatal de la temprana infancia,⁽¹⁸⁾ la política de incremento de población mediante subsidios,⁽¹⁹⁾ la legislación sobre eugenesia de 1933, en la práctica una política de esterilización y exterminio⁽²⁰⁾ y la legislación antijudía de 1935 y 1938.⁽²¹⁾

Los teóricos del movimiento llegaron a afirmar: "La pérdida de la pureza de la sangre destruye la felicidad interior, rebaja al hombre para siempre".⁽²²⁾ Hitler afirmó: "El Estado racista está obligado a cuidar que sólo los individuos sanos tengan descendencia".⁽²³⁾ "El imperativo de hacer imposible a los seres defectuosos la procreación de una descendencia también defectuosa es un imperativo de la más clara razón y significa, en su sistemática aplicación, la acción más humana de la humanidad".⁽²⁴⁾

(14) "...valores entre las razas y también entre los individuos" HITLER, op. cit., supra 11. "...un nuevo sistema de desigualdad" ESCHMANN, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes cabe recordar que para BURKE la naturaleza implica jerarquía, para NOVALIS la visión orgánica de la sociedad implica subordinación y jerarquía, para MÜLLER la tesis organicista implica desigualdad y jerarquía; estas ideas se encontraban ya en La República de PLATÓN.

(15) "...la selección de los mejores". HITLER, op. cit., supra 11.

(16) "...encarna nuestro movimiento el principio de la autoridad absoluta del Führer que a su vez supone la máxima noción de responsabilidad". HITLER, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes cabe recordar que VON SCHLEGEL hablaba de la unión vital entre la cabeza y los miembros; HEGEL hablaba del caudillo como encarnación de lo universal.

(17) "Todo en el Estado, nada fuera del Estado" decía MUSSOLINI. "El individuo es tan sólo un elemento dentro de un todo orgánico". ESCHMANN, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes recordamos la tesis de NOVALIS de que el ciudadano perfecto vive totalmente en el Estado y la de MÜLLER de que el hombre fuera del Estado es inconcebible. FICHTE afirmaba que el individuo es parte del todo social al cual está subordinado.

(18) V. MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas políticas económicas. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 198.

(19) Aunque —sostiene Sabine— "la necesidad de expansión territorial era sostenida al mismo tiempo, sobre la base de que Alemania ya estaba superpoblada" SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p. 648. En Italia, por su parte, había medidas financieras como "bonificación progresiva en el impuesto sobre la renta para los padres de familias numerosas" ESCHMANN, op. cit., supra 11, p. 122. Relata ahí el autor citado: "concursos públicos con altos premios en metálico, para los 10 niños más hermosos que hubieran nacido dentro del plazo del noveno al décimo mes siguiente a la convocatoria del concurso".

(20) SABINE, op. cit., supra 19, p. 649.

(21) Fueron proscritos los matrimonios entre alemanes y personas con la cuarta parte (o más) de ascendencia judía. SABINE, op. cit., supra 19, p. 649.

(22) ROSENBERG, Alfred. El mito del siglo XX.

(23) HITLER, op. cit., supra 11, p. 188.

(24) HITLER, op. cit., supra 11, p. 134. Estos argumentos han sido refutados en

Como se ha visto, las dimensiones de la reacción totalitaria fueron radicales. La justificación del movimiento nacional socialista, aunque tenía antecedentes en el idealismo alemán, en Fichte y Schelling, y en Burke, Novalis y Carlyle, es fundamentalmente de tipo positivista. El criterio de valoración no podía ser otro que aquel que las mismas disposiciones positivas estatales determinasen. No entraremos a analizar aquí los múltiples factores de la segunda guerra mundial; lo cierto es que, terminada ésta, la humanidad vuelve los ojos hacia algo que se creía superado: los derechos humanos.

Frente al totalitarismo en la regulación de la vida familiar se afirma la privacidad doméstica⁽²⁵⁾ y la libertad de escogencia de estado civil,⁽²⁶⁾ sin particulares exclusiones, en el entendido de que se trata de actuar dentro de los límites del Ordenamiento. Esta libertad deriva del "poder de decidir por sí mismo sobre sus propios actos que tiene el individuo".⁽²⁷⁾

Es dentro del anterior contexto histórico que resulta comprensible la formulación del "derecho a casarse y fundar una familia" del párrafo primero del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El mismo párrafo comentado establece el principio de igualdad entre cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.⁽²⁸⁾

Las implicaciones positivas del enunciado pueden observarse a nivel constitucional y a nivel legislativo:

a) Aspectos constitucionales: En los diversos Ordenamientos positivos se encuentra formulado con rango constitucional el principio de igualdad

el sentido de que: "En esta perspectiva de biólogos filósofos, no hay problema más que con relación a las personas, escoger biológicamente a la pareja, hacerla proliferar y seleccionar el producto, para asegurar el predominio cualitativo y cuantitativo de la raza sobre las razas concurrentes, o, al contrario, limitar los nacimientos para asegurar al conjunto de la especie un mínimo de confort, estos son problemas de cría de ganado". MOUNIER, op. cit., infra 26, p. 136 y 137.

(25) El comunitarismo francés afirma que en el hogar la persona constituye su vida de persona; está al nivel de las cosas eternas. MARITAIN, Jacques. Los derechos del hombre. Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972, p. 26. La jurisprudencia francesa ha establecido claramente el derecho de toda persona a su vida privada. V. REVISTA DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, N-5, marzo, 1970.

(26) V. MOUNIER, Emmanuel. Manifiesto al servicio del personalismo. Taurus, Madrid, 1965, p. 139.

(27) BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Instituto de Derecho Privado. Editorial Universitaria de Costa Rica, 1978, p. 22.

(28) En Italia, antes de la reciente reforma, ésta fue una elaboración de la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias N-133 y 128 de 1970, N-126 y 127 de 1968 y N-147 de 1969. V. MAMMUCARI-LUZI, Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale, Giuffrè-ed, Milano, 1968. V. tamb. PIZZI, Annarosa, Problemas de la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. IV, N-2, 1963, Ginebra.

conyugal.⁽²⁹⁾ Se ha dicho que "la estructura interna de la comunidad familiar descansa sobre el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges (que a su vez deriva del principio general de igualdad)".⁽³⁰⁾

En Costa Rica, la Constitución Política de 7 de noviembre de 1949 establece que el matrimonio "es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges" (artículo 52).

Cabe observar que con ello parece haberse dejado fuera de la tutela constitucional la unión de hecho. En realidad esa institución ya se ha incorporado al Ordenamiento, si bien mediante esporádicas disposiciones.⁽³¹⁾ Carecemos, sin embargo, de una normativa adecuada.⁽³²⁾ En todo caso, la esencialidad a que se hace referencia ha de entenderse como "primordialidad", no como "exclusividad".

b) Aspectos legislativos: La tendencial equiparación conyugal en nuestro Derecho Positivo resulta observable en algunas disposiciones del nuevo Código de Familia. Así, la que establece, por ejemplo, que la responsabilidad y gobierno de la familia son compartidos por ambos cónyuges (artículo 34 C.F.) es una aplicación del principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (artículo 2 C.F. y 52 de la Constitución Política). La regla referida es seguidamente desarrollada en el mismo artículo que establece que los asuntos domésticos y las cuestiones relativas a los hijos deben regularse conjuntamente.⁽³³⁾

(29) En la Unión Soviética, por ejemplo, artículo 122: "La mujer tiene en la URSS iguales derechos que el hombre en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política". Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Editorial Progreso, Moscú, p. 93.

(30) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 704. Estos principios han sido criticados desde una posición conservadora: "La declaración dogmática que contiene el artículo 4 constitucional en el sentido de que el varón y la mujer son iguales ante la ley es contraria a la condición natural... la igualdad legal absoluta entre ellas no puede existir". BURGOA, Ignacio, p. 300. Sobre el tema v. ORTIZ, Gonzalo, Análisis de los articulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, N-3, mayo de 1964, ps. 70 y 71.

(31) Un reconocimiento implícito de la familia de hecho en Costa Rica puede verse en el artículo 142 del Código de Familia. V. tamb. art. 47 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social y art. 4 de la Ley N-1922 de 5 de agosto de 1955.

(32) V. ODIQ, Elizabeth, Familia de hecho. Revista Judicial, N-8, junio, 1978. Corte Suprema de Justicia, San José, p. 45 y ss (Relación costarricense para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado, celebradas en San José en setiembre de 1977).

(33) Interesa anotar que en Francia el artículo 213 del "Code Civil" preve la dirección conjunta de la familia por parte de ambos cónyuges. El presidente de la Comisión de reforma explicó esta disposición diciendo que "la verdadera cohesión no depende de la autoridad de uno de los cónyuges; tal concepción autoritaria sólo puede conducir a conflictos; ella depende de la unión de los esposos" DOYEN JULIOT DE LA MORANDIERE, propos cités par M. le Garde des Sceaux lors des débats parlementaires, J.O. Débats A.N. 9 avril 1970, cit. p. CAMELBEKE, Micheline, Les réformes du droit de la famille en France au cours de la dernière décennie, Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N-3 de 1974, Giuffrè-ed, Milano, p. 791.

También los deberes genéricos de respeto, fidelidad y socorro se fundamentan en la nueva legislación en un igual tratamiento de ambos cónyuges y encuentran tutela en diversas disposiciones del citado Código, en particular en lo que se refiere a las causales de divorcio (artículo 48 del Código de Familia) y separación judicial (artículo 58 C.F.).⁽³⁴⁾

En lo que se refiere a la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el nuevo Código establece la tendencial equiparación de los cónyuges, con una única excepción, que no deja de ser un legado de la antigua concepción autoritaria: el predominio provisional de la opinión del padre en caso de conflicto (art. 138 C.F.).

B) El párrafo segundo:

El párrafo segundo del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece como supuesto indispensable del matrimonio el "libre y pleno consentimiento de los futuros esposos".

Con relación a esta disposición son aplicables las consideraciones realizadas sobre la libertad de escogencia de estado civil. También cabe recordar la existencia de concretas normas positivas en nuestro Código de Familia sobre el consentimiento, como la que preceptúa: "Para que exista matrimonio el consentimiento de ambos contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso" (art. 13 C.F.), la que determina la anulabilidad del matrimonio "en el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro" (art. 15 inciso 1 C.F.) y la que establece la anulabilidad del matrimonio "del que padezca incapacidad mental al celebrarlo..." (art. 15 incisos 2 y 3 C.P.)

C) El párrafo tercero:

El párrafo tercero del artículo en examen establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".⁽³⁵⁾

(34) V. desarrollos del tema en PEREZ, Víctor, El nuevo derecho de familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976, San José, p. 31 y ss.

(35) V. ORTIZ, op. cit., supra 30, p. 171. Sobre este carácter esencial se han planteado algunas discusiones. Algunos han llegado a ver en la pérdida de funciones tradicionales una tendencia de la familia a desaparecer. Así MAO TSE TUNG, La famiglia scomparirà. Conferencia de Cheng tu, 1958, marzo, publicado en Lotta continua, 29 setiembre de 1974. En contra de esta idea v. MANN, Thomas, Sul matrimonio, Scritti minori, Parte III, Saggi vari. Vol. XII, Tutte le opere, Mondadori, Milano, p. 455. Desde otro punto de vista se ha afirmado que "en la sociedad dividida en clases, basadas sobre la propiedad privada la familia conserva la función de determinar la posición social de las generaciones sucesivas" BAUMAN, Zigmunt, Lineamenti di una sociologia marxista, Editori Riuniti, Roma, 1971, p. 340. Sobre la disolución de las funciones familiares v. OGBURN, The family and its functions, Selected Essays on Family Law, Association of American Law Schools, Brooklin, 1950, ps. 20 a 22.

"Se establece en la nueva legislación, en términos generales, la existencia de un interés a la familia ("Es obligación del Estado proteger a la familia", según el texto del artículo primero del Código respectivo). Hablo de interés "a la familia"⁽³⁶⁾ y no de "interés familiar" o "interés de la familia"⁽³⁷⁾ por cuanto, en la nueva legislación, la familia no se presenta como titular de ninguna situación jurídica, y, en consecuencia de ningún interés jurídico.⁽³⁸⁾ Pensar en un interés *de la* familia implicaría otorgar a ésta subjetividad, lo cual resulta excluido con base en un examen analítico de la nueva ley".⁽³⁹⁾

La afirmación pluralista (porque comprende que el desarrollo de la persona humana reclama normalmente una pluralidad de comunidad autónomas) de la familia, de su importancia y de la especial tutela que merece, es también comprensible históricamente en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como reacción frente a los sistemas totalitarios. Se ha afirmado al respecto: "La familia es una comunidad natural de personas; es, pues, superior al Estado, que no es más que un poder de jurisdicción. Sus derechos, posteriores a los de sus miembros, son anteriores a los del Estado en todo lo que respecta a su existencia como comunidad y al bien de sus miembros como personas".⁽⁴⁰⁾

Con estos postulados se propugna "una civilización más sensible a los valores de la persona que a los de la razón geométrica que vea en la institución familiar una adquisición definitiva, el medio humano óptimo para la formación de la persona".⁽⁴¹⁾

En el Derecho de Familia costarricense encontramos diversas disposiciones encaminadas a estas finalidades: el artículo primero del Código de Familia preceptua: "Es obligación del Estado proteger a la familia"; el número 2 fija la "unidad de la familia" como uno de los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código"; el artículo 6 establece una exención de impuestos y timbres para los actos de aplicación del Código; el 42 regula la afectación del inmueble familiar: "El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges. Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del

(36) Según la expresión de LIPARI, Nicolo, *Diritto Privato, Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1974, p. 168.

(37) Sobre el tema v. PEREZ, Víctor, Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N-27, 1975, San José, ps. 117 y ss.

(38) Sobre el problema de la subjetividad de la familia v. CAMPAGNA, op. cit., supra 9, p. 65. v. tamb. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las Personas*, Instituto de Derecho Privado, Universidad de Costa Rica, San José, 1974, p. 56 y ss.

(39) V. PEREZ, op. cit., supra 34, p. 24.

(40) MOUNIER, op. cit., supra 26, p. 145.

(41) Op. ult. cit., p. 133.

propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente"; el 48, en cuanto establece que "El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio...".

Junto a los anteriores principios relativos a la tutela de la unidad familiar, "encontramos en el nuevo Código una privatización y una funcionalización del Derecho de Familia en el sentido de que lo que se persigue es otorgar la máxima tutela al grupo, pero considerando que éste es funcional para la tutela de sus componentes, con la que encuentra justificación la misma disolución del grupo (por ejemplo mediante el divorcio)⁽⁴²⁾ cuando los intereses jurídicamente relevantes de sus miembros no encuentran realización armónica dentro del grupo (familiar).⁽⁴³⁾ En síntesis, la tutela del grupo está condicionada al hecho de que éste realice la tutela de los individuos que lo integran. La unidad de la familia que antes justificaba su estructura jerárquica, se encuentra en el nuevo Código al mismo nivel que "el interés de sus componentes".⁽⁴⁴⁾

BIBLIOGRAFIA

- BARCELONA, P. *Famiglia*. Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed, Milano.
- BAUMAN, Zigmunt, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Editori Riuniti, Roma, 1971.
- BERTOLA, Arnaldo, *Matrimonio (diritto civile) Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Vol. X.
- BIANCA, Massimo, *Famiglia (diritto di) Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, Vol. VII.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973.
- BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela, Instituto de Derecho Privado, Editorial Universidad de Costa Rica, 1978.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa S. A. México, 1978.
- CAMELBEKE, Micheline, *Les reformes du droit de la famille en France au cours de la dernière decennie*, Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N-3, 1974, Giuffrè-ed, Milano.
- CAMPAGNA, *Famiglia legittima, famiglia adottiva*, Giuffrè-ed, Milano, 1966.
- (42) V. PEREZ, Víctor. *El divorcio en Costa Rica*, *Revista Judicial* N-2, diciembre de 1976, p. 47 y ss.
- (43) En la Convención Americana de Derechos Humanos se expresa: "En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".
- (44) PEREZ, op. cit., supra 34, p. 59.

- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Aspectos dinámicos del Imperio de la Ley en la Epoca Moderna, Bangkok, Tailandia, Febrero de 1965, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Boletín, N-26, junio 1966, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Boletín, N-18, marzo 1964, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Revista. N-5, marzo 1970.
- ESCHMANN, Ernst Wilhelm, El Estado fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937.
- FALZEA, Angelo, La separazione personale, Giuffrè-ed, Milano, 1943.
- FALZEA, Angelo, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1970.
- FRIEDMANN, Wolfgang, The Changing Structure of International Law. Columbia University Press, New York, 1964.
- GRASSETTI, Cesare, Famiglia (diritto privato), Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, Vol. VII.
- HITLER, Adolfo, Mi Lucha, Editorial Mateu, Barcelona, 1962.
- LIPARI, Nicolo, Diritto Privato, Una ricerca per l'insegnamento, Laterza, Bari, 1974.
- MAMMUCARI-LUZI, Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale, Giuffrè-ed, Milano, 1968.
- MAO TSE TUNG, La famiglia scomparirà, Conferencia de Cheng tu, Lotta continua, 29 setiembre de 1974.
- MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre, Editorial La Pleyade, Buenos Aires, 1972.
- MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas político-económicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- MORANDIERE, Doyen Julliot de la, propos cites par M. le Garde des Sceaux lors des debats parlementaires, J.O. Debats A.N. 9 avril 1970.
- MOUNIER, Emmanuel, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965.
- ODIO, Elizabeth, Familia de hecho. Revista Judicial N-8, junio 1978, Corte Suprema de Justicia, San José.
- OGBURN, Tha family and its functions, Selected Essays on Family Law, Association of American Law Schools, Brooklin, 1950.
- ORTIZ, Gonzalo, Análisis de los articulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, N-3, mayo de 1964.
- PEREZ, Víctor, El divorcio en Costa Rica, Revista Judicial, N-2, diciembre de 1976, Corte Suprema de Justicia, San José.
- PEREZ, Víctor, El nuevo Derecho de Familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1976.
- PEREZ, Víctor, Existencia y Capacidad de las Personas, Instituto de Derecho Privado, Universidad de Costa Rica, 1974. Ultima edición Editorial Lex Loci.

- PEREZ, Víctor. Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia", Revista de Ciencias Jurídicas, N-27, 1975, San José.
- PIZZI, Annarosa, Problemas de la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. IV, N-2, 1963, Ginebra.
- PUGLIATTI, Salvatore, Diritto pubblico-diritto privato, Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed, Milano.
- ROSENBERG, Alfred, El mito del siglo XX.
- SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

UN NUEVO INSTITUTO DEL DERECHO AGRARIO: LA EMPRESA COMUNITARIA DE AUTOGESTION CAMPESINA*

Ricardo Zeledón

Profesor de Derecho Agrario
(Universidad de Costa Rica)

* Relación presentada en las III Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario, celebradas en Barcelona y Lérida del 14 al 17 de junio de 1978, destinada a su publicación en las actas del congreso del mismo nombre.

SUMARIO: 1.—La empresa comunitaria de autogestión campesina como instituto típico del Derecho agrario en América Latina. 2.—Las dificultades institucionales latinoamericanas que impiden el desarrollo comunitario de la agricultura: a) la ausencia de un modelo cooperativo agrario que cumpla a satisfacción sus finalidades; b) la insuficiencia de la asignación individual de tierras para adaptarse a modelos más avanzados de desarrollo económico; c) la falta de organización campesina. La inexistencia de un criterio jurídico empresarial por el cual concebir y desarrollar la empresa agraria. 3.—El nacimiento de la empresa comunitaria de autogestión campesina. Adjudicación comunitaria como medio de forjar la empresa multifamiliar. Diferencias con la cooperativa en los objetivos finales. Empresa comunitaria y participación campesina. Búsqueda del modelo empresarial. 4.—Empresa comunitaria de autogestión campesina y Derecho Agrario.

1.—La aparición del hombre americano y el ejercicio asociativo de la agricultura son dos fenómenos paralelos e indisolubles en la historia del continente:⁽¹⁾ el imperio de los Incas fundó un sistema socialista en cuanto al uso y distribución de los factores productivos, con influencia en toda la organización social,⁽²⁾ que también se encuentra en las demás culturas indígenas ubicadas a lo largo y ancho de América con anterioridad a la llegada de Cristóbal Colón en el octubre de 1492.

En la coexistencia de los dos sistemas: el indígena y el europeo, la propiedad de la tierra conoció una nueva forma de manifestarse pues tanto españoles como portugueses llevaron la existencia en esa época en la Península; sin embargo, aún con la privatización de la propiedad⁽³⁾ diametralmente opuesta al sistema original, la agricultura indígena continuó ejerciéndose en forma comunitaria,⁽⁴⁾ y la propiedad se usaba en común, como modo de afirmación cultural siempre presente en el conflicto de instituciones del agro que coperfiló las características del sistema jurídico indoeuropeo.⁽⁵⁾

- (1) Véase, al respecto, la obra LUELMO, J., *Historia de la agricultura en Europa y América* (Ediciones Istmo, 2º ed., Madrid, 1975) que recogiendo en forma global la historia de la agricultura ubica sus inicios con la aparición misma de la humanidad.
- (2) Cfr., para una mayor profundización, BAUDIN, L., *El imperio socialista de los Incas* (Ed. Rodas S.A., 7º ed., Madrid, 1973).
- (3) España en la época del descubrimiento y dominación carecía de un sistema feudal bien definido (OTS Y CAPDEQUI, J.M., *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Aguilar Madrid, 1968) según se puede apreciar de la misma forma de tenencia y explotación de la tierra, de ahí que el fenómeno de la privatización de la propiedad se manifiesta en América Latina con posterioridad a la independencia de la Península, por la influencia de los hechos que desencadenó la revolución francesa y más tarde promulgó el *Code Napoléon* que fue asumido junto con su filosofía. El Siglo XIX, eminentemente coticicador, ignoró totalmente las instituciones indígenas aún cuando éstas coexistieron (no legisladas: extrajurídicamente, o de hecho) con la codificación, es decir, la privatización de la propiedad no significó la aniquilación cultural indígena y no definió sus relaciones de producción en forma absoluta.
- (4) Son muchos los ejemplos que se pueden citar, entre otros la MINGA de los Andes, el CALPULLI mexicano, el AYLLU peruano.
- (5) En el campo de la agricultura comunitaria, para mencionar el perfil de interés, se nota muy claramente la existencia del mestizaje de las instituciones europeas, al verse impregnados los nuevos institutos con los elementos indígenas. De la MINGA, del CALPULLI, del AYLLU reverberan los asentamientos chilenos, la Sociedad Agrícola de Interés Social (S.A.I.S.) del Perú, o bien la Empresa comunitaria de Colombia.

Si bien es cierto que el desarrollo comunitario de la actividad agrícola no es un fenómeno de hoy⁽⁶⁾ porque pertenece al patrimonio de los orígenes de la humanidad, como instituto iusagrario producto de la puesta en marcha de la reforma agraria es típicamente latinoamericano,⁽⁷⁾ en concreto de la tercera etapa de ésta⁽⁸⁾ en que se trata de perfeccionar y adaptar a la realidad social los institutos jurídicos a través de los cuales se logre dar efectividad y vigencia a los principios inspiradores de la legislación de reforma agraria, por desgracia aún no actuados.

El renacimiento institucional del ejercicio asociativo de la agricultura se opera a través de la *empresa comunitaria de autogestión campesina* que adquiere la condición de instituto típico del Derecho Agrario en América Latina, consustancial con las formas originales del uso, distribución y ejercicio de los bienes productivos, y además, elaborado teóricamente para dar solución a problemas económicos, técnicos e ideológicos frente a los que han sucumbido modelos anteriores. Es, en suma, un intento de normativizar aquella normalidad originaria que busca satisfacer los objetivos

(6) SCHIANO DI PEPE, G., *L'esercizio collettivo dell'impresa agricola. L'agricoltura di gruppo*, publicado en el volumen *Manuale di Diritto agrario italiano* (al cuidado de Natalino Irti) (U.T.E.T., Torino, 1978) p. 178-98, 178.

(7) En este sentido ARAUJO, J.E., en *Introducción* del volumen *La empresa comunitaria* (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, San José de Costa Rica, 1975) p. xiii.

(8) Históricamente en América Latina se encuentran tres etapas de la reforma agraria bien definidas. La tercera, jalonada por los acontecimientos históricos que intentaban la instauración de un movimiento revolucionario en el Perú en el campo agrario (a través de la Ley N° 17716 del 24 de junio de 1969), se caracteriza por el perfeccionamiento de los instrumentos jurídicos y técnicos que permitan poner en marcha los planes de reforma agraria, al tiempo que garantizan su efectividad con la presencia de un perfeccionamiento de la jurisdicción agraria, la cooperativa agrícola, los tipos de producción y la empresa comunitaria de autogestión campesina. Las dos etapas anteriores se encuentran también iniciadas con una revolución: la primera con México hasta 1959 en que la nota característica fue la lucha campesina, y la segunda, con la revolución cubana que obligó a los Estados Unidos a dejar de combatir los intentos reformadores para iniciar su impulso.

económicos y sociales de una sana política agraria,⁽⁹⁾ sobre la base de afirmar valores autóctonos y repudiar la importación de modelos foráneos que poco han aportado al desarrollo agrícola.

2.—Conviene iniciar afirmando que la estructura agraria de América Latina se caracteriza aun hoy —a más de 60 años del primer intento de reforma agraria— por el insatisfactorio cumplimiento de la función económica y social que permita el desarrollo.⁽¹⁰⁾

Las dificultades existentes en el plano institucional —sin entrar a denotar aquellos superestructurales (que podrían resumirse en la ausencia de decisión política de las clases detentadoras del poder fundados en un dominio latifundista enemigo incluso del desarrollo capitalista del agro)— son muchas y de diversa índole, en relación con la agricultura comunitaria podrían mencionarse a) la ausencia de un modelo cooperativo agrario que cumpla a satisfacción sus finalidades, b) la insuficiencia de la asignación individual de tierras para adaptarse a modelos más avanzados de desarrollo económico, y, c) la falta de organización campesina. Los dos primeros órdenes de dificultades tienen estrecha relación con el atraso de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el último, con las limitaciones reales que sufre el campesino para manifestarse libremente y constituirse en grupo de presión política protector de sus intereses de clase.

(9) El desarrollo agrícola debe tomar en consideración dos órdenes de objetivos: 1) el *objetivo económico* que hace referencia al crecimiento económico = del sector agrícola al cual se llega por dos medios: el del aumento de la cantidad de recursos puestos al servicio de la producción (tierra: ampliando la frontera económica utilizando como instrumento la colonización y la habitación; capital: aumentando y planeando el empleo del crédito para la agricultura; trabajo: aumentando la mano de obra; y, administración: desarrollando la capacidad empresarial al servicio de la agricultura) y el de la recombinación de los recursos y el producto (obtenidos a través de la educación del agricultor, la investigación agrícola, la extensión técnica y el fomento de servicios al agricultor) y, 2) el *objetivo social* del desarrollo agrícola que se obtiene por una parte con la distribución del producto (a través de medidas que tiendan a otorgar crédito —orientado y supervisado— al agricultor; fijando una política de salarios mínimos y dictando la legislación social necesaria para la protección de la mano de obra asalariada agrícola; y regulando correctamente la tributación, adaptando criterios que atiendan la justicia social y económica, fijando los impuestos sobre la base de la progresividad y regresividad en función del tamaño y demás factores socioeconómicos del fundo y su propietario); y de distribución de los recursos para la obtención del producto, a través de la reforma agraria. En, ARAUJO, J.E., *La empresa comunitaria: una sistemática en el proceso reformista de América Latina*, publicado inicialmente en la Revista *Desarrollo rural en las Américas*, 1971, n. 3, ahora en el volumen *La empresa comunitaria supra* nota 7, p. 5-31, 6-8.

(10) Resulta reveladora la declaración de la F.A.O. (Cfr. *Informe del comité especial sobre reforma agraria, F.A.O.*, Roma, 1971) de que aún hoy día se debe insistir en emprender, o bien continuar implantando con celeridad (en los países que ya han dictado normas al respecto) la reforma agraria porque en los países del tercer mundo no se han alcanzado las metas perseguidas, incluso en algunas regiones la situación empeora.

a) El modelo cooperativo agrario que se ha intentado desarrollar en América Latina ha sido un fracaso institucional, económico y político⁽¹¹⁾ debido a su carente autenticidad. Se ha copiado ora el modelo inglés de los tejedores de Rochdale totalmente divorciado con la agricultura de la zona, ora el cooperativismo de los Estados Unidos de Norteamérica cuya finalidad consiste en ser estructura de apoyo a la economía de granja, ora el modelo israelí del kibutz que lleva implícito todo un cambio de vida social diverso al latinoamericano; importar estos modelos ha originado una crisis de las formas tradicionales de cooperación agraria,⁽¹²⁾ cuya enseñanza inmediata induce a remeditar las rutas seguidas para el fenómeno cooperativo⁽¹³⁾ a los efectos de reforzar aquél que pueda convertirse —partiendo

(11) "¿Quién no ha oído decir que las cooperativas son un fracaso en América Latina? No pasa día sin que, literalmente, en alguna parte del continente no se esté clausurando una cooperativa, con todo lo que ello representa en términos de despilfarro de recursos financieros y marchitamiento de ideales y esperanzas", en FALS BORDA, T., *Formación y deformación de la política cooperativa en América Latina*, que es el trabajo presentado al Simposio sobre participación social en América Latina organizado por el I.I.E.L. (México, 14-16 de octubre de 1969), publicado ahora en la colección *Serie Didáctica* (Instituto de Tierras y Colonización, San José de Costa Rica, 1975) n. 5, p. 5.

(12) La "crisis de las formas tradicionales de cooperación agraria se explica por una confluencia de tres órdenes de factores: de carácter ambiental o social, de inadecuación ideológica y de inadecuación radical frente a la complicada problemática que el mundo contemporáneo plantea a los países atrasados", en GARCIA, A., *Cooperación agraria y estrategia de desarrollo* (Colatina, Bogotá, 1976) p. 41.

(13) Tomando como partida las orientaciones dominantes del cooperativismo agrario en América Latina se encuentran —según ANTONIO GARCIA— cuatro grandes rutas de penetración ("o puertas de entrada y no modelos de desarrollo, desde el punto de vista teórico o estructural"): 1) la *ruta argentina*: ha adoptado en forma ortodoxa el cooperativismo agrario europeo que llega al país a finales del Siglo XIX —junto con el sindicalismo y las nuevas ideologías sociales— junto con la masiva inmigración; el cooperativismo asumido —generalmente representado por la cooperativa de consumo— se caracteriza por un avanzado refinamiento técnico y pragmático, con un desarrollo ideológico extremadamente precario y débil, que explica —según GARCIA— el porqué el desajuste esencial entre la evolución técnica y el esclerosamiento ideológico motivó que ni las cooperativas rurales se hayan comprometido en la formulación de la reforma agraria, y que, tampoco las grandes estructuras federales hayan comprendido la importancia de ordenar la economía cooperativa como un tercer sector de la economía nacional. La segunda gran ruta es la *mexicana* que busca encausar los profundos cambios ocasionados por su revolución agraria superadora de las formulaciones teóricas de los ideólogos liberales que sólo buscaban superar el *status quo* del campo y a utilizar el egido como institución complementaria del salario rural cuando en realidad éste se caracteriza por una inspiración filosófica cooperativista de la ordenación social. La *ruta peruana*, finalmente, caracterizada por la penetración cooperativista en el campo de la comunidad campesina influyó a países como México, Bolivia, Guatemala y Ecuador. Para todo, véase, GARCIA, A., *Cooperación agraria y estrategia de desarrollo*. *Ibid.* p. 34-38.

de la teoría del pluralismo de formas históricas de la cooperativa agraria⁽¹⁴⁾ en el modelo para el agro del subcontinente⁽¹⁵⁾ aún hoy sin construir.

(14) La *teoría del pluralismo de formas históricas de la cooperación agraria* es elaborada por ANTONIO GARCIA sobre la base de afirmar que "no existe un sistema mundial cooperativo, sino sistemas nacionales de cooperación, ligados por unas ciertas constantes de filosofía social y de normas de gestión democráticas" de ahí que América Latina debe utilizar la experiencia mundial para la búsqueda de un enfoque teórico propio, utilizando su propia metodología científico-social y los ideales latinoamericanos de vida, pues "ni la propiedad cooperativa, ni las relaciones de ayuda mutua, ni la estructura de servicio, ni el régimen de manejo del producto social en general y de los excedentes en particular, ni la participación de la cooperativa en los diversos tipos de distribución o de sistemas de mercado, ni la trama de relaciones con los aparatos del Estado, tienen un valor en abstracto como ideología, ya que dependen, enteramente, de la práctica histórica y del sistema de vida a que están integrados. De ahí que carezca de sentido —teórico y práctico— el intento de calificar intrínsecamente y haciendo abstracción del contexto histórico, el sistema de propiedad cooperativa o los alcances de la estructura de servicios, ya que tienen un valor en una economía socialista de gestión democrática, otro en una economía socialista de planeación central y colectivización de los medios productivos y otro, absolutamente distinto, en una economía capitalista de libre empresa y de libre acumulación privada", en GARCIA, A., *Cooperación agraria y estrategia de desarrollo*. *Ibid.* p. 22-25.

(15) "Investigaciones muy serias permiten afirmar que antes de llegar el conquistador existía en América ciertas formas de trabajo de la tierra que bien pueden considerarse como precursoras del cooperativismo actual (IZQUIERDO, Y., *Manual de cooperativas agrícolas y pecuarias*, Unión Panamericana, Washington, 1956, p. 5) sobre todo en el imperio de los Incas que para el Siglo XV constituía el primer estado de vida cooperativista, con arraigo eminentemente agrario (CRAGOGNA, D.O., *Cooperativismo agrario argentino*, Intercop, Buenos Aires, 1968, p. 19), así es normal encontrar quienes afirman que el modelo latinoamericano de cooperativa agraria debe buscar aquella inspiración autóctona: "examinemos lo indígena, aprendamos de lo nuestro, y hablemos de lo propio" (FALS BORDA, O., *Formación y deformación de la política cooperativa en América Latina*, *supra* nota 11, p. 35. Ese modelo cooperativo para el agro aún no se ha creado, sin embargo, la reforma agraria —sobre todo de aquellos países como México, Bolivia y Cuba, forjadores de cambios estructurales— ha dado grandes aportes teóricos por los cuales resulta factible encontrar un modelo acorde con el ideal latinoamericano de vida. Véase, fundamentalmente, de GARCIA, A., *La cooperativa y las acciones de reforma agraria en América Latina* (Colatina, Bogotá, 1976), *Las cooperativas en las reformas agrarias estructurales de América Latina* (Colatina, Bogotá, 1976), *Las cooperativas y el desarrollo en Chile* (Colatina, Bogotá, 1976), y, *Las cooperativas y el desarrollo en Colombia* (Colatina, Bogotá, 1976); en igual forma, sobre el tema general, ROZIER, J., *Les coopératives agricoles* (Librairies Techniques, Paris, 1962), SOLDEVILLA, A. D., *El asociacionismo agrario* (CERES, Vallalodid, 1976), y obras generales, entre tantas, VERRUCOLI, P., *La società cooperativa* (Giuffrè, Milano, 1958), GALGANO, F., *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative* (Zanichelli, 2ª ed., Bologna, 1976), LLUIS Y NAVAS, J., *Derecho de Cooperativas* (Bosch, Barcelona, 1972) II, especialmente p. 493-535; SANZ JARQUE, J.J., *Cooperación. Teoría y práctica de las sociedades cooperativas* (Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1974), especialmente p. 317-53 y 571-90, y, ALTHAUS, A.A., *Tratado de Derecho Cooperativo* (Zeus, Rosario, 1977).

La dificultad inmediata de la ausencia de un modelo cooperativo en cuanto a la agricultura comunitaria resulta crucial; por una parte una actitud humana característica para sociedades de un mayor nivel de organización se pierde, y por otro, el fracaso mismo de no poder encausar correctamente una forma determinada de producción agropecuaria facilita la intromisión de mitos como aquél de la defensa a formas de producción individual ya demostradas antieconómicas.⁽¹⁶⁾

b) También la forma clásica de asignación de tierras individualmente constituye una grave insuficiencia para encontrar modelos más avanzados de desarrollo económico.

Las acciones de reforma agraria emprendidas en la década de los '60 tuvo como modelo único de asignación la individual, sin incorporar disposiciones claras tendientes a lograr la indivisibilidad de la explotación agrícola (tanto *inter vivos* como *mortis causa*) para garantizar su integridad y el cumplimiento último de los fines mismos de la reforma. El contrato individual de asignación de tierras⁽¹⁷⁾ en América Latina tiene una doble dificultad práctica: por una parte resulta incompleta al carecer de una normativa que permita cumplir con la exigencia económica y política de la indivisibilidad de la explotación agrícola, y —sobre todo—, se

(16) A pesar de que el hombre del campo latinoamericano ha sido por naturaleza eminentemente asociacionista, el condicionamiento ideológico producto del dominio liberal le ha sellado, incluso psicológicamente, para desarrollar su actividad agraria, su propiedad y relaciones de producción en forma individual; este condicionamiento se ha sostenido (y se sostiene) aún a sabiendas de su posición *contra natura* que condena todos los días al productor agrícola a su propia ruina.

Nada ha solucionado en la economía latinoamericana la posición conservadora de reputar al productor agrícola caracteres que lo hacen sentirse señor absoluto del fundo que trabaja, autosuficiente técnica y económicamente, satisfecho de no compartir experiencias, pero sobre todo empresario floreciente que —aún quebrado— se encuentra potencialmente poderoso desde el punto de vista económico porque tiene inmensa cantidad de tierras "en reserva" (acaparadas, es la palabra) ganadoras de plusvalía con el transcurso del tiempo, y en tanto latentes símbolo de poder político, que pueden encontrar utilización al ser objeto de contratos de aparcería, arrendamiento u otra forma indirecta de explotación agrícola, con el único beneficio de la obtención de un rédito.

(17) Para una adecuada calificación jurídica, véase, fundamentalmente, CARROZZA, A., *L'assegnazione delle terre di riforma come posizione di studio del Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1957), y, recientemente, del mismo autor, *L'assegnazione di terre*, publicado en el *Manuale di Diritto agrario italiano* supra nota 6, p. 360-84.

convierte en obstáculo para el logro de un modelo de producción comunitario en agricultura⁽¹⁸⁾ por el cual impulsar el desarrollo.

c) Finalmente, la ausencia de una adecuada organización campesina —de que tanto se ha hablado a nivel teórico,—⁽¹⁹⁾ que permitan impulsar masivamente los procesos de reforma agraria y a su vez le otorgue a la clase campesina su legítimo derecho de ser partícipe consciente del desarrollo económico y social de su país, ha condicionado la explotación individual de la actividad agrícola: organización campesina y desarrollo comunitario de la agricultura son dos fenómenos paralelos, condicionado el segundo por el primero al punto que en ausencia de la organización campesina se invierte inmediatamente la forma de explotación (de colectivo a individual).

* * *

Además de las dificultades apuntadas, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos a la fecha no han aceptado el instituto de la empresa pues se continúa con la teoría objetiva de los actos de comercio. En materia comercial la referencia a la empresa es meramente económica; en materia agraria

(18) Dos afamados especialistas de la problemática agraria latinoamericana afirman "no obstante la existencia en los países latinoamericanos, en el año 1961 y en el presente, de empresarios progresistas que pretenden modificaciones al sistema precapitalista, hay que recordar que existen fuerzas definitivamente regresivas que pretenden la estabilidad y permanencia de ese precapitalismo considerándolo como la piedra angular para el sostenimiento de sus privilegios y las desigualdades sociales en que aquellas se inspiran. Las reformas agrarias en América Latina hasta la aparición de la Ley de reforma agraria chilena de 1967 y de la Ley de reforma agraria peruana en 1969, han tenido un marcado ingrediente ideológico tendiente a revitalizar la propiedad privada por la vía de las adjudicaciones individuales de pequeñas parcelas; han tendido también a mantener la iniciativa privada en contraposición a la acción estatal; a defender el sistema de economía y mercado libre por oposición a la planificación económica y social centralizada y a hacer converger todos esos intereses en el mantenimiento y consolidación de lazos de vinculación económica con países desarrollados orientados tanto a mantener mercados para la exportación de materias primas, cuanto a mantener asimismo sistemas nacionales de gobierno que, solventando la fluida relación comercial antes referida, significasen también la conservación de la ley y el orden como elementos sustantivos e institucionales de la vida nacional", en, OLIART, F., y ARAUJO, J.E., *Perspectivas de la reforma agraria y de las empresas comunitarias en 1974*, publicado en la Revista *Desarrollo rural en las Américas* 1975, n. 3, ahora en el volumen *La empresa comunitaria*, supra nota 7, p. 343.

(19) La amplísima bibliografía del volumen *Organización campesina en América Latina* (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas Guatemala, 1969) p. 207-41 (compilada por Roy A. Clifford, sociólogo rural del I.I.C.A.) dará una idea global de la amplia temática que este campo ofrece.

(20) Cfr., ALVARENGA, I., *Organización campesina: es necesario que se organicen los organizadores*, publicado en la Revista *Reforma agraria, colonización y cooperativas* (F.A.O., Roma 1975) ahora en el libro *Temas de Derecho agrario y reforma agraria* (EDUCA, San José de Costa Rica, 1977) p. 237-53.

ria aún no se han establecido los criterios básicos que permitan divorciar sus actividades típicas de aquellas que no lo son, ocasionando en el plano científico un estado confuso por el cual hace comprensible una de dos soluciones: o ubicar al Derecho agrario —desde el punto de vista de la actividad— subsumido dentro del comercial, o, para evitar caer dentro de la esfera de acción del Derecho comercial —al igual que hicieron los agraristas italianos antes de 1942, y algunos españoles de hoy— ver el Derecho agrario más desde el punto de vista estático que dinámico.

3. La empresa comunitaria de autogestión campesina nace como respuesta global al asociacionismo agrario, al modelo individual de asignación de tierras, a la organización campesina, e incluso al criterio que venía imposibilitado la entrada en vigor de la empresa agraria; pero nace más que como una forma de dar solución a una serie de problemas científicos como "necesidad objetiva, originada por el desarrollo mismo del proceso de reforma agraria",⁽²¹⁾ es decir, como urgencia socioeconómica de esta época para forjar el desarrollo y producción comunitaria de la agricultura.

La ubicación histórico-temporal de los primeros intentos es reciente pues —no obstante que la Ley de reforma agraria de Chile n. 16.640 de 1967 prevía la adjudicación colectiva de tierras— a partir de la Ley de reforma agraria de Perú n. 17.716 del 24 de junio de 1969, las disposiciones administrativas del Instituto Colombiano de Reforma agraria (INCORA) de octubre de 1969, y los actos administrativos de Panamá de enero y marzo de ese mismo año, se adoptó oficialmente como estrategia de reforma agraria adjudicar tierras colectivamente a empresas campesinas. Las empresas comunitarias, sin embargo, son un acontecimiento anterior que se reporta en Honduras⁽²²⁾ cuando resultaron beneficiarios una serie de antiguos bananeros agrícolas de tierras destinadas a ser utilizadas en la instau-

ración de cooperativas agrarias, sin previa disposición legislativa. Dados los primeros pasos, el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas (I.I.C.A.) impulsó la empresa comunitaria como modelo latinoamericano de adjudicación de tierras dentro del proceso de reforma agraria;⁽²³⁾ especialistas, encabezados por el mismo JOSE EMILIO ARAUJO —Director general del I.I.C.A.—, se dieron a la tarea de perfilar científicamente el modelo y de difundirlo en toda clase de reuniones, cursos y congresos realizados en el continente,⁽²⁴⁾ siendo actualmente "la forma típica de adjudicación de la reforma agraria".⁽²⁵⁾

El avance conceptual y económico de adjudicar la propiedad en forma comunitaria como modo de lograr la instauración de la empresa multifamiliar superó el antiguo criterio de la adjudicación individual que tendía a fundar empresas familiares.⁽²⁶⁾ El avance se manifiesta también ideológicamente porque se ha desterrado el mito —pretendidamente arraigado en el campesino latinoamericano— de la gestión y producción individual de la agricultura;⁽²⁷⁾ la empresa comunitaria se presenta como modelo

(21) BOSCO PINTO, J., *Análisis científico de las empresas comunitarias campesinas*, publicado en la Revista *Desarrollo rural en las Américas*, 1972, n. 3, ahora en el volumen *La empresa comunitaria*, *supra* nota 7, p. 93-114, especialmente 94.

El mismo autor sostiene que "la necesidad de agilizar los procesos de entrega de tierras, de facilitar la aplicación de técnicas y de utilizar el crédito; de aprovechar las economías de escala, inaplicables a unidades productivas demasiado reducidas y, finalmente, de fortalecer por intermedio de la cooperación, la incipiente economía campesina, hace que en algunos países comiencen a constituir formas asociativas de producción llamadas genéricamente "Empresas comunitarias campesinas".

Ellas han dado énfasis a: 1) la propiedad comunitaria, aunque privada, de la tierra, 2) los aportes de trabajo más que a los aportes de capital, lo que es obvio, ya que sus beneficiarios carecen de él, 3) una organización de los campesinos que permitan llegar al control del proceso productivo por aquellos que son sus principales autores, es decir, los mismos trabajadores", *Ibid*, p. 95-96.

(22) Para todo, véase, PUGA, G., *Honduras: formas de autogestión en el agro*, relación presentada en la *Segunda conferencia internacional sobre autogestión* (Universidad de Cornell, Ithaca, New York, 1975), publicado en el volumen *Las empresas asociativas campesinas* (Procara, Honduras, 1975) p. 161-212.

(23) ARAUJO, J.E., *Introducción al volumen La empresa comunitaria*, *supra* nota 7, p. xiv.

(24) Entre otros (citados por ARAUJO, J.E., *Ibid*, p. xiv-xv) el Curso regional andino sobre formas comunales de tenencia de la tierra, Colombia, 1970; Curso internacional sobre formas asociativas de producción, Guatemala, 1971; Siete estudios preliminares sobre empresas comunitarias en Chile, Colombia, Venezuela y Panamá, 1971-72; Reunión interamericana de ejecutivos de reforma agraria, cuyo tema principal fueron las empresas comunitarias campesinas, Panamá, 1972; reunión interamericana de expertos sobre empresas comunitarias, Chile, 1973; Primer curso interamericano sobre empresas comunitarias, Panamá, 1973; Asesoramiento a instituciones agrarias de varios gobiernos para realizar estudios de casos sobre empresas comunitarias, en asociación con la F.A.O., 1973; Reunión interamericana de Ejecutivos de reforma agraria, que analizó la adjudicación comunitaria en proyectos de colonización, Paraguay 1974; Laboratorio experimental y seminario sobre metodología de la organización campesina, que analizó los mecanismos de la participación en todas las instancias organizativas de la empresa comunitaria campesina, Honduras, 1975; Curso taller sobre Organización de empresas comunitarias campesinas, Perú, 1975.

(25) ARAUJO, J.E., *Introducción al volumen La empresa comunitaria*, *supra* nota 7, p. xv.

(26) En sentido contrario véase FERNANDEZ Y FERNANDEZ, R., *La transferencia de tierra al ejido* publicado en su obra *Temas agrarios* (Fondo de Cultura económica, México, 1974).

(27) En sentido contrario BALLARIN MARCIAL, A., *Empresa comunitaria y empresa personalista. Sus diversos tipos de España*, publicado en las actas de las *Jornadas iberoamericanas y europeas de Derecho agrario* (Zaragoza-Jaca, 1976) (Talleres Gráficos Universitarios, Mérida, 1977) p. 71-73, especialmente al afirmar "Hasta 1960 puede decirse que el ideal de todo reformador agrario era la explotación familiar. A partir de esa fecha, más o menos según los países, se plantea la necesidad de un nuevo modelo: "agricultura de grupo" en Francia, "agricultura asociativa" en España. Un mito social ha nacido... En Iberoamérica... a partir de la reforma agraria de Frei, en Chile se introduce el "mito" de la empresa comunitaria que se aplica al máximo en el Perú del general Velasco y se desarrollo legislativamente en Colombia". (p. 71).

idóneo para cumplir con la función social y económica de una nueva sociedad.⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾

Solo iniciada la adjudicación a grupos familiares⁽³⁰⁾ se ha vislumbrado con mayor claridad la apertura para encontrar solución a las otras dificultades que se presentaban como limitativas para el desarrollo comunitario de la agricultura. Al mismo tiempo que se afianza el convencimiento de que la medida en nada afecta para la explotación individual —cuando internamente se decida separarse de la comunidad— porque el paso de la explotación plurifamiliar a la familiar es reversible en tanto que adquiere cierto carácter de irreversibilidad en el caso contrario, también se ha demostrado la bondad de la empresa comunitaria como mejor vehículo para el ordenamiento del territorio⁽³¹⁾ sobre la adjudicación tradicional.

La empresa comunitaria de autogestión campesina ha sido definida por FRANCISCO OLIART como "una forma asociativa de producción en la cual las cuotas de capital y trabajo se hacen en términos iguales por las mismas personas, las cuales son copropietarias de la utilidad de reserva y capitalización, y asumen por igual las responsabilidades de gestión,

- (28) "La empresa comunitaria está concebida de manera tal que, garantizando la necesaria unidad de una dirección eficiente, permita también el cumplimiento por todos los hombres de la función económica y social a que éstos aspiran, no estando sometidos totalmente a una voluntad ajena y constreñido el despliegue de su iniciativa individual", OLIART, F., *Empresa comunitaria y reforma agraria*, artículo publicado en *Desarrollo rural en las Américas*, 1969, n. 3, ahora en el volumen *La empresa comunitaria*, supra nota 7, p. 35-63. 42.
- (29) Parece, dice OLIART, "estar claramente definidos que, además de lograr la dispersión de la concentración de la tierra en pocas manos, es también indispensable lograr la reunificación de los sectores marginales en torno a un interés común. La empresa comunitaria... no solo satisfará la necesidad organizativa de cualquier solidaridad sino que creará vínculos articulados con otros sectores marginales y se introducirá dentro de los mecanismos actuantes de la cultura superpuesta", en *Empresa comunitaria y reforma agraria*, *Ibid.*, p. 43.
- (30) Para un mayor conocimiento de las formas de adjudicación en Colombia, Chile, Panamá, Perú y Venezuela, véase, para todo, ORCHARD PINTO, J., y ORTIZ EGAS, J., *Formas de adjudicación en las reformas agrarias de cinco países latinoamericanos*, en *Desarrollo rural en las Américas*, 1973, n. 3, ahora en *La empresa comunitaria*, supra nota 7, p. 115-218.
- (31) Cfr., ORTIZ ERGAS, J., *La empresa comunitaria como base para un reordenamiento territorial*, trabajo presentado en el Seminario interamericano de planificación física rural (I.I.C.A., C.I.A.R.A., Bogotá, 1971) publicado en *La empresa agraria*, supra nota 7, p. 219-32.

administración y trabajo",⁽³²⁾ se le han fijado sus objetivos,⁽³³⁾ y características específicas⁽³⁴⁾ como modo de impulsar en la práctica un modelo teórico que pretende responder a la necesidad histórica del agro latinoamericano.

Respecto a la cooperativa agraria la empresa constituye un posible paso intermedio porque una vez consolidada los socios pueden decidirse a formar parte de una cooperativa —ya sea integrándose a una ya constituida o formarla junto a otras empresas— o bien mantenerse con la estructura original. En todo caso, la empresa comunitaria no busca ser ese puente porque tiene suficientes diferencias que la distinguen: podría identificarse

- (32) OLIART, F., *Empresa comunitaria y reforma agraria*, supra nota 28, p. 44.
- (33) Los objetivos fijados para la Empresa comunitaria de autogestión campesina con los siguientes:
1°—Lograr la explotación inmediata y eficiente de las tierras por los campesinos sin que se verifiquen soluciones de continuidad durante el lapso que transcurra entre la posesión de la tierra y la elaboración y aceptación por el interesado del plan definitivo de explotación de aquella y etapas de asignación definitiva de la propiedad.
2°—Capacitar a los campesinos para que asuman plenamente, después de un tiempo previamente determinado, todas las responsabilidades que les conciernen como propietarios empresarios agrícolas.
3°—Hacer posible el ordenamiento comunitario de la producción con miras a una maximización inmediata de los recursos, con efectos en la productividad.
4°—Desarrollar la comunidad mediante la promoción, creación y fortalecimiento de las organizaciones de base y la formación de cooperativas.
5°—Elevar el elemento de trabajo de objeto a sujeto del desarrollo.
En ARAUJO, J.E., *Empresa comunitaria: Una sistemática en el proceso reformista de América Latina*, supra nota 9, p. 25.
- (34) Araujo ha fijado como características específicas de la Empresa comunitaria las siguientes: 1) *Una unidad física* para delimitar perfectamente el espacio, constituida por tierras necesarias para que los adjudicatarios trabajen en diversos tipos de explotación, siendo equivalente al múltiplo de módulos en proporción equivalente al número de socios; 2) *Sociedad comunitaria* en que los socios previo a la constitución se comprometen a dar participación de trabajo a la Empresa y se tornen solidarios y copropietarios de la misma; 3) *La forma de adjudicación de tierras* debe ser conjunta a diferentes personas, mediante título mancomunado y con obligación solidaria frente al Estado en caso de la recesión societaria con disposición concreta en cuanto a la sucesión hereditaria establecida en el instrumento constitutivo; 4) *Carácter reversible de la empresa* que prevea la posibilidad de que los socios —dentro de cierto plazo— puedan definir la forma que adquirirá la empresa y el ejercicio de la propiedad; y, 5) *Una orientación estatal* para la búsqueda de una garantía del bienestar común. Para todo, ARAUJO, J.E., *Empresa comunitaria: una sistemática en el proceso reformista de América Latina*, supra nota 9, p. 25-27.
Las características mencionadas —sobre todo si se tiene presente la época en que fueron elaboradas— deberán ser modificadas a corto plazo pues la orientación general que toma el movimiento de la empresa comunitaria la perfilan histórica; ente sobre la base de su adaptabilidad a las necesidades propias de las diversas realidades sociales latinoamericanas, además, la ciencia del Derecho agrario bien podría calificar en distinta forma las características esbozadas por ARAUJO a los efectos de darles una orientación científica más exacta.

con una cooperativa de producción en cuanto a sus objetivos instrumentales pero varía sustancialmente en cuanto a los objetivos finales, así, mientras la cooperativa es susceptible de nacer de cualquier circunstancia y en cualquier medio, la empresa comunitaria se identifica con la condición cambiante que se origina de la modificación de la tenencia de la tierra; mientras la cooperativa se desarrolla en una sociedad desigual, la empresa comunitaria debe hacerlo en situación igualitaria; mientras en la cooperativa el socio debe cambiar su forma de trabajo en cuanto a su condición de dueño o arrendatario, en la empresa comunitaria debe cambiar su modo de vivir; mientras en la cooperativa se requiere de una capacitación tecnológica y administrativa para el manejo de la empresa, en la comunitaria se debe sumar un proceso de educación nacional que tienda a la liberación de la persona humana; en la empresa comunitaria los beneficios se distribuyen en razón de las cuotas; con la empresa comunitaria desaparece el criterio de mutualidad autobeneficia para trascender hacia el beneficio de la sociedad; en la empresa las decisiones se toman y ejecutan con la totalidad de participación campesina reivindicando la gestión directa y plena, no existe especialización de la gestión, no hay jerarquización interna, la empresa se democratiza también porque confluye en las mismas personas la calidad de propietario, trabajador y empresario.⁽³⁵⁾

Respecto de la organización campesina la empresa comunitaria de autogestión constituye un vehículo para su logro —sectorial, y de base— porque lleva consigo un amplio criterio de participación. En la empresa comunitaria la participación adquiere el carácter de derecho-deber en cuanto que la autogestión reclama necesariamente una activa intervención del socio para el satisfactorio cumplimiento de sus objetivos, además, la empresa comunitaria se basa en dos pilares: toma de decisiones y trabajo, y ambos sólo se logran por una decidida y activa participación del cogestionario.⁽³⁶⁾

En relación con el concepto de empresa toma cuerpo jurídico un criterio económico ausente desde siempre en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Resulta lógico que los primeros devaneos dogmáticos estén precisamente en buscarle un contenido diverso al de las sociedades comerciales y las asociaciones cooperativas como modo de afirmar el modelo. Momentáneamente se busca darle una definición comunitaria a los bienes de producción, siendo el trabajo el centro de ellos pues la explotación agraria y el capital sólo encuentran organicidad en razón del trabajo asociado.

4.—Al reportar la aparición de la empresa comunitaria de autogestión campesina en Latinoamérica —objeto único de este breve ensayo—, aparece de inmediato su íntima relación con el Derecho agrario, pero no

(35) Para todo ARAUJO, J.E., *Empresa comunitaria: una sistemática en el proceso reformista de América Latina*, *supra* nota 9, p. 25-27.

(36) Para una mayor profundización, véase FLORES QUIROS, L., *La empresa comunitaria y la participación campesina*, publicado en *Desarrollo rural en las Américas*, 1975, n. 3, ahora en el volumen *La empresa comunitaria*, *supra* nota 9, p. 261-92.

solo para reputar su ubicación dentro del contenido de éste, sino, principalmente, para hacer evidente que el novísimo instituto requiere urgentemente del complemento conceptual que la teoría general del Derecho agrario ha forjado en los últimos cincuenta años.

El afianzamiento del nuevo instituto implica un cambio radical en la concepción del Derecho agrario que tradicionalmente se ha venido elaborando en América Latina: constituye el tránsito de pasar a concebirlo como derecho de actividad, es decir como unidad de la organización y utilización de la tierra en la productividad agrícola,⁽³⁷⁾ y no desde un punto de vista estático, como derecho de la tierra.

Los conceptos de propiedad, trabajo y empresa adquieren una amplia dimensión pues deben divorciarse de los tipos tradicionales de propiedad y empresa; por su parte, los conceptos de fundo, explotación (*azienda*), empresa, agrariedad, contratación agraria, etc., se reclaman como modo de perfilar jurídicamente desde todos los ángulos el instituto, el cual, a su vez, ofrece la posibilidad de encontrar los caracteres de especialidad, organicidad, completez y novedad, reafirmadores de la autonomía del Derecho agrario⁽³⁸⁾ en América Latina.

Frente al hito que marca la empresa comunitaria de autogestión campesina corresponde al Derecho agrario y a sus cultores latinoamericanos demostrar que esta rama del Derecho también es vehículo para el desarrollo.

(37) Véase al respecto el interesantísimo ensayo IRTI, N., *Dal Diritto civile al Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1962) p. 103-06 en que se indican las características de ese tránsito.

(38) Véase la novísima interpretación al respecto (que se aparta del tradicional criterio de buscar la autonomía en los planos legislativo, didáctico y jurídico) realizada por CARROZZA, A., *L'autonomia del Diritto agrario*, que aparece publicado en el volumen colectivo *Manuale di Diritto agrario italiano*, *supra* nota 6. p. 37-52, especialmente 45 y ss.

POSICION DEL PERITO EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Dr. Francisco Castillo González
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I: Generalidades. II: Concepto de perito y posición del mismo en el Código procesal penal. a) Clases de peritos según el contenido de la declaración. b) Diferencia del perito con otras instituciones afines. II: Delimitación de competencia entre juez y perito. a) Bases del modelo legal de relaciones entre perito y juez. 1. Separación del conocimiento del juez como persona privada y como funcionario. 2. El principio del libre convencimiento del juez. b) Crisis del modelo legal de regulación del peritazgo y sus causas. 1. Desarrollo de la ciencia, del arte y de la técnica. 2. Desarrollo del derecho penal. IV: Soluciones propuestas por la doctrina para resolver el problema del peritaje. a) La tesis de la superación de la contradicción por medio del mejoramiento de la instrucción del jurista. b) La tesis de la superación de la contradicción por medio de la transformación del perito en juez. c) La tesis de la superación de la contradicción por medio de la creación de un tipo de procedimiento adecuado a la problemática de la prueba pericial. V: Conclusiones. VI Bibliografía.

I.—GENERALIDADES

1.—La prueba pericial es, hoy día, la encrucijada entre el nuevo derecho penal, la criminología y el derecho procesal. La criminología ha permeado la parte general de los códigos penales, cada día más inclinados a configurar un derecho penal de autor, regido principalmente por diagnósticos sobre la capacidad penal y sobre los motivos del acto del delincuente, así como por pronósticos sobre el comportamiento futuro del inculcado. La realización práctica de este nuevo derecho y de los conocimientos que ha acumulado la criminología en el caso concreto y antes de sentencia, sólo es posible a través de la actividad del juez o del perito. Pero tal posibilidad encuentra una barrera en el hecho de que el proceso penal, moldeado sobre la base del derecho penal clásico, parte de una concepción de la actividad de juez y perito diferente a la requerida para la aplicación de las nuevas corrientes de la política criminal. El derecho procesal penal, centrado sobre los hechos, sobre la culpabilidad y sobre las penas y destinado a servir a un derecho penal de hechos, no ha podido reflejar en instituciones adecuadas —por lo menos es ese el caso en Alemania y en Francia— los cambios ocurridos en el derecho penal.

2.—En nuestro país se produce el mismo fenómeno de inadaptación entre parte general del código penal e instituciones procesales, pero las causas son exactamente contrarias a las del fenómeno europeo. Primero fue promulgada la parte general del Código penal, que crea prácticamente un derecho penal de autor. Cinco años más tarde el legislador costarricense promulga un código procesal penal —que no es sino la adaptación argentina del código procesal penal italiano de 1930— que supone la existencia de un derecho penal material hecho según el molde clásico. Hemos creído conveniente estudiar esta contradicción del ordenamiento penal costarricense. Objetivo de este estudio es solamente estudiar la contradicción y sus causas, y no buscar la superación de la misma, a través de proposiciones de "lege ferenda".

II.—Concepto de perito y posición del mismo en el código procesal penal

3.—Perito es quien posibilita al juez la correcta valoración de los hechos y circunstancias establecidos en el proceso penal, porque posee conocimientos en una rama del saber —ciencia, arte o técnica— que el

juez no posee,⁽¹⁾ pero que éste necesita para resolver correctamente el asunto pendiente. De tal concepción parte el artículo 238 del Cód. Proc. Pen.: "El juez podrá ordenar peritajes aun de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba, fuera necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica".

La pericia es, por consiguiente, en nuestro derecho no tanto un medio de prueba como el reconocimiento o el esclarecimiento de una fuente de prueba, que ayuda al juez en tanto que elemento subsidiario para la valoración de la prueba y para la superación de una duda.⁽²⁾ A diferencia de la prueba testimonial, la pericial no es medio de prueba⁽³⁾ y tal circunstancia condiciona las relaciones entre juez y perito: el juez, "dominus litis" es "peritum peritorum"; el perito es ayudante o auxiliar del juez.⁽⁴⁾

Esencial en la labor del perito es la transmisión al juez de conocimientos científicos o prácticos a solicitud de éste; con ayuda de estos conocimientos el juez podrá establecer un hecho que hasta el momento del dictamen desconocía, o valorar un medio de prueba, lo que antes del dictamen no le era posible. Si otra es la tarea asignada en el proceso a la persona que posee determinados conocimientos especiales, que explican su nominación, tampoco tendrá la calidad de perito.⁽⁵⁾ Así, el fotógrafo que fotografía el lugar de los hechos o al acusado, el médico que embala las partes del cadáver o el farmacéutico que conserva las materias tóxicas, no son peritos. Tampoco cumple función de perito el médico que delibera un certificado médico sobre la salud de un detenido, en el cuadro del artículo 560 Cpp.⁽⁶⁾ Como ayudante del juez en el esclarecimiento de una fuente de prueba, puede el perito establecer la existencia de los presupuestos de hecho que permitan al juez realizar una correcta valoración de un medio probatorio. El juez puede nombrar un perito psicológico que determine la credibilidad y la aptitud testimonial de determinada persona

(art. 204 Cpp).⁽⁷⁾ El perito determina en este caso, únicamente la capacidad de la persona para ser testigo; al juez corresponderá valorar el contenido de la declaración testimonial.⁽⁸⁾

A. Clases de peritos según el contenido de la declaración.

4.—Los peritos pueden distinguirse en tres clases, según el contenido de sus dictámenes.

a-1) La primera clase está formada por los peritos cuyas declaraciones periciales realizan la transmisión al juez de un resultado abstracto —es decir, de conocimientos teóricos generales— perteneciente a una rama determinada del saber.⁽⁹⁾ Tal sería el caso del perito que comunique al juez consideraciones generales exigidas por éste sobre la existencia o funcionamiento de las leyes generales de la ciencia, la técnica o el arte (por ejemplo, el juez pide al perito que le diga a cuántos grados centígrados se funde el estaño).

a-2) La segunda clase de peritos la forman aquellos que transmiten al juez, y a petición de éste, conclusiones derivadas de la observación de determinados hechos, previamente establecidos. Este tipo de peritaje, que es el más común en la práctica y al que se refiere principalmente el art. 249 Cpp, tiene como característica esencial que en él el perito realiza una función deductiva. En la realización de esta función deductiva debe partir el perito de premisas teóricas —las de su ciencia, su arte o técnica— y con base en ellas examinar los hechos y sacar una determinada conclusión.⁽¹⁰⁾ La declaración del perito tiene en este caso naturaleza hipotética, en tanto que los hechos sobre los que se monta su dictamen no los ha establecido él mismo, sino que el juez se los ha dado. Recibidos los hechos

(1) En tal sentido, *Peters*, pág. 304; *Löwe-Rosenberg*, Vorb. Paragr. 72, Anm 2; *Besson*, pág. 51.

(2) En tal sentido, en el derecho italiano con iguales textos, *De Mauro*, pág. 260; *Manzini*, Vol. III, pág. 287; *Leone*, Vol. II, págs. 332 y ss.; *Florian*, "Prove...", Vol. II, págs. 323; *Velotti*, pág. 185; *Foschini*, Vol. I, pág. 329; *Vannini-Cocciardi*, pág. 183 s.; *Alma*, Giust. Pen., 1965, I, 229. Considera la pericia como un medio de prueba *Bellavista*, pág. 245.

(3) *Foschini*, pág. 329.

(4) *Kraus*, "Die strafrechtliche Problematik...", pág. 28; del mismo, *ZStW* 1973 (Bd. 85.), pág. 320; *Lürken*, *NJW* 1968, pág. 1161; *Mayer*, pág. 464; *Besson*, pág. 51; *Delogu*, *Riv. it di Dir. e Proc. Pen.*, 1976, pág. 390, entre otros. Expresando esa idea, la jurisprudencia alemana designa al perito "Gehilfe des Richters" (Asistente o ayudante del juez). Así, *RGSt.* 52, 161; *BGHSt.* 3, 27 (28); 7 238 (239); *B. Verw. G.*, en *NJW*, 1964, pág. 604.

(5) *Székely*, *Rev. Sc. Cr.*, 1958, pág. 44.

(6) *Doll*, *J.C.P.*, 1972, I, Doctr., 2502.

(7) En la República Federal Alemana desde hace tiempo el juez designa peritos psicólogos para examinar la credibilidad y la aptitud testimonial de los testigos. La jurisprudencia ha establecido que el nombramiento de tales peritos es una obligación del tribunal cuando el testigo es un menor de edad, especialmente, en delitos contra la honestidad. La violación de esta obligación implica, según la jurisprudencia alemana, violación de la obligación del tribunal de ilustrarse ("Aufklärungspflicht"), que es un motivo de casación (*Undeutsch*, págs. 5 ss.). Tal peritaje sería en nuestro derecho permitido por el art. 204 Cpp.

(8) *Diesing* (pág. 125) aclara de la siguiente manera el funcionamiento de tales peritajes: "Comparemos el testigo con una cámara fotográfica; entonces está en el centro de interés del Tribunal el contenido del cuadro, del cual puede obtener conclusiones penales para una determinada situación del hecho. El perito examina la capacidad de la cámara; por ejemplo, su bondad óptica. Traducido todo ello a la práctica pericial, debe entenderse por ello el examen de la capacidad general de deposición".

(9) *Mezger*, págs. 8 ss., *Mastronardi*, pág. 11.

(10) *Mastronardi*, pág. 11.

del juez, puede el perito, según la corriente doctrinal dominante,⁽¹¹⁾ establecer por sí mismo otros hechos necesarios para su dictamen.

Este es el único tipo de peritaje que reconoce una importante corriente doctrinal, especialmente italiana,⁽¹²⁾ que cree que el perito, a diferencia del testigo, sólo valora —esto es, concluye— y no establece o relata hechos.

a-3) La tercera clase de peritos la forman aquellos que tienen como tarea, en virtud de su saber especializado, establecer determinados hechos a petición del juez y transmitirlos a éste.⁽¹³⁾ En este tipo de peritaje lo que importa es la relación entre el perito y el hecho relevante para el proceso.⁽¹⁴⁾ Ejemplos de esta clase de peritaje son el establecimiento, a petición del juez, por el microbiólogo o el médico, del tipo de sangre del acusado, de la cantidad de alcohol contenida en la sangre de los actores de un accidente de tránsito, etc.

B. Diferencia del perito con otras instituciones afines.

5.—Labor de la ciencia jurídica es, como desde hace mucho se sabe, la construcción de categorías fundamentales, que como formas puras de pensamiento, sean libres de la materia que condicionan y representen un procedimiento generalmente válido del pensamiento.⁽¹⁵⁾ Una vez establecida la definición de perito, es necesariamente distinguir la institución de otras instituciones afines.

De "lege lata" puede definirse el perito como la persona física,⁽¹⁶⁾ particular o funcionario público (Art. 240 Cpp), que es nombrada en un proceso por el juez, porque, en virtud de sus conocimientos especializados, puede auxiliar a éste en el descubrimiento o valoración de un medio o elemento de prueba (Art. 238 Cpp). Debe desempeñar el cargo obligatoriamente (Arts. 225, 240, 361 inc. 3 Cpp y 392 inc., 3, 4 y 5 C. Penal), bajo juramento (Art. 240 Cpp), en condiciones de absoluta neutralidad (Arts. 29, 30, 33, 242 Cpp) y dar un dictamen en el que, en todo o en parte, no afirme una falsedad, no niegue y no calle la verdad (Art. 314 C. penal).

(11) En tal sentido, *Kleinknecht*, Vorb. paragr. 72, Anm 1 b; *KMR*, Vorb. paragr. 72, Anm. 2; *Löwe-Rosenberg*, Vorb. paragr. 78, Anm. y 1 y 4; *Eb. Schmidt*, "Lehrkommentar..." II, Rdn. 9 vor. paragr. 72; *Kraft*, pág. 4.

(12) En tal sentido, *Velotti*, pág. 185; *Leone*, Vol. II, pág.; *Ranieri*, págs. 281 s.; *Valdi*, Giust. Pen. III, c. 275.

(13) En tal sentido, *Löwe-Rosenberg*, Vorb. paragr. 72 Anm 3 a; *Kleinknecht*, Vorb. paragr. 72, Anm. 5 aa E; *Mastronardi*, pág. 12 *Jessnitzer*, *DRIZ*, 1974 pág. 98.

(14) *Mastronardi*, pág. 12.

(15) En tal sentido, *Stammler*, pág. 17.

(16) El derecho francés permite, a diferencia del derecho italiano, alemán y costarricense, el nombramiento de una persona jurídica como perito (Art. 157 du Code de Procédure Pénale, modifié par l'art. 24 de la loi du 6 aout 1975). Sobre el problema, *Stéfani et Levasseur*, pág. 494.

Lo esencial del concepto de perito debe determinarse mediante la exclusión de aquellas notas definitorias del concepto, que son comunes a otras instituciones. No define al perito ni la circunstancia de que sea una persona física ni el hecho de que pueda ser particular o funcionario público, porque esas notas también puede poseerlas un testigo. Tampoco es nota exclusiva del perito el poseer conocimientos especiales: quien percibe hechos fuera del proceso, a causa de sus conocimientos especiales pero sin mandamiento judicial o dentro del proceso sin mandamiento judicial o con mandato judicial que tenga una finalidad distinta a la de auxilio al juez en el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba, es testigo o cumple otras funciones (por ejemplo, el caso puesto del fotógrafo), aunque la percepción del sujeto no esté al alcance del común de la gente.⁽¹⁷⁾ Tampoco puede decirse que el peritaje exija más esfuerzo intelectual que, por ejemplo, el testimonio: hay testimonios que consisten en la reproducción de complicadas operaciones difíciles de comprender y de retener y hay peritajes que son relativamente simples para el experto.⁽¹⁸⁾ Tampoco es nota exclusiva del perito la deducción de conclusiones, a partir de hechos. La corriente doctrinal que pretende distinguir al perito del testigo según la fórmula "percepción de hechos, deducción de conclusiones a partir de hechos" es, a nuestro modo de ver, errada, porque existen peritazgos que consisten en el establecimiento de hechos, en los que no hay deducción de conclusiones y porque el testigo realiza, al hacer su declaración, conclusiones, en tanto que toda percepción humana de hechos está en íntima conexión con establecimientos de conclusiones que el observador realiza de acuerdo con máximas de experiencia preexistentes:⁽¹⁹⁾ cuando nosotros percibimos una piedra, deducimos a partir de máximas de experiencia preexistentes su peso, su consistencia, eventualmente la finalidad de la misma, etc. No es particular al perito la obligatoriedad del ejercicio del cargo: perito y testigo ejercen una función pública de carácter judicial.⁽²⁰⁾ Notas comunes a testigos y perito son la existencia de un juramento⁽²¹⁾ y la necesidad de veracidad del dictamen pericial y de la deposición testimonial, bajo amenaza penal (delito de falso testimonio, art. 314 C. penal). Luego, tales notas no nos dan la esencia del peritaje. El sistema pide al perito una absoluta neutralidad, que no pide al testigo, el cual es medio de prueba utilizable y valorable críticamente, aunque sea pariente, amigo o enemigo del acusado o aunque haya sido ofendido por

(17) *Mayer*, pág. 464.

(18) *Mayer*, pág. 464; *Ligges*, pág. 5.

(19) *Ligges*, pág. 3.

(20) *De Mauro*, pág. 263.

(21) Respecto al juramento de testigo y perito, hay una pequeña diferencia, que no modifica lo dicho por nosotros: el juramento de testigo sólo es posible por medio de la fórmula del art. 94 Cpp., mientras que en el caso de peritos oficiales vale el juramento general que hicieron a la hora de asumir el cargo (Art. 240 Cpp.).

el delito que se investiga (Art. 68 Cpp). El perito es, como el juez, recusable en aquellos casos en que su independencia exterior o interior falten o puedan faltar. El perito, como el juez, debe excusarse en tales casos (Arts. 242, 29, 30, 33 Cpp).

La nota esencial para la comprensión del perito y su separación de otras instituciones afines radica, según nuestro entender, en el hecho de que el mismo es nombrado por el juez cuando a éste faltan conocimientos especiales en una ciencia, arte o técnica, para valorar o descubrir un elemento de prueba. Puesto que conforme a la teoría probatoria moderna toda fuente de conocimiento del juez es a su vez un medio de prueba, de ahí se deduce que el perito debe, a petición del juez, establecer hechos o circunstancias o posibilitar al juez la valoración de estos hechos o circunstancias, relevantes para el proceso. La nota típica que distingue el concepto de perito es entonces de carácter formal.

6.—La diferencia entre testigo y perito radica en esta nota formal: el testigo percibe los hechos sin orden del juez y, por lo general, antes de que empiece el proceso; el perito, en el curso del procedimiento y por orden judicial.⁽²²⁾ De donde, puede decirse con Hélie,⁽²³⁾ que es el delito el que crea el testimonio, mientras que es el juez el que crea el peritaje. Así, sigue siendo perito el facultativo que al hacer una autopsia por orden del juez (Art. 238 Cpp), descubre hechos relevantes para el proceso que el juez no ha tenido en cuenta.⁽²⁴⁾ Es testigo el facultativo que como tal, sin orden judicial, descubre en la persona examinada o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave perseguible de oficio e informa de ello a la autoridad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 1393 inc. 1 Cód. penal.

Esta diferencia esencial entre testigos y perito, explica las otras diferencias entre ambas figuras. El perito, ayudante del juez en el establecimiento de los hechos o en el establecimiento de las condiciones que permiten la valoración de un medio probatorio, es fungible; el testigo, que depone sobre acontecimientos extraprocesales, ocurridos antes del inciso del proceso o en el curso de éste, pero sin orden judicial, es irremplazable.⁽²⁵⁾ Siendo respecto al perito esencial el nombramiento del juez en virtud de los conocimientos especializados de aquél, poco importa el origen de sus conocimientos, una vez que se hayan cumplido los requisitos de nombramiento (Art. 239 Cpp) (poco importa si el perito adquirió esos conocimientos en el curso de sus estudios, por lectura de un libro especializado, etc.).⁽²⁶⁾ No ocurre así con el testigo: respecto a él es de decisiva importancia el saber cuál es la fuente de su conocimiento de los hechos,

(22) Székely, pág. 52; Massari, pág. 361.

(23) Hélie, Tome VII, pág. 650.

(24) Székely, pág. 52.

(25) Mayer, pág. 456; Meder, pág. 24; Stein, pág. 54 c.; Bockelmann, G.A., 1955, pág. 321 s.; Székely, pág. 53, entre otros.

(26) Stein, pág. 85; Székely, pág. 54.

porque el tribunal da poca importancia a la deposición de un testigo que se base en conocimientos indirectos.⁽²⁷⁾

El Ministerio Público y las partes pueden proponer diligencias y entre ellas, la realización de un examen pericial (Arts. 170 inc. 3 Cpp para el Ministerio Público y Art. 196 Cpp. para las partes durante la instrucción). La incorrecta designación de un perito como testigo o viceversa por las partes, no vincula al juez,⁽²⁸⁾ quien deberá hacer la citación correspondiente (Art. 135 Cpp), en la calidad correcta.

7.—El perito en sentido estricto se distingue claramente del perito nombrado por las partes, que nuestro código procesal, siguiendo el Código de Zanardelli,⁽²⁹⁾ llama "perito" y que el código procesal penal italiano llama "consulente técnico".⁽³⁰⁾ Se ha escrito que el juez debe creer al perito de parte, en los límites en que cree al abogado de ésta y que la función de este perito de parte consiste en aportar observaciones críticas sobre la pericia oficial, por medio de las cuales puede dar al juez ulteriores elementos lógicos para la formación de su convencimiento.

(27) Otras diferencias entre testigo y perito son explicables por la diferencia fundamental de carácter formal a la que hemos hecho referencia. Así, el perito no está ligado por el secreto profesional a la hora de hacer sus investigaciones o de establecer sus conclusiones, porque él no percibe el secreto a causa de su oficio, profesión o arte, sino en virtud de una medida procesal. El testigo, por el contrario, está ligado por el secreto profesional y si éste existe debe, bajo sanción penal (Art. 203 C. penal) y bajo pena procesal de nulidad (Art. 229 C. pp.), abstenerse de declarar. Diferente es también el régimen patrimonial de la institución del perito y del testigo.

(28) Mayer, pág. 464.

(29) Massari, pág. 362.

(30) Según los "Lavori Preparatori al Codice di Procedura Penale" Vol. III, pág. 62 ss., citados por Alma (c. 237) "El consejero técnico, como el defensor, es persona nombrada por las partes, que sostiene su tesis...". En este punto difiere el derecho italiano del derecho francés y del derecho alemán, que no conocen una institución semejante. La comisión de reforma del código procesal francés (1958) discutió la posibilidad de creación de "conseillers techniques". En la comisión privó el criterio de rechazar una propuesta de creación de los mismos, porque los consejeros técnicos —según la comisión— no hubieran tardado en convertirse en verdaderos oficiosos a favor de las partes, desprovistos de las garantías morales necesarias para la buena administración de la justicia (Así, Besson, pág. 51). La doctrina alemana es también hostil a la creación de consejeros técnicos de las partes (Así, Frenken, DRiZ, 1957, pág. 169). A pesar de que nuestro código llama a los consejeros técnicos de las partes, "peritos", no son tales. Los mismos están sujetos a las condiciones legales de habilitación para el nombramiento (Arts. 239, 241, 244 Cpp), pero no deben prestar juramento, ni están obligados a aceptar el cargo, ni están sujetos a las causales de excusa o recusación, que valen para el perito (Art. 242, 29, 33 Cpp). En el caso de no cumplimiento de sus funciones, no podrá ser sustituido conforme al art. 251 Cpp. Su responsabilidad penal no se mide conforme al delito de falso testimonio —pues no han sido juramentados— sino conforme a otros tipos penales: patrocinio infiel (Arts. 349, 351 C. p.), y, dado el caso, conforme al delito de encubrimiento.

La necesidad de la existencia del perito de parte no la vemos. Si la función del perito de parte es la de un abogado técnico, que hace observaciones críticas sobre la pericia oficial, es claro que esa función puede cumplirla el abogado, que puede asesorarse, para efectos de su defensa, de las personas capacitadas para ello.

8.—Decisivas para la definición de la posición del perito en el proceso penal son sus relaciones con el juez. Perito y juez presentan enormemente similitudes; no en vano fue el perito llamado en una época "iudex facti". Especialmente en la segunda categoría de peritaje son evidentes las similitudes entre juez y perito, porque ambos deben realizar la misma operación mental, que consiste en valorar críticamente una determinada situación de hecho, con ayuda de conocimientos preadquiridos.⁽³¹⁾ Las relaciones —y consecuentemente, las diferencias— entre juez y perito, están condicionadas por dos datos normativos: primero, según el derecho constitucional y procesal, el juez es responsable por la sentencia,⁽³²⁾ lo que tiene, en el derecho moderno, como consecuencia su libertad para valorar los elementos de prueba, —en tanto la ley no disponga lo contrario—, y su libertad para realizar aquellas diligencias probatorias que crea útiles y necesarias (Art. 196 Cpp).⁽³³⁾ Segundo, el art. 238 Cpp., otorga al juez la facultad de designar peritos "cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba, fuera necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica". Por tanto, el art. 238 Cpp. establece una posición subordinada del perito respecto al juez.

A partir de estas observaciones, es necesario establecer entonces la delimitación de la competencia entre el juez y el perito.

III.—Delimitación de competencia entre juez y perito.

9.—El modelo legal parte de la idea de la distribución de competencias entre juez y perito de acuerdo a la posición preponderante del primero y la posición subordinada del segundo.

A. Bases del modelo legal de relaciones entre perito y juez.

10.—El modelo legal de relaciones entre juez y perito reposa sobre bases bien definidas. Estas bases son la distinción del conocimiento del juez en tanto que persona privada y en tanto que funcionario y el principio de libre valoración de la prueba.

(31) Mayer, pág. 464.

(32) Hauber, pág. 242; Ley, pág. 24.

(33) Bockelmann, G.A., 1955, pág. 321; Wolschke, pág. 86.

1.- Separación del conocimiento del juez como persona privada y como funcionario.

11.—Fundamento del sistema es la distinción del conocimiento del juez como funcionario y como sujeto privado.⁽³⁴⁾ Respecto al establecimiento de los hechos sólo se permite al juez utilizar su conocimiento de ellos adquirido en el ejercicio de su actividad y por medio del procedimiento legal de adquisición de las pruebas,⁽³⁵⁾ porque le está prohibido utilizar su conocimiento privado de los hechos. Esta prohibición deriva de la circunstancia de que el legislador establece la incompatibilidad entre el oficio de juez y la calidad de testigo.⁽³⁶⁾ es causal de inhibición para el juez la circunstancia de que él conozca de los hechos como testigo (Arts 29 inc. 1 33 Cpp).

Pero respecto a los hechos que son objeto del proceso puede el juez utilizar todos sus conocimientos para descubrirlos y valorarlos en todas sus dimensiones. Estos conocimientos privados del juez involucran sus conocimientos como jurista y como persona interesada en la cultura, en la ciencia, en la técnica o en las artes. La doble dimensión del conocimiento del juez permite una primera separación puramente formal de la competencia del juez y perito. Reservado al juez queda el campo del derecho.⁽³⁷⁾ Los aforismas latinos "iura novit curia" y "da mihi facta, dabo tibi ius" expresan el principio fundamental de que el juez debe conocer y dar el derecho.⁽³⁸⁾ No sería peritaje en sentido jurídico el informe que alguien diera a petición del juez sobre la valoración jurídica de los hechos o sobre la interpretación de una norma penal o extrapenal.

En el dominio de los hechos está la función del perito. La determinación de su función respecto al juez, la establece la doctrina dominante de la siguiente manera:

a-1) Puesto que el nombramiento del perito reposa sobre la necesidad de establecer o valorar hechos (elementos de prueba) (Art. 238 Cpp), no es necesario el nombramiento del perito, cuando el juez haya adquirido conocimiento del hecho a través de otro medio probatorio.⁽³⁹⁾

(34) Stein, pág. 74.

(35) Stein, pág. 74.

(36) Mayer, pág. 460.

(37) Ley, pág. 2; Peters, pág. 307; Manzini, Vol. II, pág. 300; De Mauro, pág. 260, entre otros. La corriente alemana dominante admite que es posible el nombramiento de un perito para determinar la existencia del derecho consuetudinario (Así, Kleinknecht, Vorb. paragr. 72, Anm. 1 A.), que en ciertos artículos es componente del tipo legal (Así, en nuestro derecho, Art. 399 Cód. penal), o para determinar la existencia o validez del derecho extranjero cuando, como en el art. 30 de nuestro Cód. penal, tal investigación es necesaria (Así, Löwe-Rosenberg, Vorb. paragr. 72, Anm. 2; Peters, pág. 407).

(38) Lijschütz, NJW, 1969, pág. 305.

(39) En tal sentido, entre otros, Meyer, en NJW, 1958, págs. 161 s.; Meder, pág. 24 s.; en el derecho italiano, Velotti, pág. 185, quien cita jurisprudencia italiana al respecto.

a-2) El sistema da al juez la posibilidad de nombramiento de un perito, cuando para valorar hechos o circunstancias se requiera "conocimientos especiales" en alguna ciencia técnica o arte. De ahí se deduce la consecuencia de que el juez no tiene que nombrar perito cuando el asunto a conocer sea un problema de cultura general; es decir, cuando se relacione con conocimientos científicos, técnicos o artísticos, que hayan entrado en el dominio de la cultura del ciudadano común participante en una cultura determinada, o en aquella especial de la que todo juez, por el hecho de serlo, debe estar informado.⁽⁴⁰⁾ Es aquí en donde se encuentra el talón de Aquiles del sistema, por la indeterminación del concepto de cultura general. No se puede diferenciar sino en casos evidentes, lo que es parte de la cultura general del hombre medio (y por tanto, del juez) de lo que pertenece al especialista.⁽⁴¹⁾

a-3) Cuando el juez posee conocimientos especiales, que salen de la cultura media de un juez, o cuando alguno de los miembros de un tribunal colegiado los posee, sostienen la doctrina y jurisprudencia alemanas que no es obligación del juez o del Tribunal nombrar un perito.⁽⁴²⁾ Otra es la posición de la doctrina y de la jurisprudencia francesas. Según ellas la tecnicidad, que hace necesaria la nominación de un perito, debe apreciarse de una manera objetiva; es decir, con relación a la cultura general (y especial) del jurista medio y no con referencia a la cultura propia del juez. Según Beson ⁽⁴³⁾ "actuar de otro modo llevaría a autorizar al juez a constituirse a sí mismo en un medio de prueba: sería, en cierto modo, juez y parte, y alienaría su crédito y su autoridad".

En nuestra opinión es la tesis alemana la que mejor se adapta a nuestro derecho. Ello porque ninguna disposición legal impone al juez la obligación de aplicar, para descubrir o valorar los hechos, únicamente sus conocimientos de cultura general o sus conocimientos específicos de jurista. Por el contrario, el Art. 238 Cpp. condiciona el nombramiento del perito a la necesidad o conveniencia de poseer conocimientos especiales. Y esta necesidad la llena el juez o el tribunal cuando él mismo o alguno de los miembros del tribunal colegiado posee esos conocimientos especiales. Por otro lado, si partimos de la premisa de que el perito es un auxiliar del juez en el descubrimiento o valoración de un medio de prueba, sería un contrasentido obligar al juez a procurarse un auxiliar cuando, en virtud de sus conocimientos especiales, no lo necesita.

(40) *Manzini*, Vol. III, pág. 300; *De Mauro*, pág. 260; *Alma*, c. 230; *Pisani*, Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960, págs. 353.

(41) *Mayer*, pág. 469; *Mösl*, DRiZ, 1970, p. 111; *Tröndle*, JZ, 1969, p. 374.

(42) *Tröndle*, JZ, 1969, pág. 374; *Mösl*, DRiZ, 1970, pág. 112; *Eb. Schmidt*, JZ, 1961, pág. 586. En la jurisprudencia, BGHSt 2, 164 (165); 12, 18, (19); OLG Köln, en NJW 1958, pág. 881.

(43) *Besson*, Dalloz, 1960, Chron., pág. 56.

2.- El principio del libre convencimiento del juez.

12.—Esencial en el sistema probatorio moderno es el principio del libre convencimiento del juez, establecido en nuestro Art. 393 Cpp. El principio del libre convencimiento del juez y de libre valoración de la prueba —que vale en tanto el legislador no disponga lo contrario— tienen como presupuesto la libertad del juez para la investigación de la verdad⁽⁴⁴⁾ (Arts. 185, inc. 1, 353, 387, 394 Cpp.).

Estos principios valen con relación a la prueba pericial: el juez es libre para ordenar un peritaje y para valorarlo, con apego a las reglas de la sana crítica,⁽⁴⁵⁾ mientras el legislador no disponga lo contrario.

13.—La aplicación de los principios anteriormente enunciados al peritaje tienen por consecuencia lo siguiente:

a-1) *El juez es libre para designar o no un perito, en tanto que la ley no disponga lo contrario.*

Este es el principio general establecido en los artículos 204, 207, 238, 353, 387, 394 Cpp. Las dos excepciones más importantes que establece al respecto el código procesal penal son la obligatoriedad del peritaje en algunos casos de muerte violenta (Art. 238, párrafo 2. Cpp.) y la obligatoriedad del peritaje que versa sobre el examen mental del imputado. (Art. 50 Cpp.).

Las partes y el Ministerio Público pueden pedirle al juez que nombre un perito en sentido estricto (Arts. 170, inc. 3, 196, 351 Cpp.), pero la designación del mismo, a petición de parte o de oficio, es una facultad discrecional del juez.⁽⁴⁶⁾ Es una situación subjetiva de comportamiento obligatorio,⁽⁴⁷⁾ si el juez⁽⁴⁸⁾ ha establecido la necesidad o la conveniencia de una investigación que requiera conocimientos particulares en una ciencia, arte o técnica, que él no posee. Los límites de esa facultad discrecional se

(44) *Beling*, pág. 242; *Mayer*, pág. 469.

(45) *Peterson*, DJZ 1907, pág. 912; *Hauber*, pág. 242; *Mösl*, DRiZ, 1970, pág. 111; *Mayer*, pág. 475; *Marmann*, GA, 1953, pág. 138, entre otros. En el derecho italiano, entre otros, *Valdi*, Giust. Pen., 1961, III 276; *De Fenu*, Giust. Pen., 1966, III, 348.

(46) *Amir Arbab-Zadeh*, NJW, 1970, pág. 1215.

(47) *Pisani*, Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960, pág. 352 s.

(48) Tal facultad discrecional corresponde a la autoridad de investigación o de juzgamiento —y en este último caso en la instrucción formal al Presidente del Tribunal o al mismo Tribunal— (Arts. 204, 238, 352, 387 Cpp), pero es claro que la pericia, en sentido estricto, es ordenada durante la instrucción. Cuando se proceda conforme al trámite de citación directa puede el Ministerio Público nombrar un perito, si cree necesaria su asistencia técnica, a condición de que se trate de una investigación fácil y breve, porque si las investigaciones periciales son complicadas, debe procederse por medio de instrucción formal (Arts. 402, inc. 1 y 409 Cpp) (Así, para el derecho italiano, *De Mauro*, pág. 261).

deducen de los principios generales: un rechazo de la petición de la parte o del Ministerio Público para que se nombre perito, o la ausencia nombramiento de un perito de oficio, solamente es posible cuando el juez encuentre en el proceso alguna de las siguientes situaciones: a-1) que la apreciación de los hechos no requiera conocimientos especiales (sino de cultura general) o que el juez los posea;⁽⁴⁹⁾ a-2) que la situación procesal existente haga innecesario un posterior proceso probatorio.⁽⁵⁰⁾ Tal sería el caso de que el hecho que se pretende probar por peritos ya haya sido establecido por otro medio probatorio;⁽⁵¹⁾ a-3) que el hecho que se pretende probar por medio de peritos, no sea objeto de materia probatoria por ser notorio o por existir respecto al mismo una presunción "iure et de iure".

Cuando el juez omite un peritaje que era necesario, la sentencia es nula por ausencia de motivación (Art. 400, inciso 4 Cpp.)⁽⁵²⁾ En tal caso la sentencia es nula por falta de motivación cuando el peritaje omitido tenga un valor "decisivo" (Art. 400, inci. 4 Cpp.); es decir, cuando la decisión pudo haber sido otra si el juez se hubiera informado correctamente sobre la situación de hecho a través del peritaje. Por carecer nuestro sistema procesal de un verdadero segundo grado de jurisdicción, el control de la falta de motivación de la sentencia por omisión del peritaje sólo es posible, en general, cuando la sentencia sea impugnada en casación (Art. 471, inc. 2 Cpp.).

a-2) *El juez debe ejercer una actividad de control y de dirección sobre la actividad del perito y sobre el peritaje.*⁽⁵³⁾

Tal dirección y control son fundamentalmente de índole técnica, —gujar la actividad del perito hacia el fin procesal para el cual fue propuesta la pericia—,⁽⁵⁴⁾ pues es competencia propia del perito determinar la forma y los métodos que utilizará para la realización de su dictamen.⁽⁵⁵⁾

(49) Cassinelli, Arch. Pen., 1960, II, pág. 15.

(50) Marmann, G. A., 1953, pág. 140.

(51) Respecto al caso de prueba del hecho por otro medio probatorio, Velotti, pág. 186.

(52) En tal sentido, entre otros, Bouzat, Rev. Sc. Crim., 1963, pág. 782; Pisani, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1960, pág. 353; Florian, Riv. it Dir. e Proc. Pen., 1915, II, pág. 561. En nuestro derecho solamente se produce nulidad de la sentencia por falta de motivación, cuando se trate de denegatoria de una pericia no ordenada por ley. En los casos en que la ley demanda al juez el ordenar la pericia, paradójicamente el legislador no sanciona la lesión de tal obligación con pena de nulidad. Faltando tal sanción (sistema de nulidades textuales), solamente será anulable la sentencia cuando, por violar los derechos de la defensa, la omisión produzca indefensión y pueda ser catalogada conforme a los artículos 145 y 146 Cpp., como un caso de nulidad absoluta.

(53) Krauss, ZStW 1973 (Bd. 85), pág. 321.

(54) Manzini, Vol., II, pág. 335; Alma, Giust. Pen., 1965, I, 229.

(55) Kleinknecht, Vorb. paragr. 72, Anm. 1 B.

Manifestaciones de este poder - deber de dirección del peritaje son las siguientes facultades del juez: aa-1) Dirección propiamente dicha, que obliga al juez a formular los problemas a dilucidar por el perito, a formular nuevos problemas necesarios para el correcto desenvolvimiento del proceso o del peritaje, a truncar o a prevenir las desviaciones o superficialidades del perito⁽⁵⁶⁾ y a fijar el plazo en el que el peritaje deberá expedirse. También puede el juez asistir a las indagaciones (Art. 245 Cpp.). El Art. 387 Cpp. permite citar a los peritos cuando sus dictámenes fueren insuficientes. aa-2) Control de la actividad del perito, que implica la posibilidad de sustituirlo en caso de mal desempeño de su cargo y la obligación de comunicar los hechos punibles cometidos por él al Ministerio Público, para que proceda como corresponda (Arts. 251, 367, 388 Cpp.). aa-3) Nombramiento de nuevos peritos. El juez tiene la facultad de nombrar nuevos peritos cuando lo crea necesario para el correcto establecimiento de los hechos⁽⁵⁷⁾ o cuando los informes de los ya nombrados discrepen fundamentalmente (Art. 248 Cpp.).⁽⁵⁸⁾ La primera situación ocurre cuando el dictamen no despejó las dudas del juez sobre los hechos, que motivaron recurrir al peritaje. Ello puede pasar porque el perito crea que las preguntas formuladas no tienen una respuesta científica precisa o que le falta competencia para resolver la cuestión probatoria planteada por el juez⁽⁵⁹⁾ o porque el peritaje es incompleto, —lo incompleto del dictamen debe establecerlo el juez sobre la base de indicios graves que funden una seria duda sobre la capacidad técnica, científica o artística del perito—, ya que un peritaje incompleto no puede servir de base a la sentencia. En la segunda situación —cuando los dictámenes de los peritos anteriores discrepan fundamentalmente— la tarea de los nuevos peritos puede ser examinar y valorar los peritales anteriores, o realizar un nuevo peritaje. De acuerdo con el artículo 248 Cpp. sólo se ordena un nuevo peritaje si los dictámenes discrepan "fundamentalmente". Por consiguiente, antes

(56) Alma, Giust. Pen., 1965, I, 229.

(57) Ley, pág. 23.

(58) Tratándose del juicio común, las partes y el Ministerio Público sólo podrán solicitar designación de nuevos peritos para que determinen sobre puntos que no hayan sido anteriormente objeto de dictamen pericial, excepto que el perito pedido sea un psiquiatra o un psicólogo que deba dictaminar sobre el estado mental o la personalidad del imputado (Art. 351 Cpp). Esta regla no impide, sin embargo, que el Tribunal ordene de oficio y en cualquier momento antes de sentencia cualquier clase de prueba (y por tanto, la pericial), para mejor proveer, si ello es necesario para el esclarecimiento de la verdad (Art. 387 Cpp).

(59) Por ejemplo, el perito llamado a dictaminar sobre la capacidad penal del imputado, descubre que éste tiene una lesión cerebral que requiere la intervención de un médico especialista en lesiones cerebrales. (Así, Ley, pág. 23).

de ordenar el nuevo peritaje, el juez debe establecer si las discrepancias son fundamentales (esenciales), a tal punto que dificulten la decisión.⁽⁶⁰⁾

El juez no está obligado, sin embargo, a nombrar nuevos peritos aunque los dictámenes discrepen fundamentalmente, porque él puede, dando las correspondientes razones para ello, seguir uno de los dictámenes.⁽⁶¹⁾

a-3) *El juez debe valorar críticamente los resultados del peritaje.*

El juez debe conservar su propia libertad de decisión y debe someter el dictamen pericial a examen bajo propia responsabilidad, según los principios de la sana crítica⁽⁶²⁾ (en tanto que la ley no lo obligue a aceptar sin crítica del peritaje), porque él es el único responsable de la sentencia que dicta.⁽⁶³⁾ El juez no puede estar ligado por las conclusiones del perito porque, a parte de las reglas de libre valoración de la prueba según la sana crítica (Art. 393 Cpp.), existen otros medios de prueba además del peritaje; éste sólo adquiere valor cuando corrobora el conjunto de elementos de información, sea de cargo o de descargo.⁽⁶⁴⁾ El juez viola las reglas de valoración de la prueba y fundamenta incorrectamente la sentencia cuando acepta sin crítica y sin fundamento evidente el dictamen pericial,⁽⁶⁵⁾ o cuando, sin dar las razones científicas para ello, se aparta del dictamen pericial existente en actas. Es claro que el juez puede apartarse del dictamen pericial si da las razones científicas que motivan su decisión, pero no puede contraponer a un dictamen fundamentado en datos cientí-

(60) La jurisprudencia alemana (RG St 64, 113) ha establecido, por ejemplo, que no hay discrepancia esencial entre dos peritajes que niegan la existencia de la capacidad penal de una mujer en el momento de los hechos, aunque un dictamen funde la incapacidad en una limitación de la voluntad proveniente de causas biológicas y el otro la funde en el hecho de que la mujer se encontraba bajo estado hipnótico. En efecto, entre ambos dictámenes había divergencia en la causa de la incapacidad de la mujer, pero convergencia en el punto esencial que estaba en discusión; esto es, la existencia de la inimputabilidad en el momento de los hechos.

(61) *Alsberg-Nüsse*, pág. 257; *Seibert*, NJW 1962, pág. 137; *Mayer*, pág. 469; *Meyer*, NJW 1958, pág. 616 s.; *Tröndle*, JZ 1969, pág. 375.

(62) *Arbab Zadeb*, NJW 1970, pág. 1215; *Marmann*, GA, 1953, pág. 149; *Mayer* pág. 475.

(63) *Frenken*, DAR, 1956, pág. 291; *Peterson*, DJZ 1907, pág. 912; *Florian*, Riv. di Dir. e Proc. Pen., 1915, II, pág. 556; *Valdi*, Giust. Pen. 1961 II, 276 s.; *Delogu*, Riv. It Dir. e Proc. Pen., 1976, pág. 69; *Besson*, pág. 56.

(64) *Besson*, pág. 59. Expresando esta misma idea escribe Stein (pág. 94) "Nadie tiene derecho a poner punto final con su dictamen al examen que el juez debe hacer sobre la verdad de los hechos".

(65) En la práctica judicial de nuestro país es este vicio uno de los más frecuentes.

ficos su pura intuición o su experiencia de vida.⁽⁶⁶⁾ Aún el principio "in dubio pro reo" no autoriza al juez a apartarse de un dictamen pericial, si no da las razones técnicas o científicas que justifique el desatender el dictamen.⁽⁶⁷⁾ Sería un contrasentido que la ley diera al juez la facultad de reconocer su propia ignorancia, al facultarlo para nombrar un ayudante idóneo, pero que también le fuera permitido, después de esta confesión de ignorancia, apartarse del peritaje sin dar razones científicas valederas.⁽⁶⁸⁾

B. *Crisis del modelo legal de regulación del peritazgo y sus causas.*

14.—El modelo legal de regulación del peritazgo, anteriormente descrito, ha caído desde hace tiempo en una profunda crisis, cuyas principales causas pueden ser descritas del siguiente modo.

1.- *Desarrollo de la ciencia, del arte y de la técnica.*

15.—El modelo legal tuvo su origen en los siglos XVIII y XIX, en una época en la que todavía era posible que un hombre medianamente culto estuviera informado o pudiera informarse de manera satisfactoria de los últimos avances de las ciencias, de las técnicas y de las artes.⁽⁶⁹⁾ Pero el desarrollo acelerado que las ciencias, las técnicas y las artes sufrieron en este siglo hacen hoy día imposible que el juez pueda estar informado sobre la evolución científica, técnica o cultural.⁽⁷⁰⁾ Los jueces no pueden hoy día dominar, por propio conocimiento, las diferentes cuestiones que surgen en el proceso⁽⁷¹⁾ referentes a la medicina, a la química, etc. El sistema cae entonces en la siguiente contradicción: el juez no puede hoy trabajar sin peritos, pero jurídicamente está obligado a examinar y a controlar críticamente el peritaje.⁽⁷²⁾

2.- *Desarrollo del derecho penal.*

16.—Paralelamente a la evolución de la ciencia, de la técnica y del arte, evoluciona el derecho penal, cada día más imbuido por la criminología

(66) *Döbring*, JZ 1968, pág. 643; *Mösl*, DRiZ 1970, pág. 113. De acuerdo con la idea también *Graven*, en *Scuol. Posit.*, 1959, pág. 392, 394; *Alma*, pág. 232; *Valdi*, Giust. Pen., II, 1961, pág. 277.

(67) *Mayer*, pág. 475; *Mösl*, DRiZ 1970, pág. 113.

(68) *Florian*, Riv. di Dir. e Proc. Pen., 1915, II, pág. 556.

(69) Todavía en 1911 escribía *Napodano* (Riv. Pen., 1911, pág. 473) que la producción de la pericia "... es una facultad a la que puede recurrir el juez, como aquella de consultar un libro de ciencia o de arte, para adquirir los conocimientos necesarios para iluminar la prueba".

(70) *Ley*, pág. 2.

(71) *Frenken*, DAR, 1956, pág. 291.

(72) *Bindokat*, JZ, 1954, pág. 399. De acuerdo con la idea, también *De Marsico*, Arch. Pen., 1950, II, pág. 449.

y por la política criminal. Especialmente es en el campo de la labor del perito psiquiatra y psicólogo, en donde es evidente esa contradicción. La parte general de los códigos penales concibe de una forma la labor de estos peritos y los códigos procesales de otra. La actividad exigida al perito médico, psicólogo y social por el nuevo derecho penal es imposible según el derecho procesal vigente.

Una clara tendencia del derecho penal moderno es centrar su acción en la resocialización del delincuente por medio de la escogencia racional de penas y medidas de seguridad adecuadas a la personalidad de éste.⁽⁷³⁾ La realización de estos fines es imposible sin un diagnóstico de la personalidad del autor del hecho punible y sin una prognosis sobre su comportamiento futuro.⁽⁷⁴⁾ La realización de los peritajes de este tipo choca con barreras difíciles de franquear. Las principales son las siguientes:

a-1) El principio de la presunción de inocencia (Art. 34 de la Constitución; Art. 1 Cpp.) y su correspondiente expresión en el derecho probatorio, que es el principio del "in dubio pro reo" (Art. 393 Cpp.), establecen claramente que el legislador (constitucional y procesal) ha partido de la idea del establecimiento o no establecimiento por los medios legales de prueba de la situación de hecho sobre la cual se basa la sentencia. El proceso penal no está interesado, por lo tanto, en calcular probabilidades, en establecer tantos por cientos o en pronósticos de comportamientos futuros, como

(73) Kraft, pág. 3; Kaiser, "Jugendrecht", pág. 32. Esta tendencia es claramente visible en el derecho penal costarricense. Así, exigen prognosis y diagnosis los siguientes artículos: 60, 61, 64, 65, 66, 70, 71, 93, 97, 99, 100 del Código penal; 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción tutelar de Menores; 50 y 185 del Cpp. De este articulado puede deducirse que son tres las principales hipótesis en las que diagnósticos son necesarios: 1.- La primera hipótesis se da cuando debe determinarse si el imputado tenía la capacidad de entender y de querer en el momento de los hechos. Este tipo de peritaje, que corresponde realizar al psiquiatra, tiene en nuestro derecho un lugar importante, porque de conformidad con el artículo 51 Cpp. el examen mental es obligatorio para todo imputado. La necesidad de la obligatoriedad del examen psiquiátrico del imputado en todos los casos es dudosa. A parte de la circunstancia de que hay siempre carencia de personal capacitado, ocurre con tales dictámenes una verdadera paralización del proceso (Así, Rom, pág. 10; Schaffstein, pág. 131). 2.- La segunda hipótesis se refiere a la llamada investigación de personalidad ("enquête de personnalité", "Persönlichkeitserforschung") que se propone poner de relieve los caracteres esenciales de la personalidad del delincuente, vista desde el punto de vista psicológico y social, más que psiquiátrico. Este tipo de peritaje corresponde a trabajadores sociales y psicólogos. Nuestro código penal confunde en varios artículos (71, 97, 99, 100 C. penal; también 51 y 185 Cpp) el peritaje psiquiátrico con el peritaje sobre la personalidad del delincuente. 3.- Por último, el tercer grupo de peritajes que suponen pronósticos y diagnósticos son para efectos de libertad condicional (Arts. 64 ss. C. penal) y de rehabilitación (Art. 70 C. Penal), y se dan después de sentencia. Este último peritaje puede ser realizado por trabajadores sociales, psicólogos o autoridades de la administración penitenciaria.

(74) Kraft, pág. 3.

los métodos de diagnósticos y de pronósticos suponen.⁽⁷⁵⁾ Por lo tanto, el empleo de tales métodos está en contradicción con el fin actual del proceso penal, que es el establecimiento de la verdad material —entendida en el sentido aristotélico de "adaequatio intellectus rei"— no a cualquier precio, sino por medio de las formas legales.

a-2) La actividad de los peritos psiquiátricos o encargados de la investigación de personalidad está limitada por reglas procesales que tienden a proteger el valor de la persona humana en el proceso.⁽⁷⁶⁾

a-3) Por último, en la actividad del perito, hombre de ciencia natural o de ciencias sociales, aflora la contradicción entre ciencia y derecho. El perito psiquiatra o el criminológico, como científicos, concentran su atención en el ser del hombre; el juez, por el contrario, tiene la obligación de aislar un trozo de la vida humana y de valorarla conforme a las reglas del deber ser del orden jurídico.⁽⁷⁷⁾ Esta contradicción es evidente con relación al examen psiquiátrico, que versa sobre la capacidad penal, en el que se trata de establecer qué ocurrió en la cabeza del delincuente en el momento de los hechos,⁽⁷⁸⁾ para que el juez, con base en ese dictamen, pueda hacer un juicio sobre la capacidad penal del imputado.⁽⁷⁹⁾

(75) Sobre el argumento, Krauss, ZStW 1973 (Bd. 85), pág. 343; Mösl, DRiZ, 1970, pág. 113.

(76) Por ejemplo, para realizar el informe de personalidad se requiere interrogar al imputado o a las personas que constituyen el medio social en el que se movió el imputado. Tales interrogatorios son sólo posibles si el imputado y tales personas cooperan de buena gana, porque el perito ni es juez de instrucción ni es funcionario de la policía judicial que pueda prevalecerse del derecho a interrogar que tiene este último funcionario conforme al art. 164 inc. 6 Cpp. Si las personas que constituyen el medio social del imputado son parientes que pueden beneficiar del derecho al silencio del testigo (Art. 228 Cpp), su declaración sólo es posible, cuando impuestos de su derecho al silencio, estén dispuestos a declarar. Pero aún si declaran ante el perito pero en ausencia del juez, éste no podría considerar su declaración en su sentencia, porque si lo hiciera habría una lesión al principio de inmediatez de la prueba (Janssen, Kriminalistik, 1970, pág. 436; Schorn, GA, 1965, 229; Kraft, pág. 5). Puesto que en el proceso penal se trata de investigar la verdad según los principios del Estado de Derecho, la investigación de la personalidad del imputado encuentra límites legales. Difícilmente conciliable con la presunción de inocencia es la actividad del perito que interroga al imputado sobre los motivos "que hubieran podido determinarlos a delinquir" (Art. 71 Cpp.). Por ser contrarios al respecto de la personalidad humana no se pueden emplear métodos como el narcotálisis o el polígrafo, pero tampoco los llamados textos proyectivos (por ej., el de C.G. Jung, el de Rorschach, el thematic-apperception-test (TAT)) y los llamados Wartegg Zeichen und Erzählungstest.

(77) Leferenz, págs. 1 ss.; Krauss, "Schuldzurechnung...", págs. 88 ss., y "Die strafrechtliche Problematik...", págs. 9 ss. y en ZStW 1973, (Bd. 85), págs. 399; Kraft, págs. 6 ss.

(78) Haddenbrock, DRiZ, 1974, pág. 465.

(79) Haddenbrock, DRiZ, 1974, pág. 38 s.; Göppinger, NJW, 1961, pág. 245; Wiiler, NJW, 1964, pág. 1172; Ley, pág. 3, nota 2.

IV.—SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA PARA RESOLVER EL PROBLEMA DEL PERITAJE

17.—En el derecho costarricense, que adoptó en 1975 el código procesal penal italiano con algunas modificaciones, existe como en este ordenamiento una contradicción entre la actividad exigida al perito por las nuevas corrientes penales, que se han arraigado en las partes generales de los códigos penales, y la actividad permitida al perito por el ordenamiento procesal. La problemática ha sido discutida desde hace tiempo por juristas —penalistas y procesalistas— y por criminólogos y la doctrina ha propuesto diferentes soluciones. Ciertamente esas soluciones tratan de resolver el problema que presenta la actuación procesal del perito médico y del perito de las ciencias sociales. En estos tipos de peritajes es donde se ha planteado con mayor agudeza la problemática estudiada. La razón es sencilla: aunque el código procesal penal no distingue entre peritaje relativo a las personas y peritaje relativo a las cosas, es lo cierto que en la práctica el juez acepta, sin mayor dificultad, el dictamen balístico que describe las estrías que dejó la bala, pero no acepta fácilmente el dictamen psiquiátrico que dice que A es un enfermo mental, cuando aparentemente actúa de manera cuerda, o el dictamen que dice que B es peligroso, cuando ha cometido un delito insignificante.⁽⁸⁰⁾

1.- La tesis de superación de la contradicción por medio del mejoramiento de la instrucción del jurista.

18.—La contradicción entre perito y juez existirá mientras éste guarde poder absoluto de apreciación sobre las conclusiones del perito y pueda hacer prevalecer la verdad legal sobre la verdad científica.⁽⁸¹⁾ Algunos autores han intentado resolver entonces la contradicción por medio de un mejoramiento del programa de estudios del juez penal, quien, a través de la acentuación de su formación criminológica, psiquiátrica, psicológica y sociológica, podría controlar, entender y valorar el informe pericial.⁽⁸²⁾

Ciertamente un mejoramiento de la formación del jurista sería deseable, pero ella por sí sola no puede solucionar el problema, porque la formación del jurista tiene límites que no pueden fácilmente traspasarse.⁽⁸³⁾ Modelo de una reforma penal no puede ser la constitución de un "superjuez", que reúna en sí las cualidades de penalista, de psiquiatra, de sociólogo y de criminólogo,⁽⁸⁴⁾ pues, dejados de lado el diletantismo y la charlatanería, hoy día ya eso no es posible. Por el contrario, solamente el trabajo conjunto del científico y del jurista puede dar buenos frutos.⁽⁸⁵⁾

(80) Rolland et Larocque, RSC 1963, pág. 755.

(81) Bouzat, RSC 1963, pág. 782.

(82) Wetterich, pág. 113; Hauber, pág. 112 s.

(83) Kaiser, "Strategien...", p. 96; del mismo, "Jugendrecht...", p. 196.

(84) Hauber, p. 113 ss.

(85) Kaiser, "Jugendrecht...", p. 31.

Pero, por otro lado, es claro que esta tesis trata de solucionar el problema entre juez y perito únicamente con relación al perito médico y al psicólogo (criminólogo). Aun cuando esta solución fuera aceptable para este tipo de peritajes, queda el problema sin resolver en los otros tipos de peritaje. Entonces, cabe hacer con Rolland y Larocque⁽⁸⁶⁾ la siguiente pregunta: ¿En virtud de qué razonamiento se rehusaría a otras técnicas aquello que se le concede a las técnicas médica, psicológica y criminológica?

2.- La tesis de la superación de la contradicción por medio de la transformación del perito en juez.

19.—Una corriente doctrinal ha planteado la posibilidad de resolver el problema de las relaciones entre perito y juez por medio de la transformación del primero en el segundo. Esta propuesta se entronca con la concepción del perito que tuvo el derecho medieval, el cual en virtud de las teorías de las pruebas legales, vio en aquél un "iudex facti".⁽⁸⁷⁾ Tal tesis ha sido sostenida en Italia por Vincenzo Lanza⁽⁸⁸⁾ y en Alemania especialmente por Schröder en el XVIII "Deutschen Juristentag" de 1960 (München):⁽⁸⁹⁾ consiste en proponer que el perito se siente como tal al lado del juez y se corresponsabilice de la sentencia que se dicte. La sentencia tendrá entonces bases legales y bases científicas, porque según el modelo legal de las relaciones entre perito y juez basta que uno de los jueces de un Tribunal colegiado sea perito, para que éste transmita a los otros jueces no peritos su conocimiento.

La propuesta de Schröder se basa en la idea de que, con la transformación del perito en juez, los instrumentos que permiten un mejor efecto preventivo especial serán mejor utilizados si perito y juez son corresponsables de la sentencia que si actúan separadamente y con diferentes tareas y responsabilidades procesales. En Alemania, especialmente, ha encontrado esta propuesta una especial repulsa porque ella contradice el principio constitucional del juez legal.⁽⁹⁰⁾ La solución es impracticable, además por la diversidad de problemas técnicos que se pueden plantear en un mismo proceso: por ejemplo, en un proceso por homicidio, podrían tener que ser llamados como jueces el perito psiquiatra, el perito encargado del informe de personalidad, el especialista en armas, el especialista en huellas digitales, etc.⁽⁹¹⁾

(86) Rolland y Larocque, RSC, 1963, p. 769.

(87) Székely, p. 54.

(88) Citado por Alma, Giust. Pen. I, 1965, C. 229.

(89) Kraft, p. 94; Hauber, p. 281; Schmidt (Eb.), JZ, 1961, p. 586.

(90) Entre otros, Kraft, p. 96; Hauber, p. 285; Koblhass, NJW 1962, p. 1329; Eb. Schmidt, JZ, 1961, p. 586 ss.

(91) Koblhass, NJW 1962, p. 1329.

Aparte de estas objeciones, nosotros rechazamos esta tesis por dos razones:

a-1) Una propuesta semejante sólo es posible en la medida en que existan tribunales colegiados. En nuestro derecho el tribunal colegiado, —el Tribunal de Juicio—, es cuantitativamente una excepción y no la regla. Luego, tal proposición no solucionaría el problema de las relaciones entre juez y perito en nuestro derecho.

a-2) Capital para nosotros es la siguiente objeción a la tesis: Si se asocia el perito a la decisión al punto de hacerlo corresponsable de la sentencia, se le convertiría en juez soberano respecto a la prueba. Pero todo el sistema judicial costarricense reposa sobre el principio de revisibilidad de la sentencia condenatoria (Art. 36 Conts. Polít.), lo que supone el hecho de posibilidad de error del juez en cuanto a la determinación de los hechos (Art. 490, incs. 1, 2, 3, 4 Cpp.). La transformación del perito en juez ("iudex facti") crearía inevitablemente la contradicción —lo que sería inconstitucional— del valor absoluto del peritaje y del valor relativo de la sentencia.

Por consiguiente, puede concluirse que no son viables las tentativas de resolver la contradicción entre juez y perito por medio de la transformación de uno en otro.

3.- La tesis de la superación de la contradicción por medio de la creación de un tipo de procedimiento adecuado a la problemática de la prueba pericial.

20.—La doctrina dominante cree⁽⁹²⁾ que una solución adecuada al problema solamente es posible mediante la creación de un tipo de procedimiento adecuado a la problemática de la prueba pericial. La proposición es en el sentido de la división del proceso en su etapa de juicio en dos partes, según el sistema angloamericano de la "convicción" y de la "sentence". En el sistema continental actual la declaración de culpabilidad y la imposición de la sanción se dan en un mismo momento procesal. Según esta corriente doctrinal la división del proceso en dos fases (declaración de culpabilidad y establecimiento de la pena o de la medida de seguridad) posibilitaría, sin lesión al principio de la presunción de inocencia, una verdadera investigación de la personalidad del delincuente. Un examen detallado de esta propuesta no es posible realizarla en este artículo, en el que nos limitaremos a apuntar algunas de las ventajas y de las desventajas de este sistema.

La división del proceso en dos fases tendría la ventaja inmediata de permitir una separación de la cuestión de la imputabilidad, de la culpabi-

(92) Kaiser, "Strategien...", pág. 90 ss.; Jescheck, págs. 511, 586; Eb. Schmidt, MDR, 1967, pág. 883; Kern-Roxin, pág. 208; Hauber, págs. 309 ss.; Klein-necht, Vorb. paragr. 244, Anm. 3 D.; Zipf, pág. 91; Eb. Schmidt., NJW, pág. 1145; Krauss, "Grundsatz der Unschuldvermutung...", págs. 163 ss.

lidad y de las condiciones objetivas de la comisión del hecho.⁽⁹³⁾ En la primera etapa, que es de tipo formal, es preponderante el juez como "dominus litis", quien decide sobre las condiciones objetivas del hecho y sobre la atribución del mismo al imputado; en la segunda etapa debe el juez, conjuntamente con los peritos adecuados para el caso —médicos, psicólogos, terapeutas sociales, especialistas en la ejecución de penas, etc.—, establecer las consecuencias legales del hecho, las cuales deben adecuarse a la personalidad del delincuente.⁽⁹⁴⁾

La desventaja de este sistema consiste en lo siguiente: si bien es cierto que al imputado importa la declaratoria de culpabilidad del juez ("convicción"), en tanto que establece su culpabilidad o su inocencia, es para él más importante la "sentence", que fijará por meses, y quizás por años, restricciones a su libertad. En el sistema propuesto la "sentence" queda en manos de especialistas soberanos, quienes pueden determinar libremente las sanciones a aplicar.

De donde se concluye que un tal sistema solamente es posible si al mismo tiempo se dispone en el procedimiento de un efectivo sistema de recursos contra las decisiones de los especialistas, porque, de lo contrario, el principio de legalidad, conquista fundamental del derecho moderno, caería por su base.⁽⁹⁵⁾ La implantación de un tal sistema supone, por tanto, una total reestructuración del sistema procesal.

V.—CONCLUSIONES

21.—A modo de conclusiones, séanos permitidas las siguientes consideraciones:

a-1) En el derecho costarricense —como ocurre en la mayoría de los derechos europeos— la posición del perito en el proceso penal sólo puede definirse por su situación subordinada respecto al juez. Este hecho es una consecuencia inevitable del principio constitucional de que el juez —en general, el Poder Judicial— es responsable por la sentencia que dicta. Las soluciones propuestas por la doctrina para crear un nuevo modelo legal de relaciones entre perito y juez son poco realistas. La que tiene mayores posibilidades de convertirse en realidad es aquella que defiende la tesis de la partición del proceso en dos fases. En nuestro criterio tal solución solamente es aceptable si al mismo tiempo se hace una total reestructuración del proceso, que permita un sistema de medios impugnativos contra las decisiones de los especialistas. No escapa la dificultad de realización de tal propuesta, porque o los tribunales encargados de conocer de tales recur-

(93) Kraft, pág. 102; Kaiser, "Strategien...", pág. 90 ss.; Zipf, pág. 91 Blau, ZStW 1969 (Bd. 81), pág. 35; Krauss, ZStW 1973 (Bd. 85), pág. 355.

(94) Krauss, ZStW 1973 (Bd. 85), pág. 355; Kraft, pág. 99.

(95) Rolland y Larocque, RSC, 1963, pág. 772 s.

esos estarían compuestos por peritos y en tal caso el pretendido recurso se resuelve en la revisión del fallo de un perito por otro perito jerárquicamente superior, o esos tribunales estarían compuestos por jueces con el poder de hacer prevalecer la verdad legal sobre la verdad científica, y en tal caso caemos en el sistema actualmente vigente.

a-2) El sistema actualmente vigente de relaciones entre juez y perito, y las garantías constitucionales que realiza el proceso penal, impiden ciertamente un tratamiento del delincuente conforme al estado actual de las ciencias médicas y de las ciencias del hombre. Tal y como está estructurado el sistema actual, debe hacerse la escogencia entre tratamiento de delincuente y respecto de la persona humana en el proceso penal. Nosotros creemos que más importante que el tratamiento del delincuente es que se le respete, porque en el tratamiento tiene interés el Estado, pero en el respecto a la persona tienen interés el delincuente y el Estado de Derecho.

VI.—BIBLIOGRAFIA

- Alma, "La perizia, con particolare riferimento a quella grafica, nel campo della procedura penale vigente", in *Giust. Pen.* 1956, I, 229 ss.
- Alsberg-Nüsse, "Der Beweisantrag im Strafprozess", 2. Aufl. 1956.
- AmirArdob-Zadeh, "Des Richters eigene Sachkunde und das Gutachterproblem im Strafprozess", en *NJW*, 1970.
- Beling "Deutsches Reichsstrafprozessrecht", Berlin, 1928.
- Bellavista, "Lezioni di Diritto Processuale Penale", Milano, 1972.
- Besson, "Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale", Dalloz, 1960, Chronique, págs. 51 ss.
- Bindokat "Die Sachverständigen", en *JZ*, 1954.
- Blau "Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte Schuldausspruch und Strafausspruch", en *ZStW*, 1969, Bd. 81.
- Bockelmann "Strafrichter und psychologischer Sachverständiger", en *GA*, 1955.
- Bouzat, Rapport de Synthèse des rapports présentés aux XI Journées de défense social, Rennes, 14 et 15 juin 1963, en *R. S. Cr. et de Droit Pen. Comp.*, 1963.
- Cassinelli, "La nozione giuridica d'infermita mentale e il diniego della perizia psichiatrica", en *Arch. Pen.* 1960, II.
- Clerc, "L'examen médico-psychologique et social des délinquants", en *Schweiz. Zeitschr. für Strafrecht*, 1952, Bd. 67.
- De Fenu, "La perizia nel procedimento penale ed il principio del libero convincimento del giudice", en *Giust. Pen.*, 1966, III, 348 ss.
- De Marsico, "I processi dei veleni", en *Arch. Pen.*, 1950, II.
- De Mauro, "Manuale di Diritto Processuale Penale", 3a. ed., Roma, 1959.
- Delogu, "Potere discrezionale del giudice penale e certezza del Diritto", en *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 1976.

Diesing, "Der psychologisch-psychiatrische Sachverständige bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen im Strafverfahren", en *Kriminologische Gegenwartfragen*, Herausgegeben von H. Göpfinger und G. Kaiser, Stuttgart, 1976.

Doll, "L'interrogatoire de l'inculpé par les experts", in *Gazette du Palais*, 1972, II, Doctrine, 440.

Doll, "Le médecin expert face au secret médicale", *J.C.P.*, 1972, I, Doctrine 2502.

Florian, "Giudice e Perito", en *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, 1915, II, 556 ss.

—————"Prove Penali", Milano, 1924.

Foschini, "Sistema del Diritto Processuale Penale", Milano, 1956.

Frenken, "Glanz und Elend des Gerichtssachverständigen", *DRiZ*, 1957.

Frenken, "Kritische Betrachtungen über Sachverständigen Gutachten als Urteilsgrundlage", en *DAR*, 1956.

Göppinger, "Psychopathologische und tiefenpsychologische Untersuchungsmethoden und ihr Aussagewert für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit und Schuldfähigkeit", en *NJW*, 1961.

Graven, "L'ufficio e i poteri del giudice penale in rapporto al perito medico in materia di responsabilità", en *Scuol. Posit.*, 1959.

Haddenbrock, "Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung", en *ZStW*, 1963 (Bd. 75) (Zitiert, Haddenbrock, *ZStW*, 1963).

Haddenbrock, "Der Psychiater im Strafprozess", en *DRiZ*, 1974 (zitiert, Haddenbrock, *DRiZ*, 1974).

Hauber, "Die Funktionsverteilung zwischen Richtern und Sachverständigen im deutschen Jugendgerichtsverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Gestaltung einer künftigen Jugendgerichtsverfassung", *Diss. Univ. Freiburg i. Br.*, 1976.

Heinen, "Jugendrichterliche und psychiatrische Zusammenarbeit bei jungen Straftätern", en "Strafmündigkeit" *Nissen/Schmitz*, Hrsg., Neuwied und Berlin, 1973.

Heinitz, "Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen im Strafprozess", en *Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969 (zitiert, Heinitz, "Grenzen...").

Heinitz, "Zweiteilung der Hauptverhandlung?", en "Sein und Werden im Recht". *Festgabe für Lübtow*, 1970 (zitiert, Heinitz, "Zweiteilung...").

Hélie, "Traité de l'instruction criminelle", Paris, 1853, T. 7.

Janssen, "Kritische Betrachtungen zur gegenwärtigen Gutachter-Situation", *Kriminalistik*, 1970.

Jeschek, "Lehrbuch des Strafrechts", A. T., 2. Aufl., Berlin, 1972.

Jessnitzer, "Sachverständigenbeweis bei der Auswertung technischer Aufzeichnungen", *DRiZ*, 1974.

Kaiser, "Jugendrecht und Jugendkriminalität", Weinheim und Basel, 1973 (zitiert, Kaiser, "Jugendrecht...").

- Kaiser, "Strategien und Prozesse, strafrechtlicher Sozialkontrolle, Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen", Frankfurt/M., 1972 (zitiert, Kaiser, "Strategien...").
- Kern, Roxin, "Strafverfahrensrecht", 12. Aufl., München, 1974.
- Kleinknecht, "Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen", 32. Aufl., München, 1975.
- Kohlhaas, "Anderung des Sachverständigenbeweises im Strafprozess-", en NJW 1962.
- Kraft, "Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen im Strafprozess", Diss. Göttingen, 1974.
- Krauss, "Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren", en Strafrecht-dogmatik und Kriminalpolitik, 1971.
- Krauss, "Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden", Frankfurt a. M., 1971. (zitiert, Krauss, "Die strafrechtliche Problematik").
- Krauss, "Richter und Sachverständiger im Strafverfahren", en ZSTW, 1973 (Bd. 85) (zitiert, Krauss ZSTW 1973).
- Krauss, "Schuldzurechnung und Schuldzumessung als Problem des Sachverständigenbeweises", en Kriminologische Gegenwartsfragen, Herausgegeben von H. Göppinger und G. Kaiser, Stuttgart, 1976, S 88 ff. (zitiert, Krauss, Schuldzurechnung).
- Leferenz, "Richter und Sachverständiger", en Kriminalbiologischen Gegenwartsfragen, 1962, Heft 5, S. 1 ff.
- Leone, "Trattato di diritto processuale penale", Napoli, 1961.
- Ley, "Die Pflicht des Strafrichters zur Anhörung weiterer Sachverständiger", Diss. Univ. München, 1966.
- Ligges, "Die Stellung des Sachverständigen im deutschen Strafprozess", Diss. Münster, 1963.
- Lipsschütz, "Das Sonder-Fachwissen des Richters", en NJW, 1969.
- Löwe-Rosenberg, "Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz", 23. Aufl., Berlin-New York, 1976.
- Lürken, "Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess (Paragr. 73, 78 StPO)" en NJW 1968.
- Manzini, "Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano", Torino, 1956.
- Marmonn, "Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung", GA, 1953.
- Mastronardi, "Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozessrecht", Diss. Univ. Bern, 1936.
- Massari, "Processo Penale nella nuova legislazione italiana", Napoli, 1934.
- Mayer, "Der Sachverständige im Strafprozess", in Festschrift für E. Mezger, München und Berlin, 1954.
- Meder, "Die Ablehnbarkeit des Sachverständigenbeweises im Strafprozess", Diss. Univ. Erlangen, 1933.

- Meyer, "Die Ablehnung von Beweisanträgen weiterer Sachverständiger im Strafverfahren", en NJW, 1958.
- Mezger, "Der psychiatrische Sachverständige", Berlin, 1918.
- Mösl, "Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung im Strafprozess" DRiZ, 1970.
- Müller-Sax, "Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG", 6. Aufl., Darmstadt, 1966.
- Napodano, "Le perizie nel giudizio penale", en Riv. Pen., 1911.
- Peterson, "Die Bedeutung des Sachverständigen", en DJZ, 1907.
- Peters, "Strafprozess". "Ein Lehrbuch", 2. Aufl., Karlsruhe, 1966.
- Pisani, Nota a Cass. pen. 4 sez. 17 giugno 1959, en Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960.
- Ranieri, "Manuale di Diritto Processuale Penale", 5a. ed., Padova, 1965.
- Roesen, "Der psychologische Sachverständige im Sittlichkeitsprozess", en NJW, 1964.
- Rolland et Larocque, "Les rapports du juge pénal et du médecin expert", Rapport présenté aux XI Journées de Défense Sociale, Rev. Sc. Crim. et Droit Pen. Comp., 1963.
- Rom, "Die Bedeutung des psychiatrischen Gutachtens im schweizerischen Strafrecht", Zurich, 1953.
- Sarstedt, "Der Strafrechtler und der psychiatrische Sachverständige", en Die Justiz, 1962.
- Schaffstein, "Jugendstrafrecht", Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966 (4. Aufl.).
- Seibert, "Beweisanträge (Zeugen und Sachverständige) im Strafverfahren", en NJW, 1962.
- Eb. Schmidt, "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz", 1. /2. Aufl., 1967.
- Eb. Schmidt, "Gehört der Sachverständige auf die Richterbank?", en JZ 1961 (zitiert, Eb. Schmidt, JZ, 1961).
- Eb. Schmidt, "Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der Hauptverhandlungsstruktur", en MDR 1967 (zitiert, Eb. Schmidt, MDR, 1967).
- Schorf, "Der gerichtliche Sachverständige und die richterliche Urteilsfindung im Strafverfahren", en GA, 1965.
- Stammler, "Theorie der Rechtswissenschaft", 2. Aufl., Halle, 1923.
- Stein, "Das private Wissen des Richters", Leipzig, 1893.
- Stéfani et Levasseur, "Procédure Pénale", 9e. édition, Paris, Dalloz, 1975.
- Székely, "Le rôle de l'expert dans la procédure pénale", Rev. Sc. Crim. et Droit Pén. Comp., 1958.
- Tröndle, "Der Sachverständigenbeweis", en JZ, 1969.
- Undeutsch, "Die Entwicklung der gerichtopsychologischen Gutachtertätigkeit", Göttingen, 1954.

- Valdi, "Alcune osservazioni in ordine alla perizia nel processo penale", en Giust. Pen., 1961, III, 276 ss.
- Vannini-Cocciardi, "Manuale di diritto processuale penale italiano", Milano, 1973.
- Velotti, "Manuale di Procedura Penale", Roma, 1965.
- Wetterich, "Der psychiatrische und psychologische Sachverständige in Strafverfahren —aus der Sicht des Strafrechtspraktikers", en Kriminologische Gegenwartsfragen, S. 113 ff.
- Witter, "Zur medizinischen und rechtlichen Beurteilung von Neurosen (neurotisch-psychopathischen Zuständen)", en NJW, 1964.
- Wolschke, "Leitgesichtspunkte zur Sachverständigenbeziehung im Strafprozess", Diss. Univ. Freizurg i. Br., 1973.
- Zipf, "Kriminalpolitik", Karlsruhe, 1973.

ALGUNAS ANOTACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE IDEOLOGIA

Prof. Lic. Alvaro López M.

PRINCIPALES PLANTEAMIENTOS EN TORNO AL PROBLEMA DE LAS IDEOLOGÍAS

Al hablar de ideología, los tratadistas se refieren por lo menos a cinco acepciones básicas:

- 1.—Un conjunto de ideas y conceptos.
- 2.—Un conjunto de ideas y conceptos ligados a grupos y clases sociales.
- 3.—Un conjunto de ideas y conceptos que encubren el conocimiento de la realidad objetiva.
- 4.—Un instrumento de lucha al servicio de grupos y clases sociales.
- 5.—Unas superestructuras "históricamente orgánicas" de una infraestructura determinada.

a) *Destutt de Tracy*

En el primer sentido se refería Destutt de Tracy a la ideología. Arne Naess citándolo la define como "la ciencia de las ideas".⁽¹⁾ Aquí el término no tiene una connotación ni positiva ni peyorativa; en la opinión de Naess es la designación más o menos neutral desde el punto de vista de los valores o "juicios de valor". Influenciado Destutt por las ideas de Condillac y Locke, niega todo vestigio metafísico y atribuye el origen de las ideas a los sentidos. Por eso define que "las ideas penetran en la mente a través de los sentidos, las sensaciones y la reflexión que consiste en la percepción de las operaciones de nuestra propia mente... (que proporcionan al entendimiento) otro conjunto de ideas que no podrían lograrse de las cosas externas".⁽²⁾ De esta manera, el concepto se refiere al estudio del origen de las ideas, sus manifestaciones y las facultades intelectuales de los hombres.

b) *Karl Mannheim*

Tomada como un conjunto de conceptos o representaciones ligadas a grupos y clases sociales, la ideología toma dos sentidos diferentes. Uno se refiere a la ideología de los grupos sociales y el otro, a la ideología de las clases sociales. Sin embargo, Karl Mannheim habla en los dos sentidos.

(1) Naess, Arne, "Historia del término ideología, desde Destutt de Tracy hasta Karl Marx". Tomado de "*Antología de lecturas sobre epistemología de las ciencias sociales y sociología del conocimiento*", de Gaetano Cersócimo. Tomo I, p. 91. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1971.

(2) Locke, John, "An essay concerning human understanding" VOL. I, Libro III. Cap. I, citado por Bagú, Sergio en "Tiempo, realidad y conocimiento", siglo XXI, 2a. edición, Buenos Aires, 1973.

En cuanto al primer sentido, sobre la ideología de los grupos sociales, Mannheim habla:

De "concepción total de la ideología" como contraposición a la "concepción particular" de la misma, cuyo "punto de referencia en tal análisis es siempre el individuo."⁽³⁾ Por aquella, entiende "las características y composición de la estructura total del espíritu de una época o de un grupo".⁽⁴⁾ Y agrega más adelante que por ello entiende "un grupo histórico social concreto, por ejemplo . . . una clase".⁽⁵⁾ (Mannheim cree que un grupo puede ser una clase, pero ésta es necesariamente un grupo social).

Dentro de la concepción total se distinguen una forma especial y una forma general. Por la primera, entiende que todos los grupos, menos el propio, son ideológicos y como veremos, portadores de falsa conciencia. Por la forma general de la concepción total de ideología entiende que todos los grupos, incluido el propio, son portadores de ideología, ya que están "socialmente determinados". Es precisamente la determinación social de las ideas lo que se constituirá para el autor, en el objeto de estudio de lo que él llama la "sociología del conocimiento". Sobre este punto, afirma que "una historia sociológica de las ideas se ocupa del pensamiento real de la sociedad, y no solamente de sistema de ideas autoperpetuados y supuestamente autocontenidos, elaborados dentro de una rígida tradición académica . . . la historia del concepto de ideología, desde Napoleón al marxismo, a pesar de los cambios en el contenido, ha conservado el mismo criterio político de la realidad".⁽⁶⁾ En otras palabras de lo que se trata fundamentalmente es de estudiar las condiciones sociales en que la inteligencia y el pensamiento aparecen. Las determinaciones sociales que lo hacen posible. Desde este punto de vista el término ideológico, para Mannheim, es un instrumento epistemológico de indudable valor, sobretodo cuando se adopta la forma general de la concepción total ya que "tan pronto como todos los partidos son capaces de analizar las ideas de sus adversarios en términos ideológicos, los elementos de la significación se han transformado cualitativamente y la palabra ideología adquiere una significación más completa.

En lugar de contentarse con mostrar que los adversarios padecen ilusiones y deformaciones en el plano psicológico o experimental,* ahora la tendencia es a someter la estructura total de su conciencia y de su pensamiento a un análisis sociológico completo . . . la forma general de la concepción total de la ideología está siendo utilizada por el analista cuando tiene el valor de someter no solo los puntos de vista del adversario al análisis ideológico, sino todos los puntos de vista, incluyendo el suyo propio".⁽⁷⁾ Esto nos lleva a plantearnos la concepción de verdad en Mannheim. No se

(3) Mannheim, Karl, "Ideología y utopía". Ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 60.

(4) Idem, p. 58.

(5) Idem, pág. 58.

(6) Idem, pág. 75.

* Como en el caso de la concepción particular.

(7) Idem, pág. 78-79.

trata, de ahora en adelante, de descubrir qué grupo tiene la razón y cuál está equivocado. No hay una "verdad en sí". Se trata de descubrir el marco cultural y las circunstancias sociales que posibilitan el que unos grupos piensen de una manera y otra de otra.

Si se parte del supuesto de que un grupo determinado posee la verdad, se pierde el interés en la investigación de tales circunstancias. "Es precisamente nuestra incertidumbre la que nos aproxima mucho más estrechamente a la realidad de lo que era posible en anteriores períodos, que estaban saturados de fé en lo absoluto".⁽⁸⁾ De lo que se trata es de aislar los elementos ideológicos de aquellos que no lo son y descubrir de esta manera la realidad libre de prejuicios y valores. La incertidumbre así planteada, es un instrumento epistemológico que nos evoca el pensamiento cartesiano sobre la función metódica de la "duda": . . . "No admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención y no comprender en mis juicios más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda".⁽⁹⁾

Así que a la concepción total de la ideología en su forma general Mannheim le atribuye características positivas y no-valorativas, así como en su forma especial de concepción total le atribuye características valorativas o "juicios de valor". La forma apropiada para la sociología del conocimiento debe ser la forma general no valorativa, o el conocimiento objetivo de las condiciones sociales que determinan todas las formas de pensamiento, incluso las del propio grupo social en el que uno está inmerso: Es lo que entiende por relativismo: producto de la moderna manera de proceder histórico-sociológica, que se basa en el reconocimiento de que todo pensar histórico está ligado a la posición concreta del pensador en la vida".⁽¹⁰⁾ Esta dimensión cognoscitiva implica necesariamente la adopción de un "relacionismo" por medio del cual todos los elementos de una determinada situación se refieren los unos a los otros y son significativos, por esta interrelación recíproca, en un determinado sistema de pensamiento. Concluye que, para conocer la realidad libre de valores y afectos, es necesario situarse por encima de los grupos sociales, afectos a ideologías muchas veces de carácter particular, para relacionarlos los unos de los otros y estudiar serena y objetivamente (en sus determinaciones sociales) sus características sólo explicables de manera recíproca. El único grupo que es capaz de hacer esto es la "intelligentsia", el "grupo educado", ya que absorbe en sí mismo todos los intereses de los demás grupos y clases sociales, al estructurarse en base a los individuos provenientes de estos últimos, lo cual le facilita tomar parte de esta multitud de tendencias recíprocamente en conflicto y realizar "una comprensión tan íntima de la situación total que de continuo reaparece la tendencia hacia una síntesis dinámica".⁽¹¹⁾

(8) Idem, pág. 86.

(9) Descartes. "Discurso del método". Tomado de Julián Marías, "Historia de la filosofía y de la ciencia". Ed. Guadarrama, Madrid, 1964, p. 471-472.

(10) Mannheim, op. cit., pág. 80.

(11) Idem, pág. 160.

En consecuencia, *lo objetivo* es el reconocimiento de que todas las ideas están "socialmente determinadas" y son, por lo tanto, relativas a esa situación en la cual están inmersas; lo cual plantea los interrogantes siguientes: *¿se puede conocer la realidad objetiva? ¿Son los intelectuales un grupo realmente exento de intereses ideológicos que puedan realizar el conocimiento de la síntesis objetiva?*" Sin embargo, el tratamiento del problema excede los linderos de la presente investigación.

c) Apter y Berger

Otros autores se han referido a la ideología como un conjunto de ideas y representaciones ligadas a grupos sociales. Merece especial atención el caso de David Apter y Peter Berger.* El primero, entiende por ideología "algo más que una doctrina. Vincula ciertas acciones y prácticas mundanales con un grupo más amplio de significados y con ello otorga una fisonomía más honorable y digna a la conducta social".⁽¹²⁾ Esta conducta puede ser referida a individuos y a grupos ya que la ideología "cumple con dos funciones principales: a) una directamente social, cimentando la unión de la comunidad y b) otra individual, organizando las personalidades de roles de los individuos en proceso de maduración".⁽¹³⁾ Ambas se combinan para legitimar la autoridad y esto hace de la ideología una "ideología política". Referida a prescripciones morales que son impuestas sobre determinados grupos sociales, la ideología juega un papel importante en la consolidación de la *solidaridad* y la *identidad* del grupo. La primera (la social) es un término abstracto que se utiliza para definir los lazos que unen a los individuos mediante emociones compartidas respecto a las ideas y objetos valorados por ellos. La ideología vendría a ser un vínculo de unión o un lazo más entre los individuos del grupo. Desde este punto de vista, produce la solidaridad que según Apter, constituye la base moral de la sociedad. La segunda (la individual), la identidad, es la autodefinición de los individuos con referencia a sus roles y los roles de los otros. Aquí la ideología es meramente una orientadora en la definición de los roles.

Por otra parte Berger, usando un método más fenomenológico y menos funcional, como el de Apter, llama ideología a la "definición particular de la realidad... anexada a un interés de poder concreto"⁽¹⁴⁾ La importancia de la ideología reside en que la sociedad es interpretada de dos o más maneras distintas, maneras ideológicas en conflicto, ligadas a intereses concre-

(*) Apter, David. "Estudio de la modernización" Ed Amorrortu. Buenos Aires, Argentina 1970. Berger, Peter, "La construcción social de la realidad" Ed. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina, 1972.

(12) Apter, David. "Estudio de la modernización" Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p. 155.

(13) Idem, p. 158.

(14) Berger, Peter y Luckmann, Thomas, "La construcción social de la realidad" Amorrortu Ed. 2a., Argentina, 1972, p. 157.

tos por obtener el poder; entonces la ideología como tal se identifica con la toma del poder y tiene una dimensión eminentemente política. De ella deriva sus principales características: al igual que Apter, piensa que genera solidaridad en el grupo y legitima sus intereses. Piensa en consecuencia, que una ideología sufre cambios en su estructura interna de acuerdo a esas intereses que ahora debe legitimar, introduciendo nuevos elementos, eliminando otros o modificando los preexistentes. Lo cual no quiere decir que estas modificaciones "tengan que afectar a la totalidad de la doctrina adoptada"⁽¹⁵⁾ por un grupo social determinado. Mucho del contenido de la ideología permanece ajena a los intereses del grupo, y sin embargo, éste la apoya como un todo y está comprometida con ella en su totalidad y no sólo con sus partes. Habla de sociedades pluralistas a las cuales define como compartiendo "un universo central, establecido en cuanto tal y diferentes universos parciales, que coexisten en un estado de acomodación mutua".⁽¹⁶⁾ Cada universo tiene su propia ideología, a veces en conflictos con las restantes, pero integradas por grados variables de tolerancia y de cooperación. Esta situación pluralista altera las ideologías tradicionales que son afectadas por los presupuestos reales de esa sociedad: desarrollo urbano acelerado, gran división del trabajo, diferenciación estructural en su seno y superavit económico. El pluralismo mismo constituye un factor acelerado del cambio en relación con las definiciones tradicionales de la realidad.

Por otra parte distingue entre el intelectual, que por definición es un "tipo marginal"⁽¹⁷⁾ a los intereses creados en relación conflictiva en el seno de las sociedades, y el "experto oficial" que "está concertado con los programas institucionales",⁽¹⁸⁾ a los que legitima. El primero, se mueve en un "vacío institucional", a lo sumo en el seno de su grupo de colegas. Para ellos la gran opción puede constituirse en la revolución, con el objeto de imponer sus designios a la sociedad en la que viven. De esta manera, la ideología revolucionaria, se "objetiviza" en procesos sociales concretos. Es por esto que Berger piensa que las ideologías pueden ser en determinadas situaciones históricas, motor del *cambio social*, "vinculado por una relación dialéctica a la "historia de las ideas". Las apreciaciones tanto "idealistas" como "materialista" de esta relación pasan por alto dicha dialéctica y de ese modo distorcionan la historia".⁽¹⁹⁾ Ideas y condiciones sociales, recíprocamente, producen el cambio social.

d) Sigmund

Por otra parte, Paul E. Sigmund(*) entiende por ideología "un conjunto organizado de ideas que es compartido por varios individuos con la

(15) Idem, p. 158.

(16) Idem, p. 159.

(17) Idem, p. 160.

(18) Idem, p. 160.

(19) Idem, p. 163.

(*) Sigmund, Paul. "The ideologies of the Developing Nations", New York: Praeger 1963. pp. 3-4.

finalidad de alcanzar, a través de la implementación de estas mismas ideas un cierto modelo ideal de vida en sociedad".⁽²⁰⁾ Es un conjunto de ideas que tienen trascendencia política ya que, o bien ayudan u obstaculizan la obtención de votos en el electorado, o influyen en las decisiones políticas. Es en el segundo sentido que más nos interesa el concepto, como lo veremos más adelante. Además, este autor tiene un concepto adicional similar al de Apter: el de *ideología política*: entiende que ella "implica la participación de dos o más personas y su mutua influencia por un contenido ideológico que va a determinar su comportamiento... Solo existe una ideología política si esta es compartida por dos o más individuos que la emplean como guía de sus acciones".⁽²¹⁾ Considera que las ideologías tienen su efecto en la manera como los hombres tratan de transformar la realidad objetiva.

e) Marx

Por otra parte, así como Mannheim usa los conceptos de clases y grupo social, Marx utiliza preferentemente el primero y habla de una "*ideología de clase*". No es el momento oportuno para dilucidar un concepto tan complejo como el de "clase social". Baste aquí con dejar establecida esta diferencia entre los autores citados más arriba y el que estudiaremos ahora en relación con nuestro tema.

En la "*Ideología Alemana*", Marx se refiere al concepto de ideología en el tercer sentido apuntado por nosotros al principio de este trabajo: como *falsa conciencia*. Vale decir que también así lo entiende Mannheim. Ambos autores se nutren de la tradición napoleónica. Napoleón convirtió el vocablo en sinónimo de "idealismo ahistórico",⁽²²⁾ en el sentido de que sus enemigos, ideólogos llamados por él, carecían de toda autoridad moral para desautorizar sus políticas de gobierno. Basaba su creencia en la certeza de sus puntos de vista que no cuestionaba. Ideólogo e ideología, se transforman así en término despreciativos de uso popular. Ambos se utilizaron para desautorizar las opiniones del enemigo por parte de los bonapartistas. Además, Napoleón consideraba que sus creencias eran adecuadas al momento histórico en el que él vivía; eran eficaces. Cuestionar sus proposiciones significaba equivocarse de partida, un anacronismo fuera de contexto real. Un acto a-histórico.

Pues bien, se acepta comúnmente que el uso que le dieron Marx y Engels al término se ajusta más al modelo de Napoleón que al de Destutt de Tracy. Para ellos ideología es un término despreciativo, sinónimo de especulación y quimera, un conjunto o sistema de representaciones equivocadas acerca de la realidad objetiva: "La conciencia no puede ser nunca otra

(20) Sigmundo, Paul, "The ideologies of the Developing Nations" (New York Praeger, 1963) pp. 3-4, en Carvajal, Mario, "*Ideologías en la política costarricense y sus resultados electorales*", Revista de Ciencias Sociales, abril 1973 (Nº 7). Universidad de Costa Rica, p. 7.

(21) Carvajal, Mario, op. cit., p. 7.

(22) Silva, Ludovico. "*Teoría y práctica de la ideología*". Ed. Nuestro Tiempo, México, 1974, p. 21.

cosa que el ser conciente y el ser de los hombres es un proceso de vida real y si en toda ideología los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en la cámara oscura, éste fenómeno responde a su proceso histórico de vida".⁽²³⁾ Esta es la óptica con la que mira Marx la ideología; es la misma óptica con la cual la ve Engels: "La ideología es un proceso que se opera en el llamado pensador conscientemente, en efecto, pero con una conciencia falsa. Las verdaderas fuerzas propulsoras que lo mueven permanecen ignoradas por él; de otro modo no sería tal proceso ideológico".⁽²⁴⁾ Y finalmente es la óptica de Mannheim, quien define concepción particular de ideología como "deformaciones, más o menos conscientes, de la naturaleza real de una situación, cuyo reconocimiento verdadero no estaría de acuerdo con sus intereses".⁽²⁵⁾ Incluye en esta categoría las mentiras conscientes, los errores semiinconscientes y los inadvertidos, los esfuerzos calculados para engañar a los otros, y el engaño.

El conocimiento falso deviene del hecho de que el acto de conocimiento está ligado a los intereses que persigue el conocedor. En consecuencia, para tener una idea veraz de lo que ocurre en una situación concreta es necesario recurrir a su análisis y el de la "situación vital" de quien expresa los conceptos cuestionados, de esta manera, permanentemente. Es lo que decíamos más arriba, constituye el objeto de la "sociología del conocimiento" de Mannheim.

Marx piensa en la ideología como enmascaramiento de la realidad, ya que el conocimiento de la misma es utilizado en la defensa de determinados intereses de clase que implican la legitimación de su status quo; para ello debe "enmascarar" la realidad. Mannheim, nutriéndose de la tradición napoleónica, ostenta una visión negativa de la ideología, pero vale precisar que su negativismo no se basa tanto en la defensa de intereses, sino más bien en un supuesto desajuste funcional entre el conocimiento y la realidad. Esta es, también para él, dialéctica y cambiante, lo cual implica que el esfuerzo de los hombres por conocerla debe ser permanente y sistemático y las verdades obtenidas nunca son eternas y acabadas o "verdades en sí"; todas las verdades son provisionales y están sujetas al condicionamiento social del cual hablábamos más arriba; sin embargo, cuando un determinado grupo social pretende conocerlas puede estar preso de las limitaciones de la visión particular de la ideología o de la concepción total en su forma especial. Hasta tanto no realice la "síntesis", que integra visiones parciales de una situación concreta ligadas a grupos sociales específicos, y las comprenda recíprocamente como parte de una visión integral (lo cual implica percibir su propio grupo como ideológico y por tanto cuestionable) de partida no podrá tener una idea más aproximada y veraz del objeto de conocimiento.

Para el marxismo, por lo tanto, la visión ideológica está íntimamente relacionada con los intereses de clase y sólo puede superarse cuando se

(23) Marx, Carlos. "*La ideología alemana*", Cultural Popular, México, 1974, p. 26.

(24) Carta de Engels a Mehring, 14 de julio de 1893, en Marx, Engels "*Obras Escogidas*" Tomo II. Ed. Progreso. Moscú, 1971, p. 499.

(25) Mannheim, Karl, op. cit., p. 57.

superen aquellos en la sociedad comunista. Para Mannheim, en cambio, cualquier grupo social que aplique al proceso de conocimiento una visión relacionista, podrá superar constantemente el desajuste ideológico entre el conocimiento y la realidad objetiva.

Hasta aquí la concepción de ideología en Marx parece unívoca y relativamente simple. Sin embargo, cuando leemos el prólogo a la *Contribución a la crítica de la economía política*, el panorama se nos complica mucho más. Allí se encuentra una concepción de ideología un tanto distinta a la citada más arriba. En él, Marx distingue las condiciones económicas de producción de "las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo".⁽²⁶⁾ El conflicto está definido por las relaciones entre la base económica y la superestructura ideológica, siendo así que en esta última se toma conciencia de él. Se nota, por lo tanto una relación entre los cambios históricos y las ideologías, las cuales adquieren un nuevo sentido, distinto al peyorativo. Esta vez entiende por ideología, un conjunto de ideas y representaciones que sirven de instrumento de lucha revolucionaria. Habla de ella como una doctrina que sirve para analizar, transformándola, la realidad objetiva. Le atribuye a la ideología un papel en la transformación del orden existente.

Es en este sentido en que Lenin, quien murió sin conocer la "Ideología Alemana"(*) se refiere al término. Son usuales en sus escritos los conceptos de "ideología revolucionaria", "toma de conciencia ideológica" y "el marxismo como ideología de la clase obrera". Refiriéndose al revisionismo, como una de las ideologías del movimiento obrero, habla de que "el marxismo triunfa ya, incondicionalmente, sobre todas las demás ideologías del movimiento obrero".⁽²⁷⁾ O sea, que el marxismo es una ideología o una doctrina del movimiento obrero ya que "entre las doctrinas vinculadas a la lucha de la clase obrera y difundidas predominantemente entre el proletario, el marxismo... triunfa ya, incondicionalmente sobre todas las demás..."⁽²⁸⁾

Resumiendo hasta aquí la posición de los clásicos del marxismo sobre la ideología, encontramos dos acepciones básicas:

- a) ideas organizadas que falsean la realidad objetiva.
- b) Conjunto de ideas que sirven de instrumento de lucha al proletariado.

Por exclusión, entonces, las ideas que falsean la realidad, o, falsa conciencia, son las ideas de las clases dominantes interesadas en legitimar el status quo que las favorece, aún negando la realidad. Es en este sentido que Marx habla de la ideología en el primer texto citado más arriba de

(26) Marx, Carlos "Contribución a la crítica de la economía política" (Prólogo) Obras escogidas. Tomo I, Ed. Progreso, Moscú, 1971, p. 343.

(*) "La Ideología Alemana", se publicó hasta 1932 y Lenin murió en 1924.

(27) V.I. Lenin, "marxismo y revisionismo" en "Obras Escogidas". Ed. Progreso, Moscú, 1971, p. 67.

(28) Idem, pp. 66-67.

"La ideología alemana". Al respecto, dice allí Marx que "las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes".⁽²⁹⁾ Son la ideología de la burguesía en el modo de producción capitalista.

Por otra parte, la ideología como instrumento de lucha revolucionaria es monopolio de las clases dominadas, en especial del proletario. Es el ideario de la clase dominada, que servirá de norte y orientación para su liberación. Según Lukács, el marxismo constituye para el proletario su "conciencia imputada" cuyo desarrollo corre a cargo de la vanguardia revolucionaria, o sea, el partido.⁽³⁰⁾

Es aquí donde se plantea la discusión sobre las relaciones entre el marxismo y la "conciencia de clase" y entre la ideología y la conciencia de una clase.

En el pensamiento marxista, una clase tiene conciencia de sí cuando ha logrado una comprensión de sus intereses y de su ubicación y misión en la historia. Esto le permite desarrollar una lucha política por la toma de poder del Estado y defender a nivel nacional e internacional sus intereses. Ello queda sujeto, ante todo, a la naturaleza y desarrollo de un modo de producción determinado. Sin embargo, la consecución y realización de los intereses de clase dependen directamente del grado de desarrollo de las fuerzas productivas y del tipo de relaciones de producción que se den en un determinado momento histórico. Por lo tanto, la capacidad para realizar los intereses de clase no está sujeto al grado de desarrollo de la conciencia individual o psicológica sino que constituye un dato estructural sujeto a las leyes necesarias que se dan en la historia, una de las cuales es la conciencia de clase; ésta puede desarrollarse en algún grado dependiendo de una serie de condiciones históricas. Para describir esta situación, Lucien Goldman ha desarrollado el concepto de *conciencia posible* que es "el máximo de adecuación a que podría llegar el grupo sin por ello cambiar su naturaleza",⁽³¹⁾ y entiende por el *grado de adecuación*, aquel que se logra entre la conciencia y el objeto de conocimiento; en otras palabras, la conciencia posible sería el máximo de conocimiento que puede obtener un sujeto, dentro de determinadas condiciones sociales, de una situación social dada. Es así como, las clases sociales, cada una individualmente, tienen una conciencia posible de acuerdo a sus características estructurales y al momento histórico en el que están ubicadas. El proletario, según Goldman, es la clase que puede obtener el máximo de conciencia posible porque es la clase revolucionaria interesada en conocer la realidad objetiva, para desarrollar su lucha por la conquista del poder. Es así que el conocimiento científico esta ligado a las clases sociales que le permiten o no un determinado desarrollo. "Para que

(29) Marx, Carlos, "La ideología Alemana", op. cit. p. 50-51.

(30) Lukacs, Georg, "Historia y conciencia de clase" Ed. Grijalbo, México, 1969. Tomado de Cardoso, Ciro y Pérez Brignoli, Héctor. "El concepto de clases sociales: bases para una discusión". Instituto de investigaciones sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, N° 8, 1976, p. 92.

(31) Lucien Goldmann. "Marxismo y ciencias humanas", citado por Cardoso y Pérez, op. cit. p. 88.

un conocimiento científico exista y se desarrolle tiene, pues, que existir una clase social interesada en conocer verdaderamente las relaciones económicas y las leyes que los gobiernan, una clase cuyas aspiraciones se expresan a través de una ideología progresista que pone al descubierto la realidad. En efecto, una ideología de esta naturaleza exige que la realidad sea conocida científicamente, y ese razonamiento científico llega a constituir la base de la ideología. La clase obrera es hoy la única clase en la historia que tiene interés en conocer toda la verdad referente a las leyes que gobiernan el desarrollo de las relaciones económicas".⁽³²⁾ Lo cual no significa que sea la clase que obtenga una *adecuación total* ya que para ello "sería necesario que la conciencia abarque el conjunto del cosmos y de la historia";⁽³³⁾ y ello solo podrá darse cuando el conocimiento no persiga intereses de clase, cuando éstas no existan, o sea, en la sociedad comunista, sin clase y sin estado.

Es así como, siendo el marxismo, la "conciencia imputada" del proletariado, y siendo esta la clase que posee el mayor grado de "conciencia posible", la contribución de aquel a la obtención de ésta es decisiva. No se podría dar "conciencia posible" en el marxismo sin la ideología marxista. Es ésta por lo tanto, la encargada de desarrollar la conciencia de clase en el seno del movimiento obrero ya que ésta implica "gradaciones en la distancia entre la conciencia de clase psicológica y el conocimiento adecuado de la situación total".⁽³⁴⁾

f) Utopía

¡Hemos visto que la ideología puede legitimar un determinado orden de cosas, o puede subvertirlo. Para describir esta última situación Mannheim crea el concepto de "utopía" y deja el de ideología para referirse a la primera. Por utopía entiende "aquellas ideas y valores en los que están contenidas en forma condensada, las tendencias no realizadas de (una) época. Esos elementos intelectuales se convierten luego en el material explosivo que hace estallar los límites del orden existente. El orden existente hace nacer utopías que, después rompen las ataduras de ese orden".⁽³⁵⁾ Por lo tanto, así como la ideología para Mannheim tiende a estabilizar el orden existente, la utopía es su antítesis. Nace como crítica y complemento de la ideología. Lo primero, porque ataca y desenmascara la falsedad de la ideología de los grupos privilegiados; y complemento, porque ambos implican la dialéctica histórica a nivel de las ideas. Las utopías trascienden la realidad, niegan la ideología y representan las imágenes e ideales de grupos sociales que pretenden realizarlas en la práctica, de manera revolucionaria.

(32) Lange, Oskar, "Economía Política", Tomo I, México, 1966, p. 292, citado por Cardoso y Pérez, op. cit. p. 91.

(33) Lucien Goldmann, op. cit., p. 121-122, citado por Cardoso y Pérez, op. cit., p. 88.

(34) Lukacs, Georg, op. cit., p. 86.

(35) Mannheim, Karl, op. cit., p. 275.

Mannheim distingue *utopía absoluta* de *utopía relativa*. Por la primera entiende todas aquellas ideas que pretenden ser revolucionarias pero que son irrealizables en cualquier sociedad; mientras que por la segunda entiende "lo que parece ser irrealizable solamente desde el punto de vista de un orden social determinado y ya existente".⁽³⁶⁾ O sea, que cualquier partidario del orden social existente indicará como utópicas, en el sentido de que son absolutamente irrealizables, *todas* las ideas que tiendan a subvertir el orden social vigente. Ellos tenderán a pensar que todas las ideas revolucionarias son utópicas de manera absoluta. Pero para los grupos sociales dominados, sus ideas libertarias serán utópicas solo de manera relativa, ya que existen en ellos la esperanza de poder poner en práctica sus creencias en la nueva sociedad. Son, de esta manera, ideas irrealizables para la sociedad que los oprime, pero realizable en la nueva sociedad. Son utopías relativas, y es en este sentido que se pronuncia Mannheim.

g) Gramsci

Entre los pensadores que se dedican a estudiar de manera sistemática el problema ideológico figura Antonio Gramsci. No cree, tampoco, que la ideología sea un concepto puramente peyorativo. Distingue *ideologías históricamente orgánicas* que son necesarias para una cierta estructura e *ideologías arbitrarias*. "En cuanto a las históricamente necesarias, tienen una validez que es validez "psicológica": organizan las masas humanas, forman el terreno en el cual los hombres se mueven, adquieren conciencia de su posición, luchan, etc. En cuanto a las arbitrarias, no crean más que "movimientos" individuales, polémicos, etc. Tampoco éstas son completamente inútiles, porque son como el error que se contrapone a la verdad y la consolida".⁽³⁷⁾ Por lo tanto, son ideologías orgánicas las que representan a nivel mental los conflictos de la infraestructura económica y luchan por resolverlo. Allí se hacen concientes a nivel de clases sociales, del papel histórico que desempeñarán las clases en el seno de la estructura social global. El papel de la ideología, es positivo, constituyéndose en una superestructura orgánicamente necesaria de la infraestructura económica. Sin embargo, no desprecia la concepción peyorativa de la ideología. Como todos los marxistas, liga la ideología a la clase social y habla de la ideología de las clases dominantes, la ideología de las clases dominadas, la ideología de la pequeña burguesía, etc. Es la ideología de las clases dominantes la que oculta las contradicciones sociales a través de mitos como el del estado soberano, la igualdad, la libertad y la fraternidad, por lo que las considera inadecuadas para explicar la realidad. Son ideologías arbitrarias, de las que hablamos más arriba. Al defender el status quo de la clase dominante, ocultan aspectos de la realidad objetiva y son instrumento directo para ejercer la hegemonía sobre las clases dominadas.

(36) Idem, p. 273.

(37) Gramsci, Antonio, "Antología", Siglo XXI, 1970, p. 364.

En cambio, las ideologías de las clases dominadas son un instrumento de lucha en manos del proletariado, quien necesita conocer científicamente la verdad objetiva de la realidad social para transformarla en la realidad socialista. El proletario tiene necesidad de conocer todas las verdades para conquistar el poder y hacer la revolución. De allí que la ideología marxista sea ese instrumento científico y de lucha en manos de una clase social.

Sin embargo, es un instrumento de lucha tanto como una ciencia, y por eso desde este punto de vista una ideología. En su seno pueden coexistir elementos subjetivos y elementos veraces, objetivos ya que al luchar por la consecución de determinados objetivos compromete de antemano el acto de conocimiento.

Por lo tanto, la misma ciencia puede contener elementos ideológicos, por ser un producto de la historia. Esto se nota particularmente en la sociología: es una ciencia que nace del conflicto social y no puede escapar a elementos subjetivos. Sin embargo, reconoce Gramsci que las ciencias naturales tienen cierta autonomía relativa y están dotadas de conocimientos reales, pero en las ciencias sociales no hay leyes naturales que se puedan conocer objetivamente al estilo del positivismo.

En consecuencia, no existe en el pensamiento de Gramsci, una separación tajante entre ciencia e ideología. Todo conocimiento científico contiene conocimientos ideológicos y toda ideología contiene elementos científicos. En el caso del marxismo, debe "mantenerse en una continua lucha contra los aspectos arbitrarios de su filosofía, ya que estos están ligados a errores de interpretación o al hecho de que las estructuras de la sociedad se modifican".⁽³⁸⁾

Además, para Gramsci, la ideología no solo representa ideas y valores en abstracto, sino que encarna comportamientos reales, normas de conducta, porque "todo comportamiento, toda actitud humana implica una visión del mundo, e inversamente, toda concepción en tanto que expresa una clase social, tiende a manifestarse en todos los tipos de comportamiento de los miembros de esta clase".⁽³⁹⁾ La ideología se manifiesta de esta manera, en todas las actividades humanas, en lo económico, en el arte, en el derecho, etc.

Además de las definiciones anteriores, Gramsci tiene una concepción novedosa de lo que entiende por "ideología en sentido estricto". En contraste con las definiciones arriba citadas —(conjunto de ideas, pertenecientes a una clase social), que en el pensamiento gramsciano serían ideología en sentido general, entiende por aquella, cada concepción particular que un grupo agrega frente a los problemas inmediatos y precisos: "cada concepción propia de las fracciones de clase que se propone ayudar a la resolu-

(38) Piotte, Jean Marie, "El pensamiento político de Gramsci", Escuela de Planificación y Promoción Social. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional, p. 28.

(39) Idem, p. 28.

ción de los problemas inmediatos y circunscritos".⁽⁴⁰⁾ De esta manera, se habla de la ideología de determinados grupos sociales o fracciones de clase: de la ideología de la pequeña burguesía, de la ideología del campesinado, de los cafetaleros, de los industriales, etc.

Gramsci diferencia la *filosofía* y la *religión* de la ideología. Por la primera entiende la concepción del mundo de una clase social, indica su papel histórico. Por la religión entiende aquellos fenómenos que dentro de un conjunto de clases sociales responden a situaciones nacionales específicas y une a éstas con la tradición. En cambio la ideología es un "instrumento de acción"⁽⁴¹⁾ en manos de una clase social o fracción de clase. Pero es un instrumento elaborado y estructurado por medio del cual un grupo social toma conciencia de sus intereses y enfrenta los problemas inmediatos que se le presentan en la lucha por la consecución de los mismos. Para que sea ideología de un grupo, ésta debe basarse en el *sentido común* basado a su vez en la experiencia y observación directa de la realidad. La misión del partido político es llevar el sentido común de determinadas clases sociales, al nivel de ideología y filosofía.

g) Mao-Tse-Tung

Mao Tse Tung parece tener un concepto de ideología tan positivo como el de Gramsci. Pero a diferencia de éste, la práctica de la revolución china, le permite obtener una serie de experiencias que se traducen en aportes verdaderamente originales. Tal es el caso de la revolución cultural que acompaña y a veces precede a la revolución económica.

Como Gramsci, ideología en el pensamiento maoísta es también un instrumento de lucha al servicio de las clases dominadas. La ideología de éstas, el marxismo, se ha desarrollado en la lucha con otras ideologías de carácter burgués, porque "el proletariado aspira a transformar el universo según su concepción del mundo y la burguesía también tiende a transformarlo según la suya".⁽⁴²⁾ En la cita se nota claramente que se trata de una lucha ideológica entre ambas clases por transformar el mundo y no sólo por comprenderlo. El se debe a que Marx ya dijo en una ocasión que "los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo".⁽⁴³⁾ Y en el proceso de esa transformación, que es evidentemente contradictoria, se gesta y desarrolla la ideología de clase.

Esta lucha ideológica posee sus propios métodos. En el caso de que el enemigo sea un saboteador de la causa socialista el método es coercitivo:

(40) Gramsci, Antonio, citado en Piotte, op. cit. p. 28.

(41) Gramsci, Antonio, "Antología", op. cit. p. 425.

(42) Tse-Tung, Mao, "Sobre la literatura y el arte" citado en Assmann, Hugo y otro, "Sobre la religión", Tomo II. Ed. Sígueme, Salamanca, 1975, p. 669.

(43) Marx, Carlos. "Tesis sobre Feuerbach", en "Obras Escogidas", op. cit. p. 403.

"se les priva de la libertad de palabra; eso es todo".⁽⁴⁴⁾ Pero si se trata de convencer a los indecisos o simpatizantes equivocados en sus ideas, "solo la discusión, la crítica y el razonamiento nos permiten en realidad, fomentar las ideas acertadas superar los errores y solucionar los problemas".⁽⁴⁵⁾ Las ideas erróneas son aquellas pertenecientes a la burguesía y sus aliados, y las acertadas las que emanan de la ideología marxista, aunque el pueblo que la ostenta puede cometer errores, superables sólo a través de la crítica y la autocrítica.

Al igual que en Gramsci, el marxismo es una ideología para Mao, que debe estar sujeta a la crítica con la finalidad de adaptar su método de conocimiento a la realidad nacional china. Esta crítica debe de ser dialéctica, que es lo contrario de dogmatismo, ya que "los marxistas tienen que templarse, desarrollarse y ampliar sus posiciones precisamente a través de la crítica, en la tormenta de la lucha".⁽⁴⁶⁾ El marxismo por lo tanto, es un método científico, sujeto a errores ideológicos y a su consecuente superación. Este es el fundamento de la crítica.

Mao piensa que el arte y la literatura son instrumentos ideológicos que tienen por función social *unir* y *educar* al pueblo, y atacar y aniquilar al enemigo. Hay en esto una toma de posición de clase a través de la selección de la ideología del pueblo, que para él es la ideología marxista. De esta toma de posición se supone, se derivan actitudes y normas de comportamiento individual y social. De la función pedagógica, entonces, se derivan actitudes de unión y amor para con el pueblo, y de agresividad y ataque al enemigo. "Hay tres clases de personas: nuestros enemigos, nuestros aliados en el frente único y los nuestros, que son las masas populares y su vanguardia. Deben adoptarse tres actitudes diferentes hacia estas tres clases de personas. Con respecto a nuestros enemigos, los imperialistas japoneses y todos los demás enemigos del pueblo la tarea de los artistas y literatos revolucionarios consiste en poner de manifiesto su crueldad y sus mentiras y demostrar la inevitabilidad de su derrota, a fin de impulsar al ejército y al pueblo anti-japoneses a combatir resueltamente con un mismo propósito y con una misma voluntad para destruirlos".⁽⁴⁷⁾

Mao piensa que el internacionalismo proletario supone el respeto de las características peculiares de cada pueblo. Por lo tanto entiende que la fuerza de cualquier ideología reside en su fusión con la práctica concreta sobre la cual trabaja. Así, la fuerza del marxismo consistirá en fundirse con la práctica revolucionaria concreta de cada país. Esto le permitirá no solamente volver a pensar la ideología en términos de "instrumento de lucha" si no además alertar al partido comunista chino en "la necesidad de saber aplicar el marxismo-leninismo en función de las condiciones concretas

(44) Tse-Tung, Mao, op. cit., citado por Assmann, op. cit., p. 670.

(45) Idem, p. 670.

(46) Idem, p. 670.

(47) Idem, p. 671.

de la China".⁽⁴⁸⁾ Por eso entiende que los cuadros del partido, los artistas y literatos deben confundirse con las grandes masas de obreros, campesinos, y soldados, estudiar su lenguaje y sus problemas y aprender de ellos. Más que fusión se trata de una integración en la cual ambas partes aprenden recíprocamente. Mao llama a esto adoptar un estilo de masas".⁽⁴⁹⁾ Pero las masas deben igualmente corregir sus errores y aprender lo nuevo y revolucionario que vendrá contenido en la experiencia práctica de la revolución y en las obras artísticas y literarias. En esto consiste la educación de las masas: experiencia y estudios unidos dialécticamente. Refiriéndose a las masas Mao afirma que "Debemos consagrar mucho tiempo y paciencia a educarles y ayudarles a desembarazarse de esa carga (ideas retrógradas) y a luchar contra sus propios defectos y errores con el fin de que puedan avanzar a grandes pasos".⁽⁵⁰⁾ Por supuesto, que si se trata de educar a las masas, y las masas tienen por ideología histórica el marxismo, se trata de inculcar el marxismo a las masas. Pero tanto como Gramsci, pareciera que la educación consiste en desarrollar a nivel ideológico el sentido común y el conocimiento folklórico que en forma rudimentaria poseen las masas.

b) Althusser

Finalmente, nos interesa observar el concepto de ideología que tiene Althusser. Para él la ideología "es un sistema (que posee su lógica y su rigor propios) de representaciones (imágenes, mitos, ideas o conceptos según los casos) dotados de una existencia y de un papel históricos en el seno de una sociedad".⁽⁵¹⁾ Por lo tanto, ese sistema de representaciones, forma parte orgánicamente, de una totalidad social. Está íntimamente ligado con ella y constituye una estructura esencial en la vida histórica de las sociedades. Y como estructura que es, pasa de manera inconsciente por la mayoría de los hombres, cumpliendo varias funciones sociales entre las que se destacan la de *reforzar* y la de *modificar* las relaciones de los hombres con sus condiciones de existencia. Pero lo que los hombres se representan en la ideología, no son las relaciones sociales de ellos con la naturaleza y los demás hombres, sino las esperanzas, las nostalgias y los deseos que los hombres quisieran hacer realidad. "En la ideología, la relación real está inevitablemente invertida en la relación imaginaria: relación que expresa más una voluntad (conservadora, conformista, reformista o revolucionaria), una esperanza o una nostalgia, que la descripción de la realidad".⁽⁵²⁾ Por eso la ideología es también para Althusser, un instrumento de acción, es activa y modificada o refuerza la estructura total(*). Eso de-

(48) Idem, p. 675.

(49) Idem, p. 673.

(50) Idem, p. 672.

(51) Althusser, Luis. "La revolución teórica de Marx" Siglo XXI, 2a. edición, México 1968, p. 191.

(52) Idem, p. 194.

(*) Superestructura más infraestructura.

pende básicamente de la clase a la cual pertenecen. Si es la ideología de la clase dominante, la tendencia será a reforzar o legitimar el orden de cosas existentes. Pero si es la ideología de la clase dominada la tendencia será a reformar la estructura social. Por lo tanto, las ideologías están ligadas a las clases sociales y por ello son prácticas más que teóricas. Lo cual quiere decir, que se pretenden diferentes grados de coherencia y refinamiento en las ideologías. Así Althusser reconoce que pueden existir ideologías teóricas que "serían en última instancia destacamentos de las ideologías prácticas en la teoría".⁽⁵³⁾ De esta manera, las ideologías no son solo prácticas, sino que contienen igualmente elementos teóricos, pudiéndose distinguir entre ellas distintas gradaciones en base a su nivel de abstracción.

La distinción entre ciencia e ideología es clásica en el pensamiento althusseriano. Ya antes de 1964 creía que "la ideología como sistema de representaciones se distingue de la ciencia en que la función práctico-social es más importante que la función teórica (o de conocimiento)".⁽⁵⁴⁾ Esta diferencia, le permite atribuirle a la ideología el conocimiento inexacto, mezcla de fantasía, sueño o deseo, y a la ciencia el conocimiento verdadero. El marxismo para él, no es una ideología, sino más bien una ciencia. Usándola, la clase dominada podrá explicarse su relación con las condiciones de existencia, mientras que en la ideología "los hombres expresan en efecto, no su relación con sus condiciones de existencia, sino la *manera* en que unen su relación con sus condiciones de existencia: lo que supone... una relación "vívida", imaginaria".⁽⁵⁵⁾

Desde luego, que la posición althusseriana se contradice con algunas de las tesis de Gramsci, las cuales proclaman, como lo vimos más arriba, el carácter social e histórico de todas las ciencias.

Vale la pena agregar que Althusser piensa que cualquier relación del hombre con el mundo, tanto en una sociedad de clases como en aquellas sociedades "sin clases" pasa necesariamente por la mente de los hombres en forma ideológica. Por eso afirma que el "materialismo histórico no puede concebir que una sociedad comunista pueda prescindir jamás de la ideología".⁽⁵⁶⁾ Para él, en este sentido, la ideología es eterna. Pero en una sociedad de clases, la ideología de la clase dominante, que es la ideología de "la clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad"⁽⁵⁷⁾ no solo es un instrumento de dominación sino que ejerce un papel activo sobre la misma clase dominante, modelándola, modificando sus actitudes con el objeto de adaptarla a las condiciones reales de existencia. Por esto, la ideología es indispensable a toda sociedad, ya que ayuda, de manera significativa a modelar a los hombres para que respondan a sus reales condiciones de vida. A través de ella los dominados aceptan y justifican su dominación y la

(53) Althusser, Luis. "para una crítica de la práctica teórica" Siglo XXI, México 1974, p. 15 (nota al pie de página).

(54) Althusser, Luis. "La revolución teórica de Marx", op. cit., p. 192.

(55) Idem, p. 193-194.

(56) Idem, p. 192.

(57) Marx, Carlos. "La ideología alemana", op. cit., p. 50.

perciben como natural; mientras que la clase dominante justifica y se "toma en serio" su papel como tal.

En "*Ideología y aparatos ideológicos de Estado*", Althusser distingue dos clases de ideologías: las *ideologías generales* y las *ideologías particulares*. La primera es eterna "si eterno significa no lo trascendente a toda historia (temporal), sino lo omnipresente, lo transhistórico y por lo tanto inmutable en toda la extensión de la historia..."⁽⁵⁸⁾ La segunda se afirma "sobre la historia de las formaciones sociales, sobre los modos de producción, entonces, combinados en las formaciones sociales y sobre la historia de las luchas de clase que en ella se han desarrollado".⁽⁵⁹⁾ Una es inmutable, eterna, está en todo tipo de sociedad, "la sociedad en general", y la otra es históricamente determinada, se da en una formación social concreta y se realiza a través de instituciones sociales, tales como el aparato educativo, la familia, etc.

Cree Althusser, en es misma obra, que la legitimación del orden existente por parte de la ideología dominante tiene dos formas específicas: una, es aquella que está encaminada a garantizar la sumisión de los trabajadores y la otra, la que se enfila a la formación de los ideólogos que habrán de difundir y elaborar la ideología dominante. En cuanto a la primera, una de las maneras más eficientes para obtener la sumisión de la clase dominada, es impidiéndole que se convierta en "*clase para sí*"(*) a nivel ideológico. Esto implica que la ideología dominante ayuda a fragmentar, a sectorializar la clase, impidiéndole el advenimiento de la conciencia de clase. Para ello "la ideología interperla a los individuos en cuantos sujetos"⁽⁶⁰⁾ sin tomar en cuenta que "la personificación de categorías económicas, como representantes de determinados intereses y relaciones de clase"⁽⁶¹⁾ es la única perspectiva científica en el método de Marx.**)

Finalmente, la ideología para Althusser, como para muchos de los autores que hemos analizado en el presente ensayo, conlleva actos rituales, prácticos de comportamiento, ya que cada "Sujeto debe actuar conforme a sus ideas e inscribir en los actos de su propia práctica material sus propias ideas de sujeto libre. Si no lo hace así, "eso no estaría bien".⁽⁶²⁾

(58) Althusser, Luis, "*Ideología y aparatos ideológicos de estado*", op. cit. p. 123.

(59) Idem, p. 121.

(*) "Clase para sí" en la concepción de Marx, es aquella que ha obtenido conciencia de sus intereses y organización política y económica que le permite defenderlos. La clase en sí, es todo lo contrario: no han logrado identidad en ninguno de esos aspectos. Ver el "18 Brumario de Luis Bonaparte".

(60) Idem, p. 130.

(61) Marx, Carlos, "*El Capital*". Tomo I, p. XV. Fondo de Cultura Económica, 4a. reimpression, México, 1971.

(**) Entiende por sujeto un centro de decisiones e iniciativas, responsable de sus actos, interpelado como tal por la ideología dominante, con el objeto de que acepte su sumisión y obediencia.

(62) Althusser, Luis. "*Ideología y aparatos ideológicos de estado*", op. cit. p. 128.

i) Poulantzas

Poulantzas, quien se ha declarado seguidor y crítico de Althusser, tiene algunas proposiciones bastante parecidas a él. Ambos adoptan la óptica negativista de la ideología. Esta es para ambos conocimiento imaginario, falsificado, es para Poulantzas "opacidad sobredeterminada en las sociedades divididas en clases, por la explotación de clase".⁽⁶³⁾

Al contrario que la ciencia, la ideología tiene por función ocultar las contradicciones reales, reconstruyendo en un plano imaginario, un discurso relativamente coherente. Discurso, que según la expresión gramsciana, tiene la función de ser "cemento" de todo el edificio social (infraestructura y superestructura). Efectivamente la ideología se desliza por todos los pisos del edificio *cohesionándolos* a pesar de sus divisiones internas (por ej. la división del trabajo que legitima). Efectivamente un rasgo importante de la ideología, según Poulantzas, es que ésta no admite en su seno las contradicciones del cuerpo social, procura eliminarlas. Para ello recurre a una "coherencia imaginaria",⁽⁶⁴⁾ reflejando aquellos aspectos de la estructura social que representan la articulación de las instancias (lo económico, político, ideológico, cultural). Es así como en el caso de la ideología dominante, está asegurada la coherencia de las instancias estructurales, ocultando y manteniendo la explotación y el dominio de clase.

Poulantzas habla de "*sub-conjuntos ideológicos*"⁽⁶⁵⁾ para designar aquellos elementos ideológicos que dependen de la ideología dominante. Pertenecen a las clases sociales respectivas (feudal, pequeño burguesa) y contiene en su seno elementos ideológicos provenientes de distintas clases contradictorias entre sí. Tal es el caso de la pequeña burguesía y del proletariado.

j) Conclusión

Después de haber estudiado de manera esquemática los principales planteamientos en torno al problema de las ideologías, estamos en la posibilidad de tomar posición en torno al problema ideológico.

Además, muchos de los enfoques dados al tema por los autores aquí estudiados, convergen en puntos de acuerdo, y forman un consenso en relación con el problema de la ideología. En otros puntos, como es natural, existe divergencia. Por lo tanto, será interesante hacer un análisis comparativo de los diferentes conceptos de ideología y detectar diferencias y semejanzas.

Existe un consenso entre los tratadistas del tema acerca de lo que Mannheim llama "determinación social de las ideas". Estas no nacen en

(63) Poulantzas, Nicos, "Clases sociales y poder político en el Estado Capitalista", Siglos XXI, México, 1969, p. 264.

(64) Idem, p. 266.

(65) Idem, p. 268.

el vacío ni son el producto de un espíritu superior. Están enmarcadas en una realidad social que las determina, llámese ésta "clases sociales", grupos sociales, comunidades, etc. Están ubicadas en un tiempo y espacio determinados, lo que le ha valido a Gramsci para atribuirles su "carácter histórico". Pero, además, son el producto de la realidad social que reproducen a nivel mental, y sobre la cual influyen.

En cuanto al carácter gnoseológico de la ideología existe una divergencia. Para unos, la ideología es "falsa conciencia" de la realidad, mientras que para otros es conciencia de los conflictos sociales de la base económica, instrumento doctrinario de lucha para conquistar el poder. A la primera le hemos llamado acepción negativa; y, a la segunda acepción de la ideología positiva. En el caso de Marx, éste parece tratar ambas acepciones, aunque de manera general y embrionaria, y atribuirle la connotación negativa de la ideología, a las ideas de la clase dominante. Sin embargo, nos parece que se puede hablar de las ideas de una clase social con independencia de su capacidad cognitiva ya que, como afirma Mannheim, el juzgamiento que se haga de ésta depende en última instancia de la ubicación social del pensador. Depende de la perspectiva con la cual el pensador mire el objeto de conocimiento. En consecuencia, puede existir desajuste entre el observador y el objeto de conocimiento; entre los grupos sociales que adoptan perspectivas de conocimiento, y la realidad objetiva que pretenden interpretar; o un pensamiento puede representar un obstáculo al conocimiento de una realidad, que por definición es cambiante: las ideas que en un determinado momento podían representar los fenómenos reales, ahora son obsoletas por aferrarse a intereses particulares de grupos sociales específicos. De allí la importancia de la crítica permanente de todos los sistemas de ideas. En consecuencia, vamos a optar en el tratamiento de las ideas, por las siguientes perspectivas metodológicas:

- a) Vamos a tratar las ideas como un conjunto organizado de representaciones ligado a determinados grupos sociales, cuyos intereses representan mentalmente, con independencia de su valor cognitivo, y
- b) Vamos a aplicar el método comparativo a las relaciones objeto de conocimiento realidad objetiva, con el propósito expreso de detectar los desajustes o coincidencias entre estos dos polos del conocimiento. Esto, lógicamente, implicará un análisis de las causas sociales de tal desajuste o coincidencia.

La definición de Berger de la ideología, en términos tales que liga una "definición de la realidad" a los esfuerzos por obtener el poder por parte de determinados grupos sociales, ofrece, así mismo, la posibilidad de detectar el conflicto entre grupos sociales por la obtención del poder, reproducido a nivel de las ideas en una "sociedad pluralista" como la nuestra.

Otra de las generalizaciones que se pueden hacer del pensamiento de los autores aquí tratados, es la que se refiere a las funciones de la ideología. Casi todos los autores coinciden en que la ideología es un instrumento

de legitimación de un orden social determinado. Justifica los intereses de las clases sociales o grupos determinados, o bien negando los fenómenos concretos de la realidad, o bien reflejándolos. En el primer sentido se pronuncia Marx en relación a la clase dominante, que por defender y legitimar su dominación sobre el resto de la sociedad, adultera la realidad social. En el segundo sentido, Marx, Gramsci, etc., se refieren a las clases dominadas interesadas en conocer la verdad dialéctica de la realidad para controlar a su favor y modificarla.

Los grupos sociales, de esta manera, tratan de "educar" a sus miembros en los valores propios de su ideología. Los "socializa" a través de ella, y de esta manera los cohesionan como grupo. Es lo que Mao señala como una función de la ideología: la de educar y cohesionar a las clases dominadas en torno a un ideario de lucha para la toma del poder.

Por esto mismo la ideología al ser parte de una estructura, dividida en clases y grupos contradictorios, sirve como instrumento de dominación o coadyuva a ésta. Es lo que Apter le atribuye a la ideología política: la legitimación de la autoridad. Gramsci, traduce el fenómeno con el concepto de "hegemonía". Para él una clase es hegemónica, cuando establece su dominación a través del consenso, de la persuasión de la ideología.

Además la ideología cohesionan la estructura social. Es su "cemento" en términos de Gramsci. En este sentido, la ideología organiza, une las clases, los grupos, las comunidades y hasta las personalidades (Apter). Les da hegemonía y coherencia y los prepara, de esta manera, para la lucha con otros entes sociales. La ideología de esta manera, produce "conciencia de clase" (Marx), solidaridad (Berger) o identidad.

Tanto Apter, como Althusser, Mao, etc., piensan que la ideología no se queda en el simple mundo de las ideas. Proviene de la práctica social y regresa a ella en forma práctica (rituales, normas, actitudes, decisiones, instituciones). Esto es importante, especialmente para nosotros, ya que las ideas como tales coadyuvan a promover el cambio social, (aunque no estamos de acuerdo con aquellos que afirman que las ideas son la causa de ese cambio). Creemos, desde este punto de vista, que la expresión de Berger, en el sentido de que la ideología es el "motor del cambio social" es un tanto exagerada. Para que éste se realice es necesario que confluyan, tanto factores subjetivos como objetivos. Aunque Berger afirma esto, no pasa de ser un mero postulado ya que el concepto "motor" se asemeja más a "causa" que a "coadyuvancia". Sin embargo, vemos con Paul Sigmund, que la ideología representa un "modelo de vida", que genera decisiones políticas e instituciones sociales; y la realidad social en general, genera a su vez ideas, que son su reflejo. Hay por lo tanto una dialéctica ideas-sociedad.

Finalmente, la ideología es un instrumento de lucha de un grupo social determinado. Es lo que hacen las ideologías "históricamente orgánicas" de Gramsci. Decíamos que organizan las masas humanas, forma el terreno en el cual los hombres se mueven, adquieren conciencia de su posición y luchan por sus intereses. Como esa lucha la establecen los grupos sociales contra el status quo para subvertirlo, las ideas que sirven para tales fines

representan "las tendencias no realizadas de una época" o de un grupo social. A tales ideas subversivas llama Mannheim "utopías".

Las ideologías son sistemas de ideas que se utilizan con fines prácticos, para la acción inmediata. Pueden lograr distintos grados de elaboración y coherencia, pero nunca alcanzan la profundidad de los problemas que se plantea la filosofía; pero tampoco alcanzan los grados de ingenuidad y espontaneidad de lo que Gramsci llama "el sentido común" y el "folklore". Por eso mismo, la ideología se liga a la acción política de grupos y clases sociales: Es lo que Gramsci llama "ideología en sentido estricto".

ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS (1950-1971)

Julia D. de O. de Madrid
Gustavo Priego, Caracas

BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA COSTARRICENSE; ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS (1950-1975)

Julia De la O. de Ramirez
Gerardo Hidalgo Cordero

Agosto de 1975

BREVE RESERVA HISTORICA DE LA
ADMINISTRACION PUBLICA COSTARRICENSE
ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS (1950-1975)

Julia De la O. de Ramírez
García Hájala Costero

PRESENTACION

El presente ensayo pretende señalar, en forma sucinta, la evolución de la Administración Pública y sus problemas, con especial énfasis en los últimos 25 años.

Estos problemas se señalan desde dos puntos de vista: estructural y de funcionamiento interno.

Se espera que contribuya a la comprensión de los problemas generales que afronta la Administración Pública Costarricense desde la perspectiva que da su evolución histórica.

En la investigación se utilizaron fuentes secundarias en su mayor parte, y primarias en algunos casos; por lo tanto, no pretendemos que sea un estudio riguroso ni profundo sino que sirva de base para estudios posteriores.

La realización de este estudio estuvo a cargo de la División de Planes y Política Administrativa, como una colaboración de la OFIPLAN a la Escuela de Administración Pública de la Universidad de Costa Rica.

Agosto de 1976.

INTRODUCCION

Por la cultura que impera en nuestras instituciones hemos aprendido a subestimar la importancia de los aspectos administrativos de la gestión pública, es por lo que queremos entonces tratar sobre la Administración Pública Costarricense en su evolución histórica y algunos de sus problemas en el período 1950-1975. Pretendemos mostrar una descripción en la cual se perciben las consecuencias de una gestión pública preocupada por los fenómenos económicos, sociales y políticos. La historia costarricense en el período 50-75 perfila un gobierno en galopante expansión. En este sentido, esta Reseña Histórica, da una visión general de lo que ha sido la Administración Pública Costarricense.

De ello se deriva como una gran exigencia, el que se le debe dar prioridad a los aspectos administrativos en toda acción de gobierno; lo cual pretendemos dejar claro en el contenido de este trabajo.

Nuestra reseña se sustenta esencialmente en dos grandes capítulos. Uno describe la Evolución Histórica de la Administración Pública, partiendo de los fundamentos constitucionales de las funciones del Estado. Lógicamente se parte de la Constitución de 1949 y luego se pasa al crecimiento de las funciones y su impacto en el número de entes, recursos y personal. Este capítulo resalta las consecuencias de momentos políticos que engendraron ese crecimiento acelerado.

Por otra parte, se describen los problemas que caracterizan a la Administración Pública en sus tres "niveles de Gobierno": (*) Gobierno Central, Gobierno Descentralizado y Gobierno Local. En ellos se analizan lo que hemos calificado como problemas estructurales y problemas de funcionamiento interno.

(*) Entendemos por niveles de gobierno, a tres grandes grupos de instituciones públicas que posee el Estado para dotar de bienes y servicios a la sociedad costarricense; es así como para efectos de organización del presente trabajo, utilizamos la siguiente clasificación institucional por niveles de gobierno: Gobierno Central (Ministerios, Tribunal Supremo de Elecciones, Poder Judicial, Poder Legislativo y Contraloría General de la República); Gobierno Descentralizado (Instituciones autónomas y Empresas Públicas) y Gobiernos Locales, con las Municipalidades y los Consejos de Distrito.

Cabe señalar que esta clasificación la utilizamos únicamente para efectos de organización de los datos estadísticos y de análisis presentados en este trabajo y no representa necesariamente nuestra posición en cuanto a clasificación institucional se refiere.

I. EVOLUCION HISTORICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

A.—FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Partiendo de 1821 en que se da el primer documento constitucional de Costa Rica, el Pacto Social Fundamental Interino, se tiene como órgano superior de la nación a una junta de 7 miembros de elección popular con la función básica de dirección política de la entonces Provincia de Costa Rica. Dos años después, el Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, establece un órgano superior de gobierno compuesto por un Jefe Político, un Intendente y un Comandante General de Armas.

Al establecer la Federación de Centroamérica en 1824 y formar Costa Rica parte de ella, se definió en su Carta Magna que todos los estados serían libres, independientes en su gobierno y con el poder que la constitución no estableciera para las autoridades federales. Con fundamento en ello, en 1825 se decreta la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica en la que se establecen 4 poderes para el Gobierno a saber: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Conservador (de elección Popular). Este último poder era un órgano de consulta para el Ejecutivo y desarrollaría funciones de senado. El poder Ejecutivo tenía el mando de nombrar a funcionarios enviados en terna por el Poder Conservador, mantener el orden y la seguridad del Estado, publicar las leyes y resoluciones legislativas, expedir reglamentos y disponer de la fuerza armada. El Poder Judicial estaba compuesto por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales comunes, con 3 a 5 magistrados de elección popular. Se crean los gobiernos locales cuyos antecedentes se encuentran en la Constitución de Cádiz de 1812. En 1841 se promulga la Ley de Bases y Garantías que afirman la soberanía del país lo mismo que los principios de protección de la persona humana. Reúne en la persona del primer magistrado todos los poderes del Estado. Su vigencia fue efímera, pues al año siguiente se restablece la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica.

Para 1844 se da una nueva constitución en la que se crea un Ministerio que reunía las funciones de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Guerra. Además, separa a las Municipalidades de la jurisdicción del Poder Ejecutivo.

La Constitución de 1847 crea los ministerios de Justicia y Negocios y el de Educación. Al año siguiente, nos encontramos con una reforma a la Constitución en el sentido de delimitar la jurisdicción de los gobiernos locales, ubicando a las municipalidades en cada cantón del país.

Pasando por las constituciones de 1859 y la de 1869, que da al Estado la responsabilidad educativa de los ciudadanos al establecer la obligatoriedad de la enseñanza primaria, y el carácter gratuito a cargo del estado; la Constitución de 1871 fue la base de discusión de la que hoy nos rige. Esta Constitución pone énfasis en la centralización del poder ya que asignó al Poder Ejecutivo funciones que, dada su naturaleza, no le corresponderían.

Además confiere al Presidente de la República la facultad de nombrar y remover libremente a los funcionarios de la Administración Pública. En 1943 se incorporan a la Constitución de 1871 los derechos y garantías sociales. Aunque en 1917 se dio otra constitución, prácticamente se considera el período de vigencia de 1877 hasta 1949.

Con la Constitución de 1949 se da un cambio radical en relación a las otras constituciones. En ella se nota una gran tendencia a la descentralización del Poder Ejecutivo promoviendo la creación de los entes autónomos que desarrollarían funciones específicas, por medio de los cuales se esperaba satisfacer las demandas de los ciudadanos y mantener a esas instituciones al margen de las influencias políticas nocivas.

B.—EVOLUCION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA A PARTIR DE 1950.

a) *Las funciones estatales y los entes que define la constitución del 49 para su cumplimiento.*

Además de las tradicionales, la Constitución del 49 asignó al Estado el cumplimiento de una serie de funciones que explícita e implícitamente se encuentran esparcidas en el texto de esa Carta. Es tan amplio el margen y tan numerosas las posibilidades de participación estatal en las actividades socioeconómicas de la nación que a lo largo del período 1950-1975 el aparato del Estado ha ido creciendo acelerada y desarticuladamente, asumiendo funciones en los más diversos campos de la economía. Ejemplo de esa orientación del Estado nos la da el artículo 50 de la Carta Magna, tal y como fue promulgado en 1949, el cual señala: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

Entre las principales innovaciones que se introducen en la Constitución de 1949 están:

1. Con respecto a la educación y a la cultura, la Constitución impone al Estado costear, además de la primaria, la enseñanza pre-escolar y la secundaria. Le obliga asimismo contribuir al mantenimiento económico de la Universidad de Costa Rica con una suma no inferior al 10% de los gastos anuales del Ministerio de Educación.
2. El Poder Ejecutivo dejó de ser unipersonal, puesto que el Consejo de Gobierno tiene ahora funciones propias y los Ministros actúan como obligados colaboradores del Presidente.
3. Consagra la autonomía de las Municipalidades y les asigna la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón.
4. La descentralización del Poder Ejecutivo se hace patente por medio de la creación de instituciones autónomas; las que la propia Constitución crea y las que ella define, cuales son:

- a. Los Bancos del Estado.
 - b. Las instituciones aseguradoras del Estado.
 - c. La Universidad de Costa Rica y demás instituciones de cultura superior.
 - d. El Patronato Nacional de la Infancia.
 - e. Las Municipalidades.
 - f. Los nuevos organismos que creare la Asamblea Legislativa por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros.
5. La creación del Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido, cual es el encargarse de la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio.
 6. El establecimiento del Régimen de Servicio Civil, para toda la Administración Pública, consecución constitucional que fue tergiversada posteriormente al promulgarse el Estatuto de Servicio Civil que sólo abarcó a los servidores del Poder Ejecutivo.

b) *Crecimiento de las funciones y su impacto en el número de entes, en gastos totales y en recursos humanos; conformación de los 3 niveles de gobierno(*)*

A partir de la década del 50, debido a las presiones populares que demandaban al aparato estatal mejoras para poder sobrevivir, la Administración Pública costarricense inició una fuerte expansión hasta 1975. Antes de ese período el Gobierno Central constituía casi la totalidad del Sector Público pues el número de instituciones autónomas formaba un Gobierno Descentralizado casi nulo, abarcaba éste un Banco Nacional, un Instituto de Seguros, una Fábrica de Licores, un Ferrocarril y una Institución de Seguridad Social. El nivel de Gobierno Local lo formaban los entes municipales con una serie de problemas de autonomía, que los hacían muy ineficientes en el cumplimiento de sus funciones e ineficaces para cumplir las demandas comunales.

Con la Constitución de 1949 se dan las bases legales para la expansión de la Administración Pública en sus tres distintos niveles de Gobierno; el Central con la creación de más ministerios en el Poder Ejecutivo y más tribunales de justicia en el Poder Judicial: el Descentralizado con la creación de entes autónomos para el cumplimiento de funciones específicas; el Local con la creación de más municipalidades conforme al crecimiento demográfico y a la capacidad económica de los pobladores para mantener su gobierno.

(*) Para la realización de este trabajo se utilizó como fuente la muestra existente sobre el crecimiento del Sector Público citada en las Referencias.

Para analizar el crecimiento de la Administración Pública hemos tomado como indicadores el número de entes, los gastos totales y los recursos humanos en el período 1950-1975, utilizando los datos disponibles en cada caso.

En cuanto al número de entes del Sector Público, el Gobierno Central no experimenta aumento sustancial en el número de órganos del Poder Ejecutivo, único del que se pudo obtener cifras; en tanto que el Sector Descentralizado manifiesta un aumento bastante amplio entre los años 62-74* al pasar de 25 entes a 40 en 1974, lo que representó un aumento tendencial del 60%, según la muestra citada, que analiza los principales entes descentralizados. El Gobierno Municipal muestra también un aumento bastante fuerte al pasar de 65 en 1950 a 80 en 1974; o sea un incremento del 23%. Esta variable, número de entes de la Administración Pública muestra la orientación que le imprimió al Sector Público la Constitución del 49, cual es la descentralización administrativa. El cuadro N° 1 contiene las cifras disponibles de los años 50, 62, 68 y 74. Incluye en el nivel de Gobierno Central, únicamente al Poder Ejecutivo, ya que no existen datos de los otros poderes.

CUADRO N° 1

Costa Rica: Número de entes del sector Público por niveles de gobierno 1950 - 1974

Nivel del Gobierno	1950	1962	1968	%	1974
Gobierno Central Poder Ejecutivo (ministerios)	11	10	11		12
Gobierno Descentralizado	n.d.	25	29	60	40
Gobierno Municipal	65	68	70	23	80
TOTALES:	76	103	110		132

Fuentes: Oficina del Presupuesto. OFIPLAN y Tribunal Supremo de Elecciones.

(*) Para el año 1950, no se obtuvieron las cifras correspondientes, del Sector Descentralizado.

La otra variable importante que consideramos es la de los recursos humanos, que en número creciente han sido utilizados por los tres niveles de gobierno. El cuadro N° 2 ilustra el aumento de funcionarios en los años 1955, 1965 y 1975, años para los cuales hay datos disponibles y nos ofrecen un panorama global del crecimiento producido en los últimos 21 años.

Con respecto al Sector Descentralizado, incluimos únicamente los datos del número de funcionarios de las principales instituciones autónomas que consideró la fuente consultada.

CUADRO N° 2

Costa Rica: Recursos Humanos del Sector Público, distribuidos por niveles de Gobierno 1955-1965-1975

Niveles de Gobierno	1955	1965	% Crecimiento	1975	% Crecimiento
Gobierno Central	20.090	28.490	42	45.288	59
Gobierno Descentralizado	2.780	11.458	312	35.625	211
Gobierno Municipal	n.d.	3.558	—	5.964	68
TOTALES	22.870	43.506	90	86.877	100

Fuente: OFIPLAN

En el nivel de Gobierno Central, el aumento de los recursos humanos entre 1955 y 1965 fue del orden de un 42%. En tanto que entre 1965 y 1975 fue del orden de un 59%.

En el Gobierno Descentralizado el aumento de personal entre 1955 y 1965 fue del 31% y entre 1965 y 1975 se constituyó en un 211%.

El Gobierno Municipal presenta asimismo un incremento del 68% entre 1965 y 1975. Por su parte, el total de recursos humanos de la Administración Pública creció a una razón de un 90% entre los años 1955 y 1965; y de un 100% entre 1965 y 1975.

Por último la variable Gastos Totales de la Administración Pública pone de manifiesto el aumento del ámbito del Sector Público costarricense, entre los años 1950 y 1974. Es interesante destacar que de 126.8 millones de colones de gastos totales en 1950, sólo la cifra para el Gobierno Central, pasa a 5127, 1 millones de colones en 1974.

CUADRO N° 3

Costa Rica: Gastos Totales* del Sector Público, distribuidos por niveles de gobierno 1950 - 1974

(Millones de colones)

Nivel de Gobierno	1950	1962	1968	1974
Gobierno Central	126,8	497,8	857,9	1831,1
Gobierno Descentralizado	n.d.	n.d.	751,2	3158,3
Gobierno Municipal	n.d.	n.d.	62,8	137,7
TOTALES:	126,8	497,8	1671,9	5127,1

* Las cifras de gastos totales no han sido consolidadas.

Fuentes: Oficina de Presupuesto
Contraloría General de la República.

II. PROBLEMAS QUE CARACTERIZAN A LA ADMINISTRACION PUBLICA EN SUS TRES NIVELES DE GOBIERNO

A. PROBLEMAS ESTRUCTURALES

El Estado costarricense, hasta fines de la década de los 40 estaba compuesto básicamente por 2 niveles de Gobierno: central y municipal. Sus problemas estructurales eran, en términos generales, los mismos que aún hoy lo aquejan.

Los cambios que se han producido desde entonces obedecen a dos razones fundamentalmente.

- 1.—Aparición y ampliación del nivel de Gobierno Descentralizado.
- 2.—Creación de nuevas dependencias para los diferentes entes del Gobierno Central.

No obstante el desorden con que la estructura de la Administración Pública se ha ido expandiendo, ésta ha procurado mantener cierta estabilidad: "Sus formas institucionales, su personal y otras prácticas y las prefe-

rencias profesionales de quienes a ella se dedican, están frecuentemente ligadas al mantenimiento de un sistema".⁽¹⁾

a) Gobierno Central

En nuestro país se tiene plena conciencia de las deficiencias administrativas de que adolece el Gobierno Central. A lo largo de los últimos 25 años, gobernantes y administradores han apoyado y promovido una serie de ampliaciones orgánicas en las estructuras ministeriales conforme al crecimiento económico lo va exigiendo. Así vemos como año con año los organigramas de los ministerios del Poder Ejecutivo se amplían con la aparición de nuevas unidades administrativas en determinados niveles jerárquicos, o la transformación de otras. En algunos casos su cambio es sólo de nombre, en otros cambian las funciones y su ubicación en la estructura administrativa. Aparecen nuevos departamentos y unidades para proporcionar flexibilidad al pesado aparato administrativo en este nivel de gobierno; y sin embargo, la intención de realizar esas modificaciones en las estructuras gubernamentales, ha sido en principio crear nuevas unidades administrativas que respondan en forma más eficaz a las demandas crecientes que enfrenta el gobierno y no lo que refleja realmente: una mera ampliación orgánica.

En la primera parte de nuestro trabajo, pusimos énfasis en el crecimiento acelerado y desarticulado que ha sufrido el aparato estatal a lo largo del período 1950-1975.

Empero, ese crecimiento ha venido a complicar los problemas estructurales que afronta el Gobierno Central. Por el contrario, en una investigación realizada recientemente por el ICAP, se afirma que "no obstante los significativos esfuerzos de reformas administrativas a nivel del Gobierno Central, de los cuales hay muchos ejemplos, estos mecanismos conservan sus características que fueron calificadas por CEPAL, doce años atrás, como obstáculos formidables al desarrollo".⁽²⁾

Los problemas estructurales de la Administración Pública costarricense son por lo tanto obstáculos que han sido atacados con diversos mecanismos aislados, para los cuales se han invertido sumas considerables de recursos públicos.

En el caso del Gobierno Central, la situación ha sido desalentadora pues se han dado numerosos esfuerzos de cambio por medio de la creación de entes y unidades administrativas no previstas ni planificadas, la implantación de servicios técnicos, consultorías, como intentos de solución parciales.

Las Naciones Unidas señalan el problema en estos términos: "... la expansión de los servicios técnicos y de otras actividades en desarrollo se ven con frecuencia obstaculizada por deficiencias en la administración, pero

pocas veces se aprecia el valor de las inversiones en investigación, capacitación y otras medidas destinadas a corregir deficiencias".⁽³⁾

b) Gobierno Descentralizado

Para este nivel de gobierno podemos apuntar una crítica fundamental planteada en una investigación que afirma que la proliferación de algunos organismos públicos se dan sin que ello obedezca a un orden previo y cuidadosamente estudiado. El número de entes autónomos y de empresas públicas hace patente la orientación gubernamental de recurrir a la creación y adopción de funciones específicas por medio de esos entes para hacer más eficiente la estructura estatal y responder mejor a las necesidades que afrontan el país.

En nuestro país, la creación de organismos públicos se ha dado en medio de la improvisación y el desorden, porque como bien lo señala Wilburg Jiménez "... la determinación de objetivos debe anteceder a todos los otros procesos, pues no se puede llegar a la meta satisfactoriamente si se la desconoce" ...;⁽⁴⁾ y esto no se ha producido previamente a la creación de numerosas instituciones del gobierno descentralizado.

Los problemas estructurales del gobierno descentralizado arrancan pues desde su base constitucional y jurídica: las disposiciones constitucionales relacionadas con la existencia de entidades descentralizadas y empresas públicas acusan una cierta debilidad en algunos casos, y en el caso de las leyes de creación de esos entes se da la ausencia de definición precisa de un ámbito de funciones.

La proliferación de órganos del Gobierno Descentralizado ha planteado problemas de coordinación en lo que se refiere a la ejecución de una única política gubernamental, además de que al no existir una clara definición de sus objetivos y funciones la marcha de ellas es el resultado de la improvisación. La labor que se debe realizar en cada uno de los sectores productivos del país, es a veces responsabilidad de órganos del Gobierno Descentralizado, y se da el caso de que "algunas instituciones autónomas o empresas públicas constituyen por sí mismas la expresión institucional de todo un sector o, en otros casos son la cúspide de un sector a falta de un ministerio que asuma el comando del mismo".⁽⁵⁾

Esa situación plantea problemas estructurales tanto a nivel interno en cada una de las instituciones involucradas como a nivel interinstitucional.

Como solución a los complejos problemas de los órganos de este nivel de gobierno, la ley de Presidentes Ejecutivos viene a ser un paliativo legal que coloca al frente de la institución a una persona de confianza del Presidente de la República, que desempeña la doble función de integrar y presidir el órgano directivo, y de manejar personalmente las institución. Con esto se pretende aumentar las seguridades de que los organismos autónomos y empresas públicas sigan las directrices emanadas del Poder Ejecutivo.

(1) Naciones Unidas. Problemas que se plantearán a las administraciones públicas en los países en desarrollo en el decenio de 1970. New York, Naciones Unidas, 1971. p. 7.

(2) ICAP. Características y problemática de las Empresas Públicas y otros entes descentralizados en el Istmo Centroamericano, resultado de una investigación. San José, ICAP, 1975. p. 225.

(3) Naciones Unidas, op. cit. P. 45.

(4) Jiménez Castro, Wilburg. Planificación operativa o caos nacional. San José, Dirección General de Estadística y Censos, 1960.

(5) ICAP. op. cit. P. 30.

Vemos pues que el objetivo fundamental es el de ejercer cierto control más expedito de las políticas de los entes descentralizados; sin embargo, no se resuelven en nada los problemas estructurales que los afectan. Un ejemplo que podríamos contemplar que presenta claramente los graves problemas de tipo estructural, es el caso de instituciones autónomas que realizan similares funciones para un único fin (vgr. en el aspecto de vivienda y agrícola), que están estructuralmente divorciadas, además de que no logran organizarse internamente para responder a las demandas de servicio que la sociedad les plantea.

c) *Gobierno Local*

Desde su fundamento legal, el cual ha venido modificándose en forma fragmentaria a lo largo de los años, este nivel de gobierno ha mantenido una gran inconsistencia en cuanto a su estructura; y la autonomía que constitucionalmente se le confiere, adolece de los requerimientos indispensables que el concepto implica. "El ejemplo más evidente de fluctuación en la definición de las estructuras municipales se relaciona con su amplitud territorial, es decir, con la situación geográfica y extensión de esas estructuras".⁽⁶⁾

A pesar de que actualmente existe una definición territorial más o menos estable de los concejos municipales, y que el nuevo código municipal delinea un nuevo modelo de gobierno local evitando la ingerencia directa en ellas de los representantes políticos del Poder Ejecutivo, "se hace dudoso aceptar que las estructuras de gobierno municipal en Costa Rica evolucionarán más allá de su actual estado de ambigüedad y anacronismo".⁽⁷⁾

Con estructuras de organización interna sumamente débiles e impre- cisas y la ingerencia directa del Gobierno Central por medio de represen- tantes tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, las municipali- dades no han sido capaces en los últimos 25 años en que más ha evolucionado la Administración Pública, de encontrar un lugar acorde con sus fines y funciones en la estructura institucional costarricense.

B. PROBLEMAS DE FUNCIONAMIENTO INTERNO

a. GOBIERNO CENTRAL

1.—*Recursos Humanos y su administración:*

Uno de los más graves y serios problemas del Gobierno Central es la carencia de personal capacitado en donde no siempre se selecciona al personal adecuado (aparte de que es escaso) por cuanto existe mucha intro-

(6) Baker, Christopher E. *El Gobierno Municipal en Costa Rica; sus características y funciones*. San José, Imprenta Nacional, 1972. P. 13.

(7) Baker, op. cit. P. 84.

misión de tipo político-partidista para su reclutamiento y selección.⁽⁸⁾ Por otra parte, dentro del Gobierno Central existen diferentes regímenes de empleo, no existe un sistema uniforme de capacitación y administración de personal, por lo que el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones, se rigen por las disposiciones generales del Código de Trabajo, con reglamentaciones propias. Recientemente el Personal permanente del Poder Legislativo ha sido incorporado al Régimen de Servicio Civil mediante una Ley especial, con disposiciones también especiales respecto de la administración de ese personal. Existiendo diferencias sustanciales, se da también el hecho de diferentes regímenes de clasificación, valoración, jubilación y pensiones para las diferentes dependencias de los citados poderes.

En el análisis de este aspecto, el Poder Ejecutivo cubierto por el Régimen de Servicio Civil, ocupa lugar especial, por cuanto es en el que se manifiestan estos problemas con más frecuencia ya que las normas de clasificación, valoración de puestos, lo mismo que el Estatuto de Servicio Civil, y su respectivo reglamento no son aplicados tal y como lo especifican sus contenidos. De tal manera que se hacen efectivos numerosos nombramientos de personal gracias a las influencias político-partidistas que los candidatos posean.

2.—*Niveles de decisión:*

En este nivel de gobierno como en los otros hay serios problemas en la toma de decisiones. Sus causas son la carencia de información en algunos casos, nivel educativo deficiente en otros, cuya consecuencia es que las jefaturas no tienen capacidad de mando y consecuentemente respaldo académico y técnico para tomar decisiones. De ello se origina una excesiva centralización, obviamente dañina para el buen funcionamiento de las instituciones. Dicha situación trae un resultado deplorable; ausencia de programas, funciones y metas para realizar sus respectivos objetivos. Esta situación ha originado un criterio, feudalista de la administración, manifiesto por el casi desconocimiento de un todo administrativo dentro del cual se funciona. Por otra parte, encontramos la carencia de lineamientos políticos definidos, planificación, programación y controles, ejerciendo la gestión administrativa muchas veces a base de "ensayo - error" sobre la marcha y no a base de programación.

3.—*Administración Financiera*

En este aspecto, debemos mencionar los sistemas de información control y evaluación que tienen gran importancia dentro de la administración financiera. Sin embargo, en la mayoría de los casos no se sabe qué información se necesita, cómo y para qué se necesita. Como ya lo habíamos mencionado,

(8) Meoño Segura, Johnny. *Revisión del Plan Nacional de Desarrollo sobre aspectos administrativos*. San José, OFIPLAN, 1975. P. 11.

esto repercute en la toma de decisiones, adquiriendo una orientación coercitiva, de control de montos de los gastos para evitar malversaciones. El Gobierno Central no tiene capacidad de evaluación y control eficaces en este campo, por cuanto no se han establecido los procedimientos necesarios, ni el personal calificado para este tipo de funciones. En el fondo, las causas subyacentes son la carencia de la planificación, programación y el mal uso de los recursos. Ello hace que la administración financiera sea dilatoria, complicada y excesivamente documental, que no posibilita la suficiente y oportuna satisfacción de las necesidades ni el control y adecuación de los fondos, valores y bienes del Estado.

4.—Programación y Planificación

De acuerdo con las estipulaciones de la ley, una de las bases de la planificación en Costa Rica es la coordinación; sin embargo, tal coordinación "ha resultado ineficaz cuando ha sido sancionada legalmente sin el establecimiento expreso de las potestades concretas que comprende".⁽⁹⁾ De ahí que la programación y sobre todo la planificación se ha convertido en una labor meramente indicativa, de asesoramiento, que se puede obviar fácilmente. Por consiguiente, no es rectora de políticas y lineamientos. Téngase en cuenta que dicha coordinación se sustenta sobre cuatro aspectos, que son: 1º Presupuesto del Gobierno Central, 2º Sectoriales de Planificación en los 3 niveles de Gobierno, 3º Control sobre los programas de inversión pública y 4º control sobre los programas de asistencia técnica.

En cuanto a los efectos sobre los presupuestos, sabemos por experiencia que el presupuesto en el nivel de Gobierno Central no se ajusta a las normas de la planificación económico-financiera, pese a que podría ser un buen instrumento en ese sentido.

La planificación sectorial, es quizá uno de los aspectos que más se han soslayado, tanto desde el punto de vista legal como operativo. En cuanto al control sobre la inversión pública y la asistencia técnica, los posibles logros del momento no han tenido relevancia, aunque en el campo de las inversiones públicas hay proyectos, sobre todo, en el campo de la infraestructura básica de mucha importancia.

Tomando en cuenta que en este nivel se encuentra la Oficina encargada de la Planificación del país, obviamente debería asumir el papel antes mencionado. En defensa de esta situación algunos argumentan la ausencia de apoyo político, descartando que existen determinadas coyunturas que no facilitan la planificación en Costa Rica dada su actual situación socio-económica.

Sin embargo, dichas coyunturas se podrían utilizar si la decisión política se orientara hacia una Reforma Administrativa permanente.

(9) Murillo, Mauro. El Proyecto de "Ley General de Administración Pública y las nuevas tendencias en la organización Pública". P. 2. OFIPLAN, 1975.

b. EN EL GOBIERNO DESCENTRALIZADO

1.—Recursos Humanos y su Administración

En este nivel, se presenta el mismo problema de la capacitación, referido en el nivel central, pero quizá en menor grado por cuanto los entes descentralizados cuentan con cierta autonomía y mejores recursos financieros que favorecen el seleccionar entre un mayor número de oferentes; ofreciendo mejores salarios para las mismas clases de puestos a sus futuros servidores, los cuales en Régimen de Servicio Civil son menos remunerados y con el agravante de que ofrecen restringidas posibilidades de hacer carrera administrativa. El problema político-partidista no se descarta pero sí se manifiesta en menor intensidad.

Dada la carencia de personal capacitado, como se ha dicho, se ha originado un nuevo problema: el éxodo de personal técnico que una vez terminada su capacitación, gracias a los fondos de las instituciones del Gobierno Descentralizado van a laborar en la empresa privada en busca de salarios más altos. De ahí que muchos servidores públicos están a la expectativa de las posibilidades del mercado de trabajo del campo privado una vez terminada su formación, en lugar de hacer carrera dentro del Sector Público.⁽¹⁰⁾

2.—Niveles de decisión

En este nivel, el problema de la toma de decisiones se manifiesta en menores proporciones que en el Gobierno Central por cuanto sus funciones son más específicas y el servicio se presta casi en forma directa o inmediata. Las posibles causas son atenuadas en parte porque este nivel de gobierno cuenta con mejor información, recursos humanos y programas más definidos. Quizá debemos agregar una razón más, es un nivel de gobierno dedicado fundamentalmente a producir servicios tales como agua, energía eléctrica, vivienda, salud, asistencia técnica en agricultura, etc., además de servir como agentes financieros. Sin embargo, también en el Gobierno Descentralizado priva el criterio feudalista en los niveles de decisión, por lo que encontramos en algunos casos Juntas Directivas que atienden básicamente asuntos de tipo administrativo.

3.—Administración Financiera.

El Gobierno Central tiene una participación significativa en cuanto a las finanzas de las instituciones autónomas y empresas públicas.

Ciertamente muchos entes de este nivel de gobierno tienen aportes del Gobierno Central y utilizan el crédito interno y externo, cuyo aval es, por regla general, el mismo con que cuenta el Gobierno Central. En este ámbito se nota carencia de uniformidad en materia de procedimientos, nomenclaturas y orientaciones generales para administrar los fondos públicos.

(10) ICAP. Características, op. cit. P. 47.

En cuanto a procedimientos propiamente dichos, sabemos que en varias instituciones aún se usan procedimientos manuales para la contabilidad; hay deficiencias en el sistema de información financiera para los niveles de decisión, carencia de técnicas modernas de administración financiera (tales como análisis prospectivo, cuadros sobre fuentes y usos de fondos, sistemas avanzados de costos, etc. . . .) ⁽¹¹⁾

c. GOBIERNO LOCAL

Los Gobiernos locales tienen problemas de funcionamiento interno cuyas causas provienen de su legislación, la cual ha definido sus funciones dejando de lado la situación real en que deben desenvolverse, situación que abarca entre otras cosas, una alta dependencia con respecto al Gobierno Central para el financiamiento.

A pesar de que el Código Municipal promulgado en 1970 pretende dar una nueva fachada a los gobiernos locales, aún hoy, las municipalidades continúan careciendo de disposiciones legislativas que replanteen sus funciones y sus relaciones con el Gobierno Central.

Consecuencia del deficiente marco jurídico en que se desenvuelven los gobiernos locales lo es el hecho de que "la mayoría de las funciones de que se ha dotado a las municipalidades han sido desde un principio, poco realistas y, por otro lado, las experiencias han llevado a muy pocas modificaciones". ⁽¹²⁾

El fin último de los órganos de este nivel de gobierno es "promover el desarrollo integral" de los cantones; y para desagregar este concepto, podríamos señalar que algunas de las funciones que les han sido designadas, son asumidas por el Gobierno Central, en tanto que la orientación original no ha cambiado. Esta situación apoya la afirmación de que existe aún ahora, una "sobreposición y ambigüedad presentes en las distintas leyes que han regulado y dirigido sus actividades". ⁽¹³⁾

Por otra parte, funciones importantes que deberían realizar los municipios, son desarrolladas por instituciones autónomas.

Como lo señalamos antes, las grandes limitaciones de financiación de estos órganos, restringen automáticamente el número y el ámbito de sus funciones.

Su principal fuente de financiación es el Gobierno Central, por medio de los recursos que le transfiere y la cesión del impuesto territorial en favor de las Municipalidades a partir de 1970.

Podríamos reunir las consecuencias de estos problemas, de mantenerse las cosas como están, en la siguiente interpretación: "Quiere decir que los Consejos Municipales se verán todavía limitados por el hecho de que buena parte de lo que puedan realizar dependerá no tanto de ellos mismos sino de la buena voluntad del Gobierno Central en utilizar sus facultades discrecionales para concederles subvenciones adicionales". ⁽¹⁴⁾

(11) ICAP. P. 46.

(12) Baker, op. cit. P. 84.

(13) Baker, Idem.

(14) Baker, Idem.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto en los dos apartes anteriores, podemos deducir que la evolución de la administración pública costarricense constituye un fenómeno que es producto de todo un proceso histórico que se remonta a la época de la colonización española. Si se examina con cierto detalle la estructura y comportamiento de este sector se podrá constatar que coexisten dentro de él resabios del siglo pasado y elementos modernos tanto en los aspectos de estructura como en los técnicos y normativos. "Es que el aparato público ha ido sufriendo modificaciones por efecto de los hechos económicos sociales y políticos ocurridos en el curso de casi dos siglos". ⁽¹⁵⁾

Fue después de la Segunda Guerra Mundial que el crecimiento de la Administración Pública adquirió grandes dimensiones y su período de expansión fecundo en la creación de organismos autónomos y empresas públicas, llega hasta nuestros días. Este suceso no ocurre solo en Costa Rica, sino que ha sido observado en el resto de Centro América. En una investigación a nivel centroamericano patrocinada por ICAP se lee: "En efecto, basta observar las metas contenidas en los planes de desarrollo vigentes de todos los países del Istmo para constatar el propósito de los gobiernos de valerse de nuevos organismos autónomos y empresas públicas, en un esfuerzo de reacomodar su estructura institucional para responder las tareas que las exigencias del desarrollo le imponen al Estado". ⁽¹⁶⁾

A ese respecto conviene apuntar lo que señala el Plan Nacional de Desarrollo 1974-1978 en el documento Diagnóstico: "El desarrollo económico y social que ha alcanzado el país durante las últimas décadas, ha requerido una expansión de los servicios que presta el Estado. Como consecuencia, el sector público amplió su esfera de acción y logró responder con éxito a la mayor parte de estas exigencias. En gran medida, esta evolución determinó que el sector público se convirtiera en un gran factor catalítico del desarrollo durante el período que se analiza en el presente diagnóstico. Lo anterior implica que la eficiencia con que se lleva a cabo la acción pública es de mucha importancia para el desarrollo del país, por sus efectos sobre la inversión, la distribución del ingreso, y la asignación de los recursos nacionales". ⁽¹⁷⁾

En los últimos 25 años, la expansión de la Administración Pública se ha manifestado por un número creciente de instituciones para cumplir la mayor absorción de funciones por parte del Estado, en un gasto total creciente derivado de los bienes y servicios que el Estado provee, y en una magnitud también creciente de recursos humanos a su servicio. Porque el papel del Estado cambia con el tiempo conforme a los intentos que hacen por encontrar las mejores formas y mecanismos más aptos para la solución de sus problemas y para obtener un mayor bienestar. Las tareas asignadas al Estado varían, desde luego, de una sociedad a otra. "En los últimos 25

(15) ICAP. Características, op. cit. P. 17.

(16) ICAP. op. cit. P. 22.

(17) Plan Nacional de Desarrollo, diagnóstico. San José, OFIPLAN, 1973. P. 81.

años, los costarricenses hemos tenido la madurez política suficiente para encontrar el grado de participación estatal más acorde con el desarrollo de Costa Rica. Así, hemos rechazado las posiciones estatistas o individualistas extremas. Ello no significa, sin embargo, que todos estemos de acuerdo en la forma de concebir esa participación. No obstante, parece haber consenso en las orientaciones básicas que ha tenido el Estado costarricense; por una parte, satisfacer los servicios que demanda la comunidad, tales como justicia, salud, protección y educación; por otra, promover el desarrollo de la agricultura, la industria y otras actividades productivas".⁽¹⁸⁾ De manera que hemos presenciado un intervencionismo creciente del Estado en el manejo y funcionamiento general del país. Durante 25 años, tanto los controles financieros como la misma desidia por la coordinación científica, se han mantenido. No ha habido variaciones importantes en los sistemas de administración de personal, ni en la capacidad del funcionario público, ni en la dinamización de los procedimientos y trámites burocráticos; ha existido igualmente un cierto desprecio hacia el análisis administrativo permanente de la Administración Pública; las prácticas corruptas en la función pública parecen haber aumentado también. Y todo ello, frente a un cuadro que muestra un sector público creciente a pasos acelerados.

Sin embargo, los mismos problemas de funcionamiento interno de las instituciones y en general de la Administración Pública que existían hace 25 años, subsisten aún. Por ello, habrá que llegar a la inevitable conclusión de que casi nada se ha hecho para analizar y solucionar tal situación. Si se piensa que los problemas son mucho más complejos y difíciles ahora porque las estructuras públicas y las demandas sociales son mucho más complejas y determinantes que hace 25 años habrá que concluir que el problema administrativo es un problema real, y que no se reduce al análisis de cómo mejorar la relación entre las jerarquías y niveles operativos en éste o aquel Ministerio, o de cómo eliminar una plaza para "contribuir" a la austeridad fiscal.

Por todo lo anterior, queremos poner énfasis en el hecho de que el mejoramiento de la capacidad y del funcionamiento administrativo en la Administración Pública será posible únicamente a partir del momento en que los dirigentes políticos reconozcan su urgente necesidad y proporcionen todo el respaldo requerido para ese fin. Ello por cuanto para nadie es desconocido que el poder político determina en gran medida el funcionamiento interno de la Administración Pública, al margen de la capacitación que tenga el servidor público.⁽¹⁹⁾

O sea, la posibilidad de pasar del feudalismo administrativo (al margen del carácter político de la Administración Pública) a un Sector Público con recursos humanos debidamente capacitados, es una difícil tarea pendiente.

(18) Arias Sánchez, Oscar. La importancia del gasto público; discurso de 2 de abril de 1976. San José, 1976. Párrafo 6º.

(19) Meoño Segura, Johnny. Revisión del Plan Nacional de Desarrollo sobre aspectos administrativos. San José, OFIPLAN, 1975. P. 2.

El Estado puede mejorar sistemática y científicamente su capacidad administrativa, por medio de una Reforma Administrativa sostenida, paso indispensable para asegurar que la participación de la Administración Pública en la conducción del desarrollo económico y social del país, sea eficaz.

De ahí que el Estado deba reconocer "que las demandas de un desarrollo económico y social planificado, no pueden ser enfrentados ni con los mismos criterios que han privado sobre cómo conducir la maquinaria administrativa pública, ni con la actual organización administrativa anacrónica y deficiente. Debe pues, emprenderse una labor sistemática de estudio primero, de formulación política luego, y de ejecución después, de todas aquellas áreas que se reconozcan para el desarrollo del país".⁽²⁰⁾

REFERENCIAS

- ARAYA, Pochet, Carlos. Historia Económica de Costa Rica, 1950-1970. San José, Ed. Fernández, 1975.
- ARIAS, Sánchez, Oscar. La importancia del gasto público; discurso del 2 de abril de 1976. San José, OFIPLAN, 1976.
- BAKER, Christopher E., Fernández P., Ronald y otros. El Gobierno Municipal en Costa Rica; sus características y funciones. San José, Imprenta Nacional, 1972.
- CARVAJAL Herrera, Mario. La Planificación en Costa Rica. San José, Universidad de Costa Rica, 1972.
- Constitución Política de la República de Costa Rica (7 noviembre de 1949). San José, Imprenta Nacional; 1971.
- DE GUSMAO Oswaldo Herbester. Estudio sobre las Instituciones autónomas de Costa Rica, San José, ICAP, 1973.
- ICAP. Análisis de los problemas de la Administración Pública, San José, ICAP, 1975.
- ICAP. Relación final y conclusiones de carácter general; Seminario Regional de diagnóstico sobre problemas gerenciales en entidades autónomas del Istmo Centroamericano. San José, ICAP, 1975.
- ICAP. Características y problemática de las empresas públicas y otros entes descentralizados en el Istmo Centroamericano, resultado de una investigación. San José, ICAP, 1975.
- ICAP. Capacidad administrativa para el desarrollo en América Latina, diagnóstico general y medidas para fortalecer. San José, ICAP, 1970.
- JIMENEZ Nieto, Juan J. Unidades de medida para el análisis administrativo en América Latina. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. (Revista de Administración Pública, Nº 75. Set., Dic. 1974).
- JIMENEZ, Castro Wilburg. Planificación operativa o caos nacional. San José, Dirección General de Estadística y Censos, 1960.
- LAMAS, Ernesto Raul. Problemas de la Administración Pública Latinoamericana. San José, ICAP, 1969.

(20) Documento interno. OFIPLAN.

- MEOÑO, Segura, Johny. Revisión del Plan Nacional de Desarrollo sobre aspectos administrativos. San José, OFIPLAN, 1975.
- MURILLO, Mauro. Régimen legal del empleo público; la empresa pública. San José, Universidad de Costa Rica, 1973.
- MURILLO, Mauro. Revista de Ciencias Jurídicas; la empresa pública. San José, Universidad de Costa Rica, 1973.
- MURILLO, Mauro. Proyecto de Ley General de Administración Pública y las nuevas tendencias en la organización pública.
- NACIONES UNIDAS. Problemas que se plantearán a las administraciones en los países en desarrollo en el decenio de 1970. New York, Naciones Unidas, 1971.
- NACIONES UNIDAS. Nota Metodológica sobre la evaluación de la capacidad administrativa para el desarrollo, New York, Naciones Unidas, 1970 (tomado del libro, la Evaluación de la Capacidad Administrativa para el desarrollo, pp. 102-120.
- OFIPLAN. Manual de organización de la Administración Pública de Costa Rica, San José, OFIPLAN, 1968.
- OFICINA DE PRESUPUESTO. Manual de Organización de la Administración Pública, San José, 1962.
- OFIPLAN. El crecimiento del Sector Público, informe estadístico preliminar. San José, OFIPLAN, 1976.
- OSLAK, Oscar. Diagnóstico de la Administración Pública Uruguaya. New York, Naciones Unidas. 1972.
- OFIPLAN. Plan Nacional de Desarrollo, Diagnóstico. San José, 1973.
- OFIPLAN. Plan Nacional de Desarrollo; Sector Público. San José, 1974.
- TORRES Rivas, Edelberto. Interpretación del Desarrollo Social Centroamericano. San José, EDUCA, 1971.
- VASCONI, Tomás. Diagnóstico global de la situación científica y tecnológica en América Latina, Caracas, CLAD.

LA SANCION EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE: LOS CODIGOS DE 1918 Y 1924

Edgar Emilio León Díaz

SUMARIO: Introducción. I. El código penal de 1918. a) Antecedentes, b) José Astúa Aguilar y el proyecto de 1910. 1.- Línea Doctrinal del autor. 2.- Establecimiento y Graduación de las penas. c) Sistemas de Sanción en el proyecto. 1.- Penas Privativas de Libertad. 2.- Penas No Privativas de Libertad. 3.- Duración de las penas. 4.- Su Definición Conceptual. d) Innovaciones Introducidas en el Proyecto en relación con la sanción. 1.- Prolongación de las penas. 2.- Suspensión de las penas. 3.- Libertad Condicional. 4.- La libre apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de un delito. 5.- Figura penal del Encubrimiento. e) Promulgación del Código: 1918. II. El Código Penal de 1924. Antecedentes. Diferencias en el Código Penal de 1918. III Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCION

La concepción que se tenga sobre el papel que desempeña la sanción en un sistema penal dado es fundamental para la adecuación del mismo a la sociedad que se pretende regular con él.

El objeto del presente trabajo es estudiar la concepción que del papel de la sanción (pena) se tenía en nuestro país a principios de este siglo, al promulgarse los Códigos Penales de 1918 y 1924, y la importancia de estos códigos en relación con el rompimiento de la tradición jurídica española que sus antecesores, sobre todo el Código Penal de 1880, se mostraron tan anuentes a seguir, aún cuando no representara una adecuada solución para nuestro medio social.

Las nuevas ideas y esquemas que estos cuerpos legales trajeron a nuestro derecho patrio fueron de gran importancia, sobre todo al incluir a nuestro país en la corriente de las nuevas concepciones que del Derecho Penal, de la función de la pena en la sociedad y de la prevención del delito se gestaba en el mundo.

I. EL CODIGO PENAL DE 1918

A) ANTECEDENTES:

Nuestro país, a principios de este siglo, sintió la urgente necesidad de emitir un nuevo cuerpo legal en material penal; regía un viejo e inadecuado código, promulgado en 1880, especialmente influenciado por el Código Penal que por esa época regía en España.

El Presidente de la República, Lic. Cleto González Víquez, (1906 a 1910), encargó al Licenciado José Astúa Aguilar, abogado costarricense de sólido prestigio, la redacción de un anteproyecto de Código Penal, sobre el cual montar la base de una amplia discusión a nivel nacional, para reemplazar el viejo código de finales del siglo pasado, ya ampliamente superado por la sociedad costarricense de principios de este siglo.

El Lic. Astúa entregó a principios del año de 1910 un anteproyecto de código penal, adicionado con una amplia Exposición de Motivos, en la cual explicaba a los miembros del Poder Ejecutivo de este tiempo, toda la concepción que sobre el papel del Código él imprimió en su proyecto, sus ideas sobre nuevas instituciones y doctrinas que en materia de sanciones (penas) sostenía.

Siendo el gestor indiscutible del Código Penal de 1918, es imperativo examinar el anteproyecto por él presentado en 1910, sobre todo en cuanto

a las innovaciones que en materia de sanciones introducía a nuestro derecho penal.

B) JOSE ASTUA AGUILAR Y SU ANTEPROYECTO DE 1910.

1.—*Línea Doctrinal del Autor:*

En las primeras páginas de la Exposición de Motivos en su anteproyecto, José Astúa se define a sí mismo como un *ecléptico* en la concepción dogmática del Derecho Penal,⁽¹⁾ ⁽²⁾ en relación con la pugna doctrinal sostenida por las Escuelas Clásica y Positivista.

Acorde con esta posición, al igual que los clásicos, creyó en la doble función que debe cumplir la pena en la sociedad, *primero* como el remedio contra la criminalidad, ya que siendo la pena una expectativa de sanción a los infractores, se evita así la mayor parte de la criminalidad (la pena como amenaza de sanción), dado que suprime la intención que se tuviere de cometer un delito y, *segundo* como justo castigo contra aquellos que violan las normas de convivencia dadas por el Derecho, no obstante la prevención expresa que implica la pena, revelando así un desajuste en su comportamiento para con los demás miembros de la sociedad que hace tener como peligrosa a una persona, a la vez que se trata de reintegrar al transgresor, sometiéndolo a un régimen de regeneración que está implícito en la pena.

Encontramos estas ideas cuando, a la hora de referirse al tema de los establecimientos penitenciarios, Astúa expresó: "No se oculta al Señor Ministro que la prisión penitenciaria, llámese como se quiera en cada lugar ó momento, es la base de todos los sistemas punitivos, á partir del día en que el espíritu científico vino a sustituir las tradiciones del antiguo derecho, porque ella en verdad es la sola institución que pueda responder a la doble finalidad represiva y correctiva de la pena".⁽³⁾ (Nota: La cursiva siempre será nuestra).

Más adelante, Astúa reafirma este concepto el expresarse así de la primera parte de su Anteproyecto:

"El proyecto consigna en su Libro Primero, bajo el apígrafe de "Disposiciones Generales", el conjunto de principios y reglas necesarias para la caracterización de las lesiones imputables y los medios de punición correspondientes á la diversidad de los hechos, para determinar el grado en que ellos han de aplicarse según la índole del sujeto, las circunstancias del atentado y la naturaleza del daño, y para obtener un funcionamiento de las leyes

(1) ASTUA, José. Ob. cit. páginas II y III.

(2) La Escuela ecléptica fue llamada "Terza Scuola o del positivismo crítico... La misma pretende hacer una síntesis entre la Escuela Clásica y la Positivista. De la Clásica toma el lugar preminente que debe tener el Derecho Penal, que el positivismo negaba y la creencia intimante de la pena desde el punto de vista general". CASTILLO, Francisco. Lecciones de Derecho Penal General (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica 1978, sin publicar, página 28).

(3) ASTUA, José. Ob. cit., página VII.

(4) *Ibidem*. Páginas XIV y XVI.

orientado hacia la efectiva defensa del cuerpo social contra el fenómeno disolvente de la delincuencia sin excesos del poder público contra la Libertad de los ciudadanos, ni olvido de la alta finalidad moral de la pena".⁽⁴⁾

Astúa se hace eco de una de las críticas más duras que la doctrina le hace a la Escuela Positivista: propugnar la eliminación de la máxima garantía que para el reo creó la Escuela Clásica, el Principio de Legalidad en el Derecho Penal. Aquí se muestra el punto de equilibrio en el pensamiento de Astúa, se puede llegar a la efectiva defensa de la sociedad mediante fuertes medidas contra el infractor, pero sin caer en los excesos que la escuela positivista llegó a considerar "legítimos".⁽⁵⁾

Dentro de este marco conceptual del postulado de la pena como castigo contra el infractor, cabe citar otro aparte de la Exposición de Motivos, en la cual el Lic. Astúa se refirió así del Instituto de la Extradición:

"... es un medio complementario del poder de la justicia doméstica, que libra del país de quién se demanda del peligro de asimilar malsanos componentes de su población, y posibilita al Estado que la reclama el ejercicio del enjuiciamiento y castigo de los malhechores, á pesar de la fuga".⁽⁶⁾

Como los clásicos, Astúa creyó en la severidad de las sanciones como un medio práctico y eficaz para prevenir la delincuencia, tomó a la pena como la "panacea" contra el fenómeno del delito, así lo deja entrever en el momento en que se refirió a la penalidad de las faltas en su proyecto:

"... con un criterio de severidad inspirado en las consideraciones, de que los delincuentes profesionales llegan de ordinario á serlo, precisamente por falta de energía de la Ley para detenerlos en su perversa inclinación, cuando comienzan a ensayarla en la pequeña delincuencia".⁽⁷⁾

A través de los párrafos que hemos citado, se delinea un concepto que uno de los más destacados positivistas concibió, la idea del "Criminal Nato", el principal aporte que César LOMBROSO hizo al derecho penal y la Criminología; el individuo lleva en su mismo las causas que lo inducen a delinquir, instintos, tendencias anormales, malformaciones congénitas.⁽⁸⁾

(5) "El Derecho Penal, en el pensamiento de la escuela clásica, y principalmente el principio de legalidad, se convirtieron en la Carta Magna del reo, en el sentido de que protegían la libertad individual considerada en abstracto. La escuela positiva, posterior y antagónica de la clásica, reaccionó violentamente ante esta situación. Nadie mejor que Rafael GAROFALO expresa esta reacción al escribir: "a los ojos del pueblo, los códigos, el procedimiento y el poder judicial mismo parecen ponerse de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, antes que la sociedad contra el criminal". CASTILLO, Francisco. Ob. cit. páginas 5 y 6.

(6) ASTUA, José. Ob. cit. páginas XXX y XXXI.

(7) *Ibidem*. Página XC.

(8) "Como la positivista, la "Terza Scuola" creyó en el determinismo del criminal y en la reforma social como un medio preventivo que el Estado debe realizar, para luchar efectivamente contra el delito". CASTILLO, Francisco. Ob. Cit. p. 29.

Dentro de este sistema ecléptico en que se desarrolla el proyecto, se presenta el concepto positivista del *criminal nato* lombrosiano explícitamente desarrollado en la parte general como en la especial, tanto que Astúa, al momento de explicar en su Exposición de Motivos el por qué se muestra partidario de la doctrina de la Personalidad de la Ley (o poder extensivo de la jurisdicción del Estado) expresó:

“... alimentada por la consideración de que perseguir á los malhechores no es asunto de conveniencia localizada por las fronteras internacionales, sino una empresa que todos los pueblos deben colaborar con solidaridad de sentimientos y esfuerzos, puesto que ni el delincuente deja de serlo, ni el peligro que entrañan sus brutales instintos ó perversidad, desaparecen por la variación de domicilio o residencia; de consiguiente, que es preciso sustentar por más humana y eficaz para la moralidad y la justicia, la teoría que arma la autoridad de cada Estado no sólo contra el sujeto de un delito ocurrido en sus dominios, sino también contra el que huyendo de las persecuciones del en que hizo sentir su maldad se traslade en busca de asilo é impunidad y quizá de nuevo teatro para sus proesas”.⁽⁹⁾

Otro concepto importante que aparece tácitamente aplicado en el proyecto es el de *temibilidad*, tal como lo entendía su creador, el positivista Garófalo: “Se debe a Garófalo la definición del criterio de punibilidad de la escuela positivista... Por Temibilidad Garófalo entiende la cantidad de peligro efectivo para la sociedad que encierra cada delincuente. Es conforme a ese criterio que debe medirse la reacción judicial”.⁽¹⁰⁾

Dentro de este esquema desarrollado, no cabe destacar (en cuanto a nuestro tema interesa) ningún otro aspecto de la concepción que el Lic. Astúa Aguilar sostuvo sobre la sanción, pasando ahora a examinar la aplicación de lo ya examinado en el cuerpo normativo que se planeaba.

2.—Establecimiento y graduación de las penas:

Para establecer y graduar las penas, Astúa recurrió a una ficción propia de la escuela clásica, el llamado “algebrismo jurídico”. A cada sanción planteada por el proyecto se le dividió en seis grados, a efecto de disminuir la discrecionalidad del juez a la hora de aplicar la sanción al infractor, así como evitar esta discrecionalidad a la hora de aumentar o disminuir la pena de cada tipo de acuerdo con las circunstancias agravantes o atenuantes del hecho; aspecto que recibía el rango de postulado para los clásicos.

Ejemplo de este modo de graduar la sanción es la denominada “Pena de Presidio Temporal”:

GRADO	DURACION
1º	de 6 a 9 años
2º	de 9 años 1 día a 12 años.
3º	de 12 años 1 día a 15 años.
4º	de 15 años 1 día a 18 años.
5º	de 18 años 1 día a 21 años.
6º	de 21 años 1 día a 24 años.

Astúa, en la parte final de su Exposición de Motivos, expresa la intención de no adoptar este sistema de grados y escalas y seguir el que se utiliza en nuestro Código Penal vigente, el cual consiste en la enumeración directa y expresa de la duración de la sanción al infractor, tanto en sus límites máximo como mínimo, pero, y así lo confiesa, desconfió en la adaptación del sistema en la mente del medio forense del país, prefiriendo continuar con este sistema heredado de los ancestrales códigos penales españoles, aunque ya se le tenía como anacrónico y en desuso en la mayoría de los sistemas penales del resto del mundo. A mi parecer es definitivamente más expreso y claro el sistema actual, ya que, siguiendo el ejemplo de que se quiera conocer por parte de la generalidad de las personas qué sanción existe para quién dé muerte a un ser humano, es más comprensible expresar la sanción así: “Quién haya dado muerte a una persona será penado con prisión de ocho a quince años”⁽¹¹⁾ que si dice “será penado con presidio temporal en sus grados primero a tercero”, lo que facilita enormemente la comprensión de la extensión de la pena que la generalidad de las personas no tendría si se expresara en grados, ayudando así al carácter íntimamente y de prevención que debe tener la pena, siguiendo la concepción que previamente se fijó Astúa sobre este punto.⁽¹²⁾

C) SISTEMAS DE SANCIONES EN EL ANTEPROYECTO

Partiendo desde el valor *libertad individual*, las sanciones que se establecían eran de dos clases:

1.—*Penas Privativas de Libertad*: mediante ellas, el condenado perdía por completo su libertad, o sufría restricciones importantes en la misma, siendo recluso en un establecimiento estatal o, como en el caso de la pena de confinamiento; recluso en un lugar habitado del país durante el transcurso de la condena.

(11) Código Penal de Costa Rica, 1970. Artículo 111.

(12) Vid. nota 3).

(9) ASTUA, Ob. Cit. páginas XX y XXL.

(10) CASTILLO, Francisco. Ob. Cit. páginas 24 y 25.

2.—*Penas No Privativas de Libertad*: la sanción no privativa de libertad se hacía pesar contra algún derecho que tuviera el condenado, fuera patrimonial (como el caso de la multa) o de goce de algún derecho (por ejemplo la pena de inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos).

Un punto que llama la atención en cuanto a la sanción, era el contemplado en el artículo 76 del proyecto que expresaba: "Las penas son principales y accesorias las primeras constituyen la esencia de la punición en cada caso, *las segundas son su consecuencia y complemento*, de pleno derecho".

De este artículo se desprende que no existía una única sanción para un hecho ilícito, se establece aquí una multiplicidad de sanción para un único hecho que parece no encajar con los principios básicos de justicia en materia penal, la última frase de este artículo "las segundas son su consecuencia y complemento, de pleno derecho" justifican el no aplicar el postulado de "nos bis in idem" en cuanto a sanción de un hecho punible.

En el proyecto cada pena principal tenía expresamente establecidas sus penas accesorias, como era el caso de las penas de prisión y extrañamiento en sus grados cuarto, quinto y sexto, que tenían como "complemento": 1) Inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de derechos políticos y cargos y oficios públicos; 2) inhabilitación durante la condena para el ejercicio de profesiones titulares y, 3) la pena denominada "Sujeción a vigilancia de las autoridades", en sus grados primero a tercero.

A la hora de establecer las sanciones, Astúa dividió las infracciones en dos grandes núcleos, apartándose de su antecesor, el Código de 1880, que sostenía la división tripartita de las infracciones en crímenes, delitos y faltas, división de origen francés que pasara a España, de donde toman su estructura nuestro Código Penal de 1880 y su antecesor de 1841. Esta nueva división es más moderna y práctica comprendiendo en ella a los *delitos* y a las *faltas*, distinguiendo en esta última a las *faltas* como delitos de poca gravedad y la *contravenciones* como infracciones a los reglamentos de policía.

Las sanciones aplicables a los delitos eran:

1. Presidio por tiempo indeterminado, 2. presidio temporal, 3. la prisión, 4. el extrañamiento, 5. el confinamiento, 6. el destierro, 7. la inhabilitación absoluta o especial, perpetua o temporal, para el ejercicio de derechos políticos, cargos públicos u oficios públicos y profesiones titulares, 8. la suspensión de cargos u oficios públicos y profesiones titulares, 9. la caución y, 10. la multa mayor.

Las sanciones aplicables a las faltas eran:

1. El arresto y 2. la multa menor.

Como penas ACCESORIAS se establecían la relegación, la sujeción a vigilancia especial de las autoridades y el comiso.

3.—*Duración de las Penas:*

Su duración se estableció en los artículos 140 a 146 del proyecto de la siguiente manera:

- a. PRESIDIO POR TIEMPO INDETERMINADO Y RELEGACION: Duraban durante toda la vida del condenado, a menos de que obtuviera la gracia de la libertad condicional.
- b. INHABILITACION PERPETUA: Duraba durante el tiempo de vida del condenado, mientras que no se obtuviera la gracia de ser rehabilitado, ya sea esta pena impuesta como principal o como pena accesoria.
- c. PRESIDIO TEMPORAL: Se prolongaba de seis a veinticuatro años.
- d. PRISION, EXTRAÑAMIENTO, CONFINACION E INHABILITACION TEMPORAL: Su duración era de seis meses a cuatro años.
- e. ARRESTO: Su duración era de uno a ciento ochenta días.
- f. MULTA MAYOR: de trescientos sesenta y un colones a cuatro mil quinientos colones (¢ 361 a ¢ 4,500).
- g. MULTA MENOR: de dos a trescientos sesenta colones (¢ 2 a ¢ 360).
- i. CUANTIA DE LA CAUCION: en *delitos* no más de nueve mil colones ni menos de trescientos sesenta y un colones, en *faltas*, no más de trescientos sesenta colones ni menos de sesenta colones.

4.—*Definición conceptual de cada pena:*

En la definición conceptual de cada pena el anteproyecto incurre en poca claridad que se manifiesta sobre todo entre las penas de prisión y presidio, así como establece injusticias graves que no concuerdan con los lineamientos previamente fijados que se supone sustenta las normas del código.

Se definía la pena de *presidio* como la detención del reo en recintos cerrados, que según la norma "deben destinarse al efecto". La pena de *prisión* implicaba la reclusión del condenado en una de las penitenciarías del Estado. Hecha esta diferencia conceptual, el anteproyecto, en su artículo 87, enunciaba: "Carácter genérico del presidio y la prisión: Las penas de presidio y prisión implican la reclusión del reo en los establecimientos destinados al efecto, y le imponen la obligación de someterse a la disciplina de los mismos, así como la de ocuparse en los trabajos en ellos adaptados, conforme a los reglamentos y lo preceptúen".

Si el régimen de prisión y el de la pena de presidio son tan similares, la pregunta es, ¿por qué primero separarlos conceptualmente y luego darles un "régimen genérico"?

La siguiente pena definida en el anteproyecto era la pena de *Extrañamiento*: consistiendo ella en la expulsión del reo del territorio de la República por el tiempo que determinare la condena.

Esta pena podía ser impuesta tanto a los nacionales como a los extranjeros, pena que actualmente es prohibida aplicarla a los nacionales según el artículo 32 de la Constitución Política vigente desde 1949, el cual expresa: "Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional" y que es establecida por el Código Penal vigente (1970) en su artículo 52 que dice a la letra: "*Extrañamiento*, artículo 52. La pena de extrañamiento, aplicable únicamente a los extranjeros, consiste en la expulsión del territorio de la República, con la prohibición de regresar a él, durante el tiempo de la condena. Se extiende de seis meses a diez años".

La pena de *confinamiento* consistía en la reclusión del reo en algún lugar habitado del país, con la prohibición absoluta de salir de él, pero en donde es absolutamente libre.

Varias condiciones establecía el artículo 115 del proyecto a la hora de escoger el lugar en el cual se cumpliría la pena, estos eran:

"No podrán elegirse para el cumplimiento de esta pena, un pueblo que diste menos de cincuenta kilómetros de la cabecera del cantón donde el delito hubiere ocurrido, del domicilio del reo ó vecindario ó residencia del ofendido en la fecha del delito".

La pena de *inhabilitación para ejercer derechos políticos* privaba al reo del ejercicio del voto, el de ser elegido para cargos públicos dependientes del sufragio popular, así como de continuar en su ejercicio si ya fuere funcionario y "envuelve la caducidad de cualquier otro título honorífico o premio concedidos al penado por el Poder Legislativo, de conformidad con el inciso 73 de la Constitución Política". (nota: se refiere a la Constitución Política promulgada en 1871).

Por la pena de *inhabilitación para ejercer cargos u oficios públicos* se incapacitaba al reo para el ejercicio de cargos y oficios públicos, así como para todo empleo, oficio, función o servicio público conferidos mediante elecciones populares o nombramientos de cualquiera de los Poderes del Estado, o de los Gobiernos Locales o de las instituciones sometidas a la tutela del Estado o de las Municipalidades, y le priva de todos los honores, emolumentos y prerrogativas de que gozare el condenado en virtud de dichos cargos u oficios y, según este artículo (120) "... *le priva además del derecho de obtener pensiones ó jubilaciones por los empleos servidos con anterioridad*, y también le priva de la capacidad de ejercer el cargo de tutor, ó curador, salvo que deba hacerlo de sus descendientes, del de administrador de bienes de un insolvente o de una quiebra y del depositario judicial ó perito".

En esta norma falla el presupuesto dado por Astúa al concebir la pena como un medio de regeneración del infractor, porque al suprimirle un derecho tan difícil de obtener como lo es el de la jubilación, se le cierra a un individuo prácticamente el camino de su subsistencia y la de su familia, dado que para obtener el derecho a una pensión necesitó de sus mejores 20 o 30 años de su vida útil como trabajador, y tal vez por un momento

de irracionalidad, pierde definitivamente este beneficio, lo que coloca al infractor en una posición difícil, sobre todo si su edad ya no le permite trabajar y, recuperar nuevamente este beneficio es casi imposible, lo que viene a crear una situación de penuria económica tanto al infractor como a su familia que puede volcarse con posterioridad en mayores problemas de criminalidad como escape a esta penuria económica a mi criterio innecesariamente causada.

Inhabilitación para ejercer Profesiones Liberales: mediante esta pena se inhabilitaba al reo para ejercer las profesiones que requerían de títulos y/o licencia expedida por alguno de los órganos del Estado o por las facultades por él establecidas, como por ejemplo los títulos de médico, abogado, farmacéuticos, etc.

El anteproyecto hacía la distinción entre lo que era la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial, en estos términos: "Siempre que la ley indique ó emplee indeterminadamente la expresión de inhabilitación absoluta debe estimarse que implica la incapacidad del reo para el ejercicio de los derechos políticos, cargos ú oficios públicos y profesiones titulares. Si nada más es especial, sin ningún otro complemento explicativo debe entenderse que es para cargos y oficios públicos que el culpable ejercitare".

Otra de las sanciones aplicable a los delitos era la *suspensión* de los cargos, oficios públicos o profesionales titulares citadas anteriormente, inhabilitaba al reo para su ejercicio, privándolo además de los sueldos que gozare como funcionario del Estado pero tan solo durante el tiempo de la condena, cumplida esta recobraría su capacidad y con ella, según este artículo "... los empleos que conforme a la ley tuvieren un período fijo, que no hubiere transcurrido".

"*La suspensión meramente preventiva trae consigo como consecuencia inmediata la privación durante ella del sueldo del presunto reo, pero éste tendrá derecho a que se le reconozca la mitad*, en caso de pronunciarse sentencia absolutoria, si se tratare de uno de los empleos de duración fija a que se acaba de hacer referencia".

Esta pena (presuntamente preventiva), constituye en sí misma una sanción sin el debido pronunciamiento jurisdiccional, operando en forma automática para todos los "presuntos reos", siendo tal vez en muchos casos todavía económicamente más onerosa que las sanciones de Multa Mayor o Menor, no pudiéndose conciliar de ninguna forma este aparte del artículo 123 del proyecto con el principio general defendido desde su creación por la escuela clásica de que a ninguna persona se le hará sufrir pena alguna sin la existencia comprobada de un delito.

Otra sanción establecida era la *caución*: "La pena de caución pone en necesidad de presentar fiador abonado de que no ejecutará el mal que se trata de precaver, con la obligación para éste de pagar al Estado, si llegare a causar daño, la cantidad que el Tribunal haya fijado".

La última pena principal que el proyecto establecía era la pena de *Multa*, que consistía en pagar, a favor del Estado, una cierta suma de dinero la cual se fijaba en la Sentencia. Era definida como Mayor, aplicable a los delitos, y Menor aplicable a las faltas.

La penalidad asignada a las *faltas* (faltas propiamente dichas y contravenciones) era el siguiente:

Arresto: a través del arresto, el reo perdía la libertad por un lapso no muy dilatado de tiempo (de uno a ciento ochenta días); el cual, según el artículo 98 del proyecto "se descontará en la cárcel del domicilio del delincuente, y a falta de ella, en la cárcel de la capital de la provincia respectiva. Podrá también descontarse en trabajo personal en obra pública, si el penado rindiere garantía de prestarlo en las condiciones que los reglamentos determinen, la sustitución del arresto por el de trabajo, sólo procederá cuando así lo disponga el juzgador, habida cuenta de la índole del penado, y en tal caso el número de días de trabajo será igual al número de días del arresto".

Esta pena de arresto era la punición privativa de libertad a nivel de faltas; la *multa menor*, era la pena no privativa de libertad en las faltas, cuyo importe era de dos a trescientos colones.

PENAS ACCESORIAS:

Diversas penas accesorias disponía el proyecto aplicables "de pleno derecho" a los infractores. Tal vez la pena más interesante de este código era de este tipo, la cual se denominaba *pena de relegación*.

Esta sanción consistía en la reclusión del reo en una colonia agrícola, siendo una manera de separar al infractor de la sociedad, en consideración a sus tendencias peligrosas; su duración era indeterminada, siendo en algunos casos extraordinarios impuesta como pena accesoria al presidio temporal, con lo cual duraba tanto como la condena principal. En la colonia penal o de relegación se buscaba la readaptación del reo a través del trabajo, añadiendo una serie de medidas tendientes a la efectiva reincorporación del reo a la sociedad.

El Lic. Astúa incluyó en el proyecto una serie de requisitos para escoger lugar en el cual se debía recluir a los condenados a la pena de relegación, así como los lineamientos generales para organizar estas colonias de relegados:

"Debe elegirse para colonia de relegados una isla ú otro sitio ó paraje lejano en donde sea posible evitar las invasiones y disponga de suficiente extensión de tierra laborable, debiendo acatarse en su organización los siguientes principios:

1.—Durante el primer año, vivirán los relegados sujetos al mismo régimen del presidio.

2.—Transcurrido este lapso, los penados que hubieren observado buena conducta podrán vivir como simples colonos, sometidos tan solo a la vigilancia y poder correctivo de la administración y con derecho a cultivar para sí una porción de suelo que no exceda de 25 hectáreas.

3.—A los reos que al cabo de tres años hayan persistido en su buena conducta, *harán suya el área cultivada*, y si a juicio de la administración,

poseyeren recursos para alojar y mantener a su esposa e hijos, *tendrán derecho para obtener su traslado a la colonia, siendo los gastos de viaje de cuenta del Estado*.

4.—El inmueble así adquirido, salvo lo dicho en el siguiente inciso, sólo es transmisible por vía de la herencia y no puede ser perseguido por los acreedores del penado.

5.—Los relegados que obtuvieren el beneficio de la libertad condicional, recibirán del Estado una indemnización equivalente al setenta y cinco por ciento del valor de la propiedad, si en virtud de la liberación decidieren abandonar la colonia, debiendo sumarse dicha tierra a la extensión distribible conforme al inciso segundo de este artículo. En caso del fallecimiento de un relegado, la indemnización indicada se hará a sus herederos, si éstos no decidieren continuar en la tendencia y cultivo de la finca".

El trasfondo doctrinal de esta pena es importante de destacar; un reo considerando peligroso es relegado en una colonia agrícola, si su conducta es buena, se le hace propietario de una porción de tierra, donde podrá obtener su subsistencia y la oportunidad de traer consigo a su familia, teniendo así *propiedad, familia* y medios para *subsistir*, elementos que la mayoría de los pensadores de la humanidad consideran indispensables para la *libertad* del hombre, que, como en el caso de relegado, terminará con su regeneración y con ella su libertad en la sociedad.

En las conclusiones de este trabajo veremos el destino final que sufriera esta pena.

Otra sanción aplicable como accesoria (según la clasificación del proyecto) a toda pena que se impusiera era *el comiso*, que implicaba la pérdida de los objetos que provengan del delito y de los instrumentos con que se hubiere cometido, salvo que pertenezcan a una tercera persona "no culpable" según el código. Caso extraordinario era cuando los objetos decomisados fueren de uso prohibido o de comercio ilícito, en cuyo caso el Tribunal que conocía de la causa podía declarar el comiso aunque no llegare a declarar la existencia del delito y aunque pertenecieran al acusado, más siguiendo una medida de prevención que una pena propiamente dicha.

Sujeción del condenado a vigilancia especial de las autoridades, a través de esta pena se intentaba suprimir las condiciones externas en las cuales se había producido la infracción, evitando así la reincidencia del condenado, estipulando varios requisitos a cumplir:

"1.—Se abtendrá de presentarse en los establecimientos ó lugares que el fallo indique, y que el Tribunal fijará, atendiendo a los móviles del delito, a las tendencias viciosas que el delincuente hubiere revelado y, en general, al propósito de apartado de los sitios donde sea peligroso y de las ocasiones que puedan inducirlo a la reincidencia.

2.—Declarará al Director del Establecimiento Penal donde se encontrare y antes de ser puesto en libertad, cual va a ser el lugar de su residencia, y dentro de las 24 horas siguientes a su llegada a éste, expondrá a la autoridad respectiva su voluntad de permanecer allí el sitio de su morada y la ocupación a que va a dedicarse para sus necesidades.

3.—Pondrá en conocimiento de dicho funcionario cualquier variación de morada.

4.—Se presentará en su oficina en los términos y para el objeto indicado en el artículo 118. (firmar un libro de actas haciendo constar su presencia en el sitio elegido para cumplir con la pena, según el inciso 2 de este artículo).

5.—Si cambiare de vecindario, cumplirá con la Autoridad del lugar donde se traslade, las formalidades consignadas en los incisos 2, 3, y 4 del artículo 118.

6.—Si no tuviere bienes propios y conocidos para su subsistencia, adoptará algún arte, oficio o profesión”.

Este era el sistema de sanciones que el anteproyecto del Lic. Astúa Aguilar contemplaba. Siguiendo su propio criterio, se pueden definir las sanciones desde el punto de vista de sus efectos, así:

- I) *Penas Privativas de Libertad*: Eran el arresto, presidio, prisión y la relegación.
- II) *Penas de Interdicción de Lugar*: Eran las penas de confinamiento, destierro y extrañamiento.
- III) *Penas de Interdicción de Derechos*: Era la inhabilitación en cualquiera de sus formas, la suspensión de facultades o cargos y la sujeción a vigilancia especial de las autoridades.

D) INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN EL PROYECTO EN RELACION CON LA SANCION.

Varias innovaciones de carácter positivo se introdujeron a raíz del anteproyecto, siendo tal vez la más importante la *GENESIS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE*.

Esta medida creada por los positivistas se enunciaba en el anteproyecto de 1910 en el artículo 191, el cual establecía “*Prolongación de la pena*: Las penas de presidio temporal y prisión implican la posibilidad de retención del reo en el establecimiento por un tiempo igual a la cuarta parte del fijado en la sentencia, que se decretará cuando en la segunda mitad de su condena hubiere observado notable mala conducta, ya en hábitos perversos, ya resistiéndose al trabajo ó incurriendo en graves faltas de disciplina.

Si dicha cuarta parte no cupiere en el máximo de Ley, la retención solo comprenderá el tiempo que lo Complete”.

A través de esta norma se podía aumentar el tiempo de reclusión del reo fundamentada en la inadaptación y peligrosidad que el reo mostrara en el último cuarto del tiempo de su reclusión, rompiendo con la concepción clásica que sostenía la seguridad de la invariabilidad del término que la condena contenía en la Sentencia pronunciada por el Tribunal que juzgó la causa.

Este concepto de ampliación de la pena se verá también presente, con ligeras variantes, en el Código Penal de 1924, alcanzando su máximo desarrollo en los Códigos Penales de 1941 y 1970, ya con el nombre de Medidas de Seguridad.

En la actualidad, esta prolongación de la pena ha dado en llamarse “derecho de retención del reo”, nombre que fue tomado de Astúa Aguilar, y es contemplado en el Título VI, Sección I artículo 98 del código penal vigente: “MEDIDAS DE SEGURIDAD, Aplicación Obligatoria, Artículo 98: Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad (...) 4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo”.

Otra de los aciertos del Código Astúa (como se le conoce en honor de su creador, don José Astúa), fue la de incluir, con muy ligeras variantes, la Ley de Suspensión de penas de 1909, promulgada por la Administración de don Cleto González Víquez, siendo definida por el anteproyecto de la siguiente manera: “La condena condicional ó con aplazamiento consiste en la imputación del acto ú omisión punible con la aplicación de la pena correspondiente, pero decretándose al propio tiempo la suspensión de ésta”.

Este beneficio no procedía contra los reincidentes, ni cuando, siendo el delincuente primario, en él se dieran las siguientes condiciones: a) que sus antecedentes le muestren como una persona inmoral o de dudosa moralidad, b) que no sea la persona un reconocido vago o desocupado, o un hebrío habitual, o un sujeto de índole peligrosa, todo esto a libre apreciación del Juez o Tribunal que conoce de la causa, c) que el reo no sea declarado rebelde o ausente en el respectivo proceso, d) que la condena consista en prisión, extrañamiento, confinamiento, inhabilitación temporal en sus grados primero a tercero, o en arresto, destierro, caución o multa mayor o menor en cualquiera de sus grados, e) tampoco procedía si el delito cometido era el de Homicidio con circunstancias agravantes, o fuera cometido a través de desastres, incendios, hundimientos de barcos, o delitos relacionados con la ayuda y el ejercicio de la prostitución, o cuando fueran robos, estafas o cualquier delito contra la humanidad, tampoco procedía por el delito de piratería y f) tampoco procedía el decretar la suspensión si el delito era cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. La última característica que es valiosa destacar de la suspensión de la pena es que era un beneficio único, es decir, no procedía contra los reincidentes.

Otra de las innovaciones de Astúa fue el establecer, también por primera vez en Costa Rica, la institución penal de la *LIBERTAD CONDICIONAL*, definida en el artículo 183 del proyecto: “El penado con presidio por tiempo indeterminado, que hubiere cumplido 20 años de condena y el penado por más de 3 años de presidio temporal ó prisión, que hubiere cumplido los dos tercios de la punición, obtendrán la libertad por resolución judicial, si el libro de registro de la prisión y los informes del Consejo de la misma, apareciere que ha observado con regularidad los reglamentos penales, que su conducta por lo demás ha sido buena y que debe estimársele corregido en sus tendencias criminales ó hábitos perversos”.

Dentro de este marco de nueva orientación del derecho penal, se eliminaron las causales taxativas de las circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de un delito, dejando una serie de principios generales que a discreción del juez tenían que ser aplicados o no; era definido este principio como "Apreciación de las circunstancias: Los Tribunales apreciarán y fijarán según su criterio cualesquiera circunstancias atenuantes o agravantes características del hecho imputado, aunque no se hallen especialmente consignadas en los principios anteriores expresados en los anteriores dos artículos, pero deberán establecer concretamente sus fundamentos y determinar su importancia con todos los datos y razones del caso".

Ya dentro del ámbito de los delitos, estableció por primera vez el tipo penal del Encubrimiento, separándolo como modo específico de delinquir, no como un modo de participación criminal.

Estas fueron las principales innovaciones que se encuentran en la labor desarrollada por Astúa en su código, se quedan diversos temas en cuanto a otros problemas dogmáticos del código, en cuanto al nuestro, la sanción y su concepción en nuestro derecho penal, estos fueron sus principales aportes.

E) PROMULGACION DEL CODIGO: 1918.

1.—Situación Política del país:

El 8 de mayo de 1914, tomó posesión de la Presidencia de la República el Licenciado Alfredo González Flores, en medio de gran agitación social y política, proveniente de la manera poco clara como el Congreso de la República había designado al Lic. González como Presidente, al haberse retirado los dos principales candidatos a la Presidencia, los señores Carlos Durán y el Lic. Rafael Iglesias Castro, tras no haber obtenido ninguno de los dos la mayoría exigida para ganar las elecciones, designándose al Lic. González como Presidente, en un acto que se consideró por muchos como contrario a la Constitución Política vigente.⁽¹³⁾

La convulsionada situación política tomaba más auge debido a la política fiscal que el Presidente Flores trataba de imprimir al país, que, como parece ser norma inmovible en nuestra historia, se encontraba en severa crisis fiscal, situaciones que no fueron del agrado de las clases económicamente dominantes del país y, el 27 de enero de 1917 su Secretario de Guerra (rango equivalente al de Ministro de Seguridad Pública en la actualidad), Federico Tinoco, asumió el poder a través de un Golpe de Estado.⁽¹⁴⁾

(13) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. Ob. Cit. página 139.

(14) "El descontento general y profundo que reinaba contra don Alfredo González se acentuó todavía más con la noticia que se trataba de reelegir o de imponer como sucesor suyo a uno de sus allegados. El Secretario de Guerra, Don Federico Tinoco, creía tener más derecho a la sucesión de González que los demás amigos de éste, por haber sido el principal autor de la combinación política que lo llevó al poder; pero habiendo descubierto que estaba descartado, se alzó en armas el 27 de enero de 1917 y, el movimiento fue recibido con beneplácito y secundado por la gran mayoría del país".
Ibidem. Página 140.

Estabilizada la situación política del país, Tinoco convertido en un Dictador disfrazado de Presidente de la República; en los primeros meses de 1918, el anteproyecto elaborado por Astúa en 1910 fue rápidamente discutido y promulgado como Ley sin efectuársele ninguna variante en cuanto a la estructura expuesta anteriormente en este trabajo.

La vigencia del Código fue muy corta, el 12 de agosto de 1919 cayó el gobierno del señor Tinoco a través de una revolución, y en su caída los vencedores emitieron una Ley con la cual se declaraban nulos todos los actos realizados por el Gobierno Tinoco, con lo cual el Código de 1918 sufrió una muerte fulminante y el viejo Código Penal de 1880 fue puesto otra vez a regir en esa materia, sin mediar en él ningún tipo de reforma.

Las experiencias de 1910 y 1918 no fueron desaprovechadas por José Astúa quién, para 1923, se encontraba redactando otra vez un nuevo proyecto, el cual vio la luz en 1924.

II. EL CODIGO PENAL DE 1924

ANTECEDENTES:

El 8 de mayo de 1920 tomó posesión como Presidente de la República el señor Julio Acosta García, quien fuera el jefe de la revolución que derrocara al gobierno de Tinoco.

Restablecido el orden constitucional, nuevamente se le encargó al Lic. Astúa la elaboración de otro proyecto de código penal, lo cual culminó en el año de 1923.⁽¹⁵⁾

Este nuevo proyecto fue promulgado como Ley en los primeros meses de 1924, siguiendo en sus lineamientos generales todo lo ya expuesto aquí, variando únicamente algunas partes del cuerpo normativo pero sin romper con la estructura del proyecto realizado en 1910, aunque cambiando algunos requisitos de la libertad condicional y de los regímenes de relegación y otros aspectos secundarios, el Código de 1924 es un indiscutible producto de la labor iniciada por Astúa en los primeros años de este siglo.

DIFERENCIAS CON EL CODIGO PENAL DE 1918:

En cuanto al sistema de sanciones establecidas, el código de 1924 copió casi literalmente el sistema planteado en 1918, incluyendo únicamente otra pena accesoria denominada "*Pena de Interdicción Civil*", la cual consistía, según el artículo 120 del Código en: "La pena de interdicción civil

(15) "Con fecha 11 de mayo de 1923 se envió al Congreso un Proyecto de código penal redactado en su totalidad por el licenciado José Astúa Aguilar, que no fue otra cosa que una revisión cuidadosa y pensada del Código Penal de 1918, que se mantuvo en vigencia por escasos meses de la Administración Tinoco, y que se había perdido en la nada con la publicación de la Ley de Nulidades de 1921. Con este nuevo proyecto que sometía el Licenciado Astúa Aguilar a consideración de la cámara legislativa, también fue una revisión sobre la base de un antiguo proyecto de 1910 preparado por el mismo Astúa Aguilar". GUIER, Jorge Enrique. *Historia del Derecho* (San José: Editorial Costa Rica. T. II. 1968, pág. 1200).

implica la incapacidad para administrar los bienes propios y para disponer de ellos por actos entre vivos, así como la pérdida de la patria potestad, durante el tiempo de la condena principal".

En cuanto al régimen de relegación, el artículo 93 establecía varias diferencias con lo expuesto, las cuales eran: 1º—se limitó el área de cultivo al reo en la cantidad de 20 hectáreas máximo; 2º—se rebajó el monto de la indemnización por parcela cultivada en un 20% del valor de la misma si el relegado decidiera no permanecer en la colonia agrícola; 3º—se incluyó un inciso que decía: "El relegado que se fugare del paraje de la colonia perderá por el mismo hecho la categoría adquirida en el régimen de ella y todo derecho sobre la parcela adquirida para su cultivo le hubiere sido adjudicada".

En cuanto a la *Libertad condicional*, se cambiaron los requisitos de su concesión, según el artículo 174, cabría "Al penado con relegación, después de cuatro años de sufrirla, el penado con presidio indeterminado, que hubiere cumplido quince años de condena, y el penado con presidio temporal o prisión, que hubiere descontado la mitad de la pena, obtendrán la libertad condicional, si se tuviere el convencimiento que debe estimársele corregido de sus tendencias criminales o hábitos perversos".

En cuanto a la *prolongación de pena*, de la que ya habíamos hecho referencia se eliminó la última frase del artículo 191 del proyecto de 1910, la cual expresaba: "Si dicha cuarta parte no cupiere en el máximo de Ley, la retención sólo comprenderá el tiempo que lo complete", rompiendo definitivamente con la concepción de la escuela clásica sobre la seguridad de los límites mínimo y máximo de la duración de la condena, aun cuando en 1918 el Código dejara establecido este límite del "máximun de Ley" que, tomando como ejemplo la pena de presidio temporal, su máximo sería de 24 años, y de este máximo no podía retenerse más tiempo al reo, en 1924 la norma se torna aún más severa, dado que ya no importa en nada el máximo previamente fijado en el Código para imponer el tiempo de retención al reo en el cual la eficacia "curativa" de la pena no hubiere operado.

Después de la puesta en vigencia del Código en 1924, múltiples reformas se le hicieron, tanto que el cuerpo normativo —como lo estudiáramos—, pierde toda su cohesión y, para 1940 es sustituido por otro nuevo Código Penal, de tendencia hacia la Escuela de Defensa Social, propugnada por el italiano Filipo Gramática, dado el total desorden que dichas reformas operaron en el Código Astúa de 1924.

CONCLUSION

Los Códigos Penales de 1918 y 1924 representan un importante aporte en la concepción dogmática que del Derecho Penal se ha sostenido en el curso de nuestra historia jurídica nacional pero, como señalamos en la Introducción, toda normativa jurídica necesita un ajuste necesario a las condiciones que vive la sociedad que ésta pretenda regular.

Las condiciones de que hemos hecho mención son de índole social, política, económica, culturales y hasta de discutibles conveniencias de momento y, dentro de esta multiplicidad de factores condicionantes fue que la reforma impulsada por el Lic. José Astúa Aguilar naufragó casi en su totalidad.

Una Costa Rica convulsionada por la I Guerra Mundial (1914-1918) que implicó el cierre casi total de los mercados consumidores de nuestro único producto de exportación de la época, el café; el Gobierno (poco comprendido por nuestros ciudadanos de la época) del Lic. Alfredo González Flores, el Golpe de Estado del señor Tinoco (1917-1919) y la Revolución que derrocara al Gobierno Tinoco (denominada "Revolución del Sapoá", 1919) nos indican que el país no estaba en capacidad material de hacer frente al gasto que representa el establecimiento de cárceles y penitenciarías para los condenados así como el acondicionamiento de las colonias agrícolas para el régimen de relegación y la inevitable burocracia que representa una estructura penal enteramente nueva. Posteriormente la crisis mundial de los años 30 y sus efectos en nuestra ya debilitada economía condujeron al fracaso la obra que en el plano dogmático impulsara Astúa, al cual no obstante se le debe el extraordinario giro en la concepción más humanista y moderna que a principios de este siglo tomara nuestro Derecho Penal.

Dentro del Código de 1924 se incluyó una norma que muestra el grado de comprensión que nuestros personajes del medio forense tenían del problema penitenciario, se trata del destino "final" de la pena de relegación, que a mi criterio era uno de los pilares de la reforma del sistema carcelario del país, el cual revela a mi juicio una hipocresía elevada al rango de norma jurídica, se trata del artículo 91 del Código el cual establecía: "El Poder Ejecutivo organizará las Colonias de Relegación que el Servicio Penal exige, eligiendo para ello islas u otros lugares despoblados y lejanos de los centros ordinarios de población, en donde se disponga de una suficiente extensión de tierra laborable. *Mientras dichas colonias se localizan y disponen con la dotación y requisitos enunciados en el artículo anterior, los condenados a relegación serán sometidos a riguroso confinamiento bajo el régimen militar e incapacitados con inhabilitación absoluta y perpetua y con interdicción civil*, en los parajes que el Poder Ejecutivo elija, donde serán ocupados en cualesquiera trabajos de pública utilidad con goce de salarios que el reglamento establezca".

Esta norma se convirtió en la autorización que el Poder Ejecutivo necesitaba para no intentar siquiera poner en práctica el régimen de relegación, el cual parecía por lo menos un interesante esfuerzo por atacar el problema de la criminalidad, revelando el poco interés que en el fondo nuestra sociedad demuestra (todavía hoy) hacia el problema penal, dejando muy limitados los alcances de la reforma penal y penitenciaria que el Lic. Astúa propugnó, siguiendo ésta, en el plano de la práctica, un incierto rumbo, rumbo que el tratamiento y prevención del problema social de la delincuencia conserva hasta nuestros días.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—GUIER, JORGE ENRIQUE: "*Historia del Derecho*". Tomo II. Editorial Costa Rica, San José, 1968.
- 2.—FERNANDEZ GUARDIA, RICARDO: "*Cartilla Histórica de Costa Rica*". Imprenta Lehmann S. A. Edición 1976, San José, Costa Rica.
- 3.—Código Penal de la República de Costa Rica, 1970.
Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, 1972.
- 4.—Código Penal de la República de Costa Rica, 1924.
Imprenta María V. de Lines. San José, Costa Rica.
- 5.—Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.
Anotada y concordada por el Lic. Carlos José Gutiérrez.
Equidad de Centroamérica S.A. San José, 1975.
- 6.—Código Penal de Costa Rica, 1880.
- 7.—JOSE, ASTUA AGUILAR. "*Proyecto de Código Penal*". Imprenta María V. de Lines. San José, 1910.
- 8.—CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO, "*Lecciones de Derecho Penal General*".
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1978 (sin publicar).
- 9.—Constitución Política de la República de Costa Rica, 1871.
Imprenta Nacional. San José, Costa Rica.

PRINCIPIOS BASICOS EN EL CAMPO DE LOS RIESGOS PROFESIONALES*

Lic. Abel Castro Hidalgo

Profesor de la Facultad
de Derecho.

* Impreso a mimeógrafo en el Suplemento del Boletín Informativo N° 233
Corte Suprema de Justicia, San José, (Costa Rica) 1976.

SUMARIO: Explicación; *sección primera*: doctrinas sobre la responsabilidad patronal; *sección segunda*: riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; *sección tercera*: la responsabilidad patronal; *sección cuarta*: la reparación de los riesgos profesionales.

EXPLICACION

En el año 1974, en que la Corte Suprema de Justicia y la Facultad de Derecho iniciaron los Cursos de Perfeccionamiento para Abogados y Jueces, me correspondió exponer, dentro del Curso de Derecho Laboral, la materia de Riesgos Profesionales, que es de gran importancia dentro de esa disciplina. A fin de que sirviera de base de estudio a los estimados colegas que tuvieron a bien asistir a mi curso. Escribí en forma resumida la exposición de los temas que fueron objeto del mismo, así como un comentario al proyecto de ley para reformar el Capítulo de Riesgos Profesionales del Código Laboral, presentado a la Asamblea Legislativa el año próximo pasado, el cual también fue materia de estudio y discusión. En las páginas siguientes se recoge esa exposición escrita, sin incluir el comentario al mencionado proyecto de ley, el cual podría merecer una publicación separada.

Hecha la anterior explicación resulta casi innecesario decir que, dadas las limitaciones del autor y el carácter especial del curso, lo que se consigna en esta exposición no constituye un compendio de los Riesgos Profesionales, el cual reclamaría desde luego mayor extensión, sino que es un examen de los principios básicos de nuestra legislación sobre esa materia, con los necesarios comentarios de carácter doctrinario y las correspondientes anotaciones de jurisprudencia.

LIC. ABEL CASTRO H.

SECCION PRIMERA

DOCTRINAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRONAL:

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA:

La preocupación por resolver el problema derivado de los accidentes de trabajo no vino a producirse sino en la época de la industrialización al presentarse esos accidentes en gran número, debido al empleo de las máquinas y a que los sistemas de mutualidad y beneficencia hasta entonces existentes fueron incapaces de dar solución a ese problema social. Desde luego no existían disposiciones legales que impusieran a los patronos la obligación de indemnizar a los obreros accidentados, pero ante la necesidad de encontrar una fórmula jurídica aplicable al respecto, los juristas acudieron a los principios de Derecho Civil. Surgió en primer término, la llamada doctrina de la responsabilidad subjetiva. Esta teoría tiene sus raíces en el Derecho Romano y, por fundamento último, los principios de la autonomía de la voluntad y del libre albedrío. El Código Civil Francés resumió la doctrina de la responsabilidad en el artículo 1382: "Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por cuya falta se produjo a la reparación". Como puede notarse este principio contiene el concepto de culpa en la frase "por cuya falta". El legislador costarricense del año 1888, siguiendo la doctrina francesa, consignó en el artículo 1045 del Código Civil un principio similar: "Todo aquél que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Dentro de este sistema la responsabilidad del empresario era ilusoria pues el obrero debía demostrar que el accidente sufrido por él se había producido por culpa del patrono y como se comprende esa situación solamente se da en muy contados casos. A ella alude el artículo 211 de nuestro Código de Trabajo al disponer que: "Si el riesgo profesional fuere causado por dolo, negligencia o imprudencia que constituya delito o cuasi delito atribuible al patrono, o falta inexcusable del mismo, la víctima o sus causahabientes podrán recurrir simultáneamente ante los Tribunales Comunes y ante los de Trabajo..." Para ilustrar la anterior conclusión acerca del desamparo en que quedaban las víctimas de los accidentes de trabajo, de acuerdo con la teoría comentada, es interesante transcribir una sentencia de la Corte de Casación de Francia dictada en el año 1867, en el caso de una trabajadora de lavandería que sufrió lesiones a consecuencia de la explosión de una caldera:

"CONSIDERANDO: Que en los términos del artículo 1383 del Código Civil cada persona es responsable del daño que causa no solamente por su hecho sino también por su negligencia o imprudencia; resulta al mismo tiempo de lo dispuesto por el artículo 1382 del mismo Código, que su hecho no le obliga a la reparación sino cuando el daño ha advenido por su culpa; de tal manera que la existencia de una falta legalmente imputable constituye una de las condiciones esenciales de la acción de responsabilidad; que, en consecuencia, quien se pretende lesionado por un delito o cuasidelito, en su calidad de demandante, está obligado a justificar dicha falta, que en ausencia de esa prueba, su demanda no queda probada y debe rechazarse, sin que el demandado tenga que probar el hecho sobre el cual fundó una excepción de absolución".

"CONSIDERANDO: Que en el caso, como en la especie, en que se trata de la explosión de una caldera de vapor y aún cuando esta explosión se relacione con un hecho actual del propietario o de sus agentes, quien demanda la reparación del daño que ha sufrido debe probar, además de la existencia del accidente, la falta que impute al propietario, como origen de su responsabilidad; que semejante acontecimiento, que puede ser resultado de un caso fortuito o de fuerza mayor, no implica necesariamente, la falta o negligencia del demandado; que en consecuencia, al absolver de la demanda... la sentencia recurrida no ha violado ninguna ley..."

TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Esta teoría se basa en que la relación contractual crea una serie de vínculos y obligaciones mutuos entre el patrono y el obrero, y así como éste tiene que trabajar y someterse a la disciplina laboral de aquél, al empresario le corresponde, entre otros deberes, el de velar por la integridad del trabajador y la obligación de restituir al trabajador tan válido como lo recibió, de modo que si no lo hace así porque éste sufre un accidente, falta a sus obligaciones y debe una reparación, a menos que pruebe que ninguna falta le es imputable. Esta doctrina ampliaba un poco el campo de los accidentes indemnizables, en cuanto la responsabilidad del patrono no era determinada solamente por su culpabilidad, pero no significó una solución total al problema, ya que quedaban fuera de su ámbito los infortunios producidos por ausencia de toda culpabilidad del empresario y debidos a un caso fortuito. Por otro lado, partía del concepto de que la relación laboral es un contrato de arrendamiento, concepto desde luego inaceptable, porque el hombre mismo no puede darse en arrendamiento; el objeto del contrato no es la persona humana, sino la energía del trabajo. Además, si la responsabilidad patronal tuviera como fuente el contrato, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, habría sido factible a los patronos exonerarse de dicha responsabilidad mediante una cláusula liberatoria. Por todas esas razones la teoría de comentario no fue prohijada por la jurisprudencia y se abandonó.

DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Como puede comprenderse, los estudiosos del Derecho buscaron una nueva fórmula que si pudiera significar una verdadera protección a los obreros que sufrieran infortunios del trabajo: surgió la doctrina de la responsabilidad objetiva. Se cita como primer pilar de la misma una sentencia belga dictada en el año 1871 en el caso de una caldera que estalló produciendo la muerte de varias personas. El Tribunal se pronunció en los siguientes términos: "Resulta del artículo 1384 del Código Civil que el propietario que tiene bajo su guarda una cosa, aún inanimada, es responsable del daño causado por el hecho de la cosa. Si se penetra en el espíritu de esta disposición, se adquiere la convicción de que esta responsabilidad nace desde el instante en que, por el solo hecho de la cosa, resulta un perjuicio; pues es, en efecto, natural y lógico, que el propietario de la cosa, sobre la cual tiene el derecho y el deber de vigilancia y dirección se presume legalmente en culpa, desde el instante en que la cosa cause un perjuicio..."

Saleilles, que fue el principal defensor de esta doctrina, explica de la siguiente manera la aparición de la misma: "En la teoría de la culpa, teoría clásica, debía haber falta productora del accidente, y debía probarla el obrero, prueba por lo general imposible. El obrero había de indicar lo que el patrono debía haber hecho para evitar el accidente. Esto era injusto para los trabajadores, a quienes se les imponía una prueba imposible, y que por no poderla efectuar, quedaban entregados a los benévolos auxilios que quisiera proporcionarles el patrono. Y era injusto también para los patronos en razón de la aprehensión de la falta más leve que se hacía pesar sobre el conjunto de su actividad industrial, y que sin dificultades de la prueba habría bastado para paralizar todas sus iniciativas. Poco a poco fue advirtiéndose la injusticia evidente del resultado de este sistema, sobre todo desde el punto de vista del obrero. De hecho, la irresponsabilidad patronal, era casi universal. Entonces surgió en la jurisprudencia un movimiento nuevo. La idea de falta no desaparece; antes al contrario queda; pero no es ya la falta personal ajena al accidente lo que se investiga y se quiere presentar como anillo inicial de una serie de eslabones, cuyo término es el accidente de trabajo. Todo esto es un problema insoluble, una investigación inútil. La jurisprudencia se fijará en una falta exterior, indicada en la materialidad del hecho, una falta que ha de convertirse en objetiva, como si se tratase de un delito penal. En otros términos, la jurisprudencia va a apoyarse en los caracteres exteriores del hecho para deducir la responsabilidad del patrono, sin averiguar si en el fondo o en la realidad se ha cometido verdaderamente una falta, si se ha podido conocer la causa de que provino el accidente e impedir que ocurriera y sobre todo si el hecho exterior que se censura en el patrono se relaciona de algún modo con el accidente ocurrido y si, suponiendo adoptadas las precauciones cuya omisión se le imputa, se habría evitado aquél. Esta transformación de la idea de falta en una falta que se objetiva en cierto modo, que encarna en un

hecho exterior sin relación directa con el accidente ocurrido, es por extremo curiosa y muy perceptible desde 1871".⁽¹⁾

Paul Pic, por su parte, resumió la teoría en los siguientes términos: "El artículo 1384, que la jurisprudencia consideró durante largo tiempo como una aplicación especial de la regla formulada en el artículo 1382, procede en realidad de un distinto punto de vista, pues no consigna, como el artículo 1382, una responsabilidad subjetiva, que tome su origen en una falta imputable a tal o cual persona, sino en un hecho material, objetivo, el daño causado por una cosa inanimada y declara responsable a su propietario de pleno derecho, por el hecho de su cosa. La idea del riesgo creado se substituye a la idea de culpa; el patrono responde del accidente, no porque haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria, ha creado el riesgo. Así, pues, responde aún cuando el accidente provenga de un caso fortuito. Admitido este punto de partida, tiene derecho el obrero víctima del accidente a una indemnización, a menos que haya culpa de su parte o que el accidente provenga de un caso de fuerza mayor, esto es, de una causa extraña, exterior e irresistible (un rayo, una inundación, un temblor de tierra, etc.)".⁽²⁾

Las ideas de Saleilles produjeron gran efecto en el pensamiento jurídico de entonces y fueron prohibidas por la Corte de Casación de Francia en fallo de 16 de junio de 1896, del cual Jean Libmann da la siguiente versión: "En un navío, la explosión de una máquina causó la muerte de un mecánico. El Tribunal y la Corte de Apelación declararon responsable al propietario del navío, con base en el artículo 1384 (del Código Civil). La Cámara Civil de la Corte de Casación, no obstante las conclusiones del abogado General Sarrut, confirmó la sentencia; pues, aún cuando reconoció que el accidente era debido a un vicio de construcción de la máquina, agregó que el propietario no se liberaba de la responsabilidad, ni aún probando, sea la falta del constructor de la máquina, sea el carácter oculto del vicio de la cosa".⁽³⁾

DOCTRINA DEL RIESGO PROFESIONAL

La jurisprudencia antes mencionada y la corriente que produjo la doctrina de la responsabilidad objetiva prepararon el terreno para el nacimiento de la teoría del riesgo profesional. Y así fueron presentados a la Cámara de Diputados de Francia varios proyectos no siendo aprobados los dos primeros, hasta que el 7 de abril de 1898 votó el Parlamento Francés la conocida ley sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fundada en esa teoría.

Los autores Rouast y Givord explican ésta en los siguientes términos: "Todo trabajo supone peligro y particularmente el trabajo industrial. El

patrono que hace trabajar a un obrero, le expone al riesgo de los accidentes. Naturalmente no puede decirse que hay culpa cuando expone así a su trabajador; es una necesidad del progreso industrial y una consecuencia de la complejidad moderna del maquinismo, que engendra una producción de calidad superior y un costo menor al de épocas pasadas. Sin embargo es evidente que estos peligros del trabajo son causa de accidentes para los obreros y constituyen una especie de venganza del progreso. No es justo que las víctimas no obtengan reparación cuando no pueden probar la culpa del patrono; la equidad indica que sería injusticia. El patrono obtiene un beneficio de esta utilería peligrosa y es equitativo que soporte los riesgos, pues, ubi emolumentum, ibi onus. El trabajador lesionado en su trabajo profesional debe ser indemnizado por aquél en cuyo provecho realizaba el trabajo. El accidente, es, para el patrono, un riesgo profesional".⁽⁴⁾

Esta teoría es más amplia que la de la responsabilidad objetiva en cuanto ampara los accidentes de trabajo causados por imprudencia profesional del obrero, los cuales son muy numerosos y no quedaban protegidos conforme al pensamiento de Saleilles. También cobija desde luego a los infortunios debido a caso fortuito o fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo que constituyen un gran porcentaje de los infortunios. La doctrina del riesgo profesional acogida en la ley francesa de 1898 se extendió rápidamente e influyó en forma notable en las legislaciones de muchos países europeos y latinoamericanos que dictaron normas protectoras para los obreros accidentados.

La citada ley ha sido objeto de diversas reformas la principal de las cuales tuvo por finalidad amparar también a las enfermedades profesionales que en principio no estaban cobijadas.

TEORIA DEL RIESGO SOCIAL

De acuerdo con esta teoría, el riesgo del accidente es uno de los muchos a que está expuesto el trabajador, brotado de causas inherentes, no a una empresa determinada sino, a todo el mundo laboral, al hecho mismo del trabajo. No se debe hablar, por consiguiente, de un riesgo profesional individualizado, sino de un riesgo social, colectivo, por lo que las consecuencias del infortunio deben recaer sobre todo el mundo industrial y aún social, y no sobre una determinada empresa. Dentro de ese orden de ideas la reparación del accidente deja de ser institución de responsabilidad y se convierte en una institución de garantía sometida al orden de la Previsión Social, o más bien de la Seguridad Social.⁽⁵⁾

El autor Alvarez, citado por Hernáinz Márquez estima que el fundamento del derecho de obtener indemnización por accidente de trabajo

(1) Les accidents de travail et al responsabilité civil.

(2) Législation Industrielle.

(3) Citado por Mario De La Cueva en Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II.

(4) Traité des Accidents du Travail et des Maladies Professionnelles, citado por Mario de la Cueva, en su obra mencionada.

(5) Derecho Social. García Oviedo.

radica en el deber de asistencia que la Sociedad, el Estado contrae tácitamente con todos aquellos que se incapacitan para el cumplimiento de su fin inmediato, precisamente en el momento de cumplir con el deber que todo individuo tiene a la vez con la sociedad: el de aportar sus energías a la conservación y progreso de la misma. Por su parte Hernáinz Márquez entiende que "más que de una responsabilidad social distinta del riesgo profesional, de lo que actualmente puede decididamente hablarse, es de una ampliación de su base, o esa de una creciente socialización del riesgo profesional."⁽⁶⁾

Se cita además, como fundamento de esta teoría la Declaración del Fuero del Trabajo, que habla de incrementar, entre otros, los seguros sociales de accidentes de trabajo. A mi juicio la ventaja de esta doctrina sobre la del riesgo profesional es que protege al trabajador en cuanto a todos los accidentes de trabajo, con excepción, únicamente, de los causados intencionalmente por la víctima, pues es obvio que en ese evento el trabajador no puede merecer protección.

Es interesante anotar que algunos autores consideraron que la idea del riesgo profesional se refería al patrono o a la empresa e incluso sostienen que esa idea fue la que inspiró la ley francesa de comentario. Al respecto se cita una nota del Abogado General de la Corte de Casación de ese país, M. Serrut, quien fue uno de los juristas que iniciaron la modificación del criterio sobre la responsabilidad subjetiva que había prevalecido. El texto de esa nota es el siguiente: "En tanto que según la jurisprudencia firmemente establecida el obrero víctima de un accidente no podía conforme al principio general del artículo 1382 del Código Civil, obtener una indemnización a menos de probar la falta del patrono y la relación entre la falta y el perjuicio, la ley de 1898 otorga al obrero víctima de un accidente producido por el hecho o en ocasión del trabajo en los establecimientos catalogados en la ley, el derecho de recibir una indemnización. El accidente es la causa generadora del derecho a la indemnización, el accidente equivale a título y no hay que investigar si procede de una falta, caso fortuito o fuerza mayor. Esta nueva teoría está basada sobre el riesgo profesional, pero este término está desviado de su aceptación ordinaria: en tanto que, en general, se entiende por riesgo profesional la consecuencia necesaria inevitable del género de trabajo, la causa del peligro permanente e independiente de las medidas de seguridad que puedan adoptarse en el riesgo profesional, en el sentido de la ley de 1898, no es el riesgo del obrero, sino el riesgo del patrono, pues de la misma manera que éste debe prever la destrucción de su material, debe prever los accidentes de su personal, las lesiones, la muerte de sus obreros tomada cuenta de la complicación del mecanismo industrial. Hay un pasivo eventual a cargo de su industria. La falta del obrero, la falta del patrono, el caso fortuito y la fuerza mayor no son de considerar". (Reproducida por Adrien Sachet en su obra antes citada).

(6) Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

El conocido tratadista mexicano Dr. Mario de la Cueva critica esa afirmación compartida por Henri Gazier. Los autores nacionales Licenciados Harry Zurcher Acuña y Oscar Barahona Streber, quienes escribieron una monografía para explicar los alcances del capítulo segundo del título cuarto de nuestro Código de Trabajo, referente a riesgos profesionales, en relación a la ley sobre reparación por accidentes del trabajo en 1925, expresa al respecto lo siguiente: "Creemos oportuno indicar que el nombre "Teoría del Riesgo Profesional" alude propiamente al trabajador, es decir, a los riesgos que éste tiene que soportar en su persona cuando presta sus servicios (profesión u oficio) a un patrono; pero que si la referimos al empresario, sería más propio denominarla "Teoría del Riesgo Económico Industrial" porque el patrono soporta únicamente las consecuencias económicas de los riesgos que ocurran a sus trabajadores como deber correlativo a su derecho de aprovecharse en forma exclusiva de las utilidades, rendimientos o intereses que produzca la explotación de que se trate."⁽⁷⁾

La idea del riesgo Económico Industrial llamado también "Riesgo Empresarial" se refleja en algunas disposiciones concretas de nuestro Código de Trabajo. Así, por ejemplo, el artículo 206, inciso B excluye de la protección de riesgos profesionales a "los trabajadores que sean contratados eventualmente, sin ánimo de lucro, por una persona física que los utilice en obras que por razón de su importancia u otro motivo debieren durar menos de cinco días". Como puede apreciarse, en este caso se trata de trabajos que no reportan utilidad al patrono, supuesto que se habla de ausencia de lucro y esa es una de las razones que tuvo el legislador para exonerarlo de responsabilidad.

LEGISLACION COSTARRICENSE

En nuestro país, antes de la Ley sobre reparación por Accidentes del Trabajo N° 53 de 31 de enero de 1925, no existían disposiciones legales específicas sobre esta materia. La legislación que podría haberse explicado en caso de que se presentaran reclamos sobre accidentes de trabajo habría sido el Código Civil, en sus artículos 1045 a 1048, a los cuales me he referido. No he podido encontrar ninguna sentencia de nuestros Tribunales que se hubiera dictado en un juicio de esta naturaleza.

La mencionada ley de 1925 significó a no dudarlo un gran avance en nuestro ordenamiento jurídico al punto de que todavía, casi cincuenta años después, sus principios se encuentran vigentes, pues fueron incorporados en el Código de Trabajo de 1943. Puede afirmarse que Costa Rica fue uno de los primeros en América Latina que dictó una ley que amparara a los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo acogiendo la doctrina del riesgo profesional.

(7) Aspectos Teóricos y Prácticos de los Riesgos Profesionales.

Es curioso observar que esta expresión no se encuentre dentro del texto de la ley y hasta llega a incluirse dentro del concepto de los accidentes de trabajo a las enfermedades profesionales (artículo primero), anomalía que fue corregida, lo mismo que algunos otros aspectos, al promulgarse el Código Laboral, conservándose el contenido de la citada ley en lo fundamental, desde luego, los principios de responsabilidad patronal, las tablas de valoración, la naturaleza y extensión de las indemnizaciones, etc.

La citada Ley N° 53 de 1925 creó organismos administrativos para resolver los reclamos correspondientes, pero el artículo 46 establecía la norma de que ello no restringía el derecho de las partes para ventilar las cuestiones ante los Tribunales Comunes, una vez agotado el procedimiento ordinario. Ello dio lugar a una copiosa e interesante jurisprudencia de nuestros Tribunales Civiles sobre diversos problemas que se presentaron con motivo de la aplicación de dicha ley.

Por Ley N° 12 a 30 de octubre de 1924 se estableció que "el Contrato de seguros sobre riesgos de cualquier género será en lo sucesivo monopolio del Estado. Exceptuándose de este monopolio las sociedades nacionales de seguro de vida cooperativo o mutuo, existentes en la actualidad" (artículo primero). El artículo quinto de esa ley dispuso la fundación del Banco Nacional de Seguros (hoy Instituto Nacional de Seguros) para "contratar y realizar los seguros del Estado".

La ley sobre reparación por accidentes de trabajo dictada al año siguiente, encomendó, desde luego, a esa Institución todo lo relativo a los seguros por riesgos profesionales, (artículo 52, párrafo segundo). Además, dispuso que el patrono que no hubiere asegurado a su obrero y fuere condenado al pago de una indemnización por accidente de trabajo debía depositar en el Banco el monto de la condenatoria, a efecto de que éste hiciera los pagos correspondientes, situación que, como se sabe se mantiene vigente. El seguro era desde luego a cargo exclusivo de la empresa.

Posteriormente, al crearse en nuestro país los seguros sociales, no se incluyó entre ellos el relativo a los riesgos profesionales sino que, por el contrario, se le excluyó en forma expresa. La ley constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, N° 17 de 22 de octubre de 1943, dispuso en su artículo 71: "Es entendido que esta ley no interfiere ni deroga las disposiciones del Capítulo Segundo, Título Cuarto del Código de Trabajo, relativo a riesgos que correspondan legalmente al Banco Nacional de Seguros" (hoy Instituto Nacional de Seguros). Por su parte la Constitución Política vigente, en su artículo 73 que se refiere a los seguros sociales, hace la salvedad, en su párrafo último, en cuanto a los seguros contra riesgos profesionales, declarando que éstos "serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales".

En varias oportunidades se ha proyectado traspasar a la Caja Costarricense de Seguro Social todo lo relativo a riesgos profesionales, tendencia que se apoya en la doctrina antes comentada, del riesgo social, habiendo provocado tales proyectos una amplia discusión acerca de la conveniencia o inconveniencia de ese traspaso, sin que hasta la fecha se haya llegado a ninguna solución definitiva sobre el particular.

SEGUNDA SECCION

RIESGOS PROFESIONALES

ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Definición de accidente:

Acerca del accidente de trabajo existen varias definiciones dadas por algunos autores o formuladas en las legislaciones de los diversos países. Una de las más conocidas es la de Marestaing expresada por éste en el Congreso Internacional de accidentes de trabajo de 1889 en los siguientes términos: "Un accidente es un daño al cuerpo humano proveniente de la acción súbita y violenta de una causa exterior".

El profesor Adrien Sachet en su obra ya citada, define el accidente como un acontecimiento anormal, en general instantáneo, o al menos de una duración muy limitada que produce un daño a la integridad o a la salud del cuerpo humano. A mi juicio es más correcta esta definición que la anterior porque en buena lógica el accidente no es en sí mismo la lesión, sino un suceso o acontecimiento anormal que produce la lesión.

La ley española de 1922 contiene el siguiente concepto: "A los efectos de la presente ley, se entiende por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena".

Nuestra ley sobre reparación por accidentes de trabajo de 1925 reprodujo textualmente en su artículo primero la definición dada por la ley española. Por su parte el Código de Trabajo, en su artículo 203, párrafo segundo, contiene la siguiente: "Accidente de trabajo es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo y durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo. Dicha lesión ha de ser producida por la acción repentina y violenta de una causa exterior". Nuestro legislador del año 1943 quiso en esta fórmula sintetizar los conceptos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia acerca de los diversos elementos que comprende el accidente laboral y aunque desde luego resulta casi imposible lograr ese propósito, debe reconocerse que, en general, abarca todos esos elementos y los enuncia en una forma clara y acorde con los principios que predominan en esta materia. Los licenciados Oscar Barahona Streber y Harry Zürcher Acuña explican que el concepto de comentario fue tomado de la sentencia dictada por la Sala Primera Civil (de entonces) a las 16:00 horas del 21 de octubre de 1941, confirmada por la Sala de Casación en su fallo de las 14 horas y 25 minutos del 29 de enero de 1942 (Juicio ordinario de Félix Robert contra el Estado). La primera de esas sentencias se basó en las enseñanzas de Adrien Sachet expuestas en su obra Tratado Teórico y Práctico de la Legislación sobre Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales. Por su parte, los mencionados autores nacionales, que fueron los encargados de redactar el Título IV del Proyecto del Código de Trabajo, relativo a riesgos

profesionales, estimaron conveniente agregar el concepto de que el accidente para ser indemnizable ha de sufrirlo el trabajador durante el tiempo que realice el trabajo o debiera realizarlo.⁽⁸⁾ Esta cuestión será examinada posteriormente, exponiendo los diversos criterios sustentados al respecto por la doctrina y la jurisprudencia.

RIESGOS PROFESIONALES

Elementos del accidente de trabajo:

De acuerdo con la definición de nuestra ley, que coincide en lo sustancial con las formuladas por la doctrina y las legislaciones extranjeras, se considera que los elementos que constituyen el accidente de trabajo son los siguientes:

a) Causa exterior. La lesión debe ser producida por una causa exterior, lo que indica la intervención de un agente extraño a la víctima, que puede ser una máquina, una herramienta, una fuerza como la electricidad, etc. De lo anterior se deriva que si la causa de la lesión es un defecto orgánico no se está en presencia de un accidente de trabajo. En relación con esto debe hacerse, no obstante, la salvedad de que nuestro código de Trabajo, en su artículo 204, párrafo segundo, establece que "cuando las consecuencias de un riesgo profesional realizado se agraven por una enfermedad o lesión que haya tenido la víctima con anterioridad al hecho o hechos causantes del mismo, se considerará dicha reagravación, para los efectos de su indemnización, como resultado directo del riesgo profesional ocurrido e indirecto de la enfermedad o lesión". Este texto legal será objeto de un examen posterior. También tiene relación con este elemento la disposición del artículo 215 inciso B) del mismo Código que considera entre las hernias que dan derecho a indemnización "Las que sobrevengan en trabajadores predispuestos, como consecuencia de un tratamiento o esfuerzo, siempre que éste sea violento, imprevisto y anormal en relación al trabajo que habitualmente ejecuta la víctima".

b) La mencionada causa debe actuar en forma repentina y violenta, pues ello es lo que distingue el accidente de trabajo de la enfermedad profesional. Al respecto, el profesor Adrien Sachet explica esa diferencia en el siguiente párrafo: "Si bien el accidente y la enfermedad tienen una causa exterior, se distinguen el uno del otro por la instantaneidad y la progresividad de su formación. La instantaneidad es la limitación de un acontecimiento en un espacio relativamente corto y es opuesto a progresividad. Así, un golpe, un choque, un caída o un esfuerzo, tienen un principio y un fin que son próximos y que pueden ser determinados con claridad. En la sesión de 25 de octubre de 1897, el Ministro de Comercio al dirigirse a la Cámara de Diputados precisó la distinción: "Supongo que en una fábrica en la que se emplean sustancias tóxicas, un obrero absorbe

accidentalmente una de esas sustancias y muere o sufre una incapacidad para el trabajo; el carácter accidental del acontecimiento aparece con claridad y no podría confundirse con un envenenamiento lento resultante del ejercicio normal de la profesión". Y el relator de la Comisión agregó: "Puede ocurrir que por una intoxicación lenta, como en la industria de los cerillos, se produzca, no un accidente, sino una enfermedad; pero esto corresponde a otro orden de ideas".⁽⁹⁾

El acontecimiento que produce la lesión debe ser violento, como lo califica nuestra ley o anormal como se le califica en otras legislaciones, es decir, un hecho que es contrario al curso regular de las cosas, a la constancia, al hábito; un hecho insperado que sobreviene contrariamente a las condiciones normales en que se desarrolla el trabajo.

c) Debe existir una relación entre el accidente y las labores que ejecuta el trabajador.

Conforme al concepto que del accidente registra el artículo 203 del Código de la materia, es necesario que la lesión haya sido sufrida "con ocasión o por consecuencia del trabajo". Esa declaración se ajusta a la doctrina de los países que tienen una legislación laboral avanzada. Por contener una explicación muy clara de esa relación entre las lesiones y el trabajo es de interés transcribir, en lo conducente una sentencia de la Corte Suprema de México de veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y cinco que dice: "La teoría del riesgo profesional abarcó en un principio únicamente a aquellos accidentes cuya causa inmediata y directa era el trabajo desempeñado por el obrero, pero poco a poco se fue extendiendo para comprender también aquellos accidentes con ocasión o en ejercicio del trabajo desarrollado, de tal manera que no se requería ya la existencia de una relación causal inmediata y directa, sino que era bastante que hubiera un lazo de conexidad entre el trabajo y el accidente, o lo que es lo mismo, bastaba que el trabajo desarrollado fuera la ocasión del accidente sufrido, toda vez que no existía razón alguna para excluir estos últimos casos, en los cuales, si bien el trabajo mismo era la causa inmediata y directa, sí era la ocasión del accidente". Y en sentencia de 26 de agosto de 1936 esa misma Corte declaró: "Como en el precepto transcrito se dice, a consecuencia del trabajo, sin distinguir acerca de la índole del nexo de causalidad que ha de existir entre el trabajo y el accidente, la Suprema Corte estima que no es necesario que lo primero sea la causa eficiente del segundo y que pueda admitirse que el accidente produce la obligación de indemnizar a la víctima o a las personas que dependen económicamente de ella, cuando el trabajo sea tan sólo causa ocasional y remota del accidente".

Por su parte los autores Gaete B. y Esequiel Figueroa A. profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, refiriéndose a esta cuestión, expresan lo siguiente: "La jurisprudencia de nuestros tribunales, precisando el alcance de este requisito, en sentencia de 19 de mayo de 1927 de la Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que "el accidente debe

(8) Aspectos Teóricos y Prácticos de los Riesgos Profesionales.

(9) Cit. Mario de La Cueva, *Idem.*

tener por origen el trabajo mismo, haya servido de medio o modo para recibir la lesión o se sufra con ésta, con oportunidad o con motivo del trabajo...".

"La dificultad estriba en determinar cuando es accidente del trabajo el acaecido con ocasión del trabajo..." "En esta materia ha prevalecido la opinión de que debe entenderse por tal el accidente que, sin ser causado de manera directa por el trabajo, tiene con éste una relación indirecta de causalidad, como lo establece en forma expresa la Corte Suprema en sentencia de 20 de octubre de 1941, al decir que accidente sobrevenido con ocasión del trabajo es aquel que sin ser causado de una manera directa, sin ser consecuencia inmediata del trabajo, tiene sin embargo con éste, una relación indirecta de causa a efecto".⁽¹⁰⁾

Los Tribunales de Trabajo de nuestro país también han hecho buena aplicación de esa doctrina, al resolver diversos casos sometidos a su conocimiento. Al respecto es interesante referirse a un accidente que sufrió un trabajador que operaba un "chapulín", es decir, un tractor liviano, para halar un carro de caña de azúcar; en un puente del camino se encontró con un boyero a quien le había ocurrido un percance, pues viniendo con una carreta cargada de madera, uno de los bueyes resbaló y la carreta amenazaba con irse a un guindo; el boyero le pidió al conductor del tractor liviano que le sacara con éste la carreta, a lo que el segundo accedió y al efecto amarró con un cable de acero la carreta al chapulín, pero sucedió que la misma se movió y empujó al tractor, al cual se subió rápidamente su conductor para detenerlo, lo que no le fue posible hacerlo, pues el vehículo cayó al guindo llevando consigo al trabajador, quien falleció a causa de las lesiones recibidas. Como puede apreciarse en este caso tales lesiones no las sufrió el trabajador como consecuencia directa de su trabajo que en esa oportunidad consistía en halar con el "chapulín" un carro de caña, pero sí con ocasión de las labores, habiendo sido acogido el reclamo por sentencia del Tribunal Superior de Trabajo dictada a las 16 horas y 45 minutos del 5 de octubre de mil novecientos sesenta y dos, la cual fue confirmada por fallo de la Sala de Casación de las 15 horas y quince minutos del 18 de enero de 1963. En el juicio respectivo se discutió también la cuestión, muy importante, de si la circunstancia de que el trabajador ejecutaba, al momento de sufrir el accidente, un acto que no beneficiaba a su patrono, eximía de responsabilidad a éste. En los pronunciamientos antes citados se desechó la alegación que en tal sentido fue formulada, citándose al efecto la autorizada opinión del profesor Adrien Sachet, resumida en el siguiente párrafo: "Los límites del trabajo de una explotación no tiene nada de absoluto: deben conciliarse con las exigencias y las costumbres de la vida corriente y no excluye los servicios que cada uno está obligado a prestar a sus semejantes".

También puede consultarse sobre el particular la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de las 10 horas y 15 minutos del 3 de junio de 1969.

(10) Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

ACCIDENTES PROVOCADOS POR RIÑA

Dentro del ámbito de la cuestión relativa a la relación entre el accidente y las labores que realiza el trabajador, se discute en la doctrina y en la jurisprudencia el punto que se refiere a los accidentes provocados por riñas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que en general tales accidentes son indemnizables cuando la riña ha sido provocada por causas inherentes al trabajo y no cuando es producida por hechos ajenos al mismo. Este criterio es aplicable ya sea que la riña se produzca entre un trabajador y un compañero suyo o entre aquél y un tercero; es decir, si un extraño penetra en el local del trabajo y por razones puramente personales hiera o mata a un trabajador, no podría prosperar en tales circunstancias un reclamo por riesgo profesional, pues el daño obedece a causas extrañas a las labores que realiza la víctima. En cambio, si la riña se debe o tiene su origen en cuestiones relacionadas con las tareas que tiene a su cargo el trabajador entonces el accidente sí es indemnizable.

Nuestros tribunales han hecho aplicación de esta doctrina en diversos casos sometidos a su conocimiento. Entre otros podemos citar el que se refiere a una riña que se produjo en un establecimiento de comercio (cantina) entre unos clientes y los empleados de ese negocio. El incidente comenzó cuando los clientes se quejaron del mal servicio y uno de ellos exigió a un empleado que fuera a otro establecimiento a comprarle una cajetilla de cigarrillos de una marca que no había en el negocio de que se trataba, a lo que se negó; aquéllos prorrumpieron en insultos contra los dependientes, retándolos a pelear y produciéndose una riña entre ambos grupos, en el curso de la cual uno de los clientes disparó una arma de fuego matando a un empleado. Habiendo entablado su viuda la acción por riesgo profesional, el juicio fue resuelto en forma favorable a la parte actora. El Tribunal Superior de Trabajo confirmó el pronunciamiento de primera instancia, aplicando la doctrina antes expuesta, al considerar que la riña se había producido por causas inherentes al trabajo, en sentencia de las 9 horas y 40 minutos del 17 de abril de 1973, la cual fue confirmada, a su vez, por fallo de la Sala de Casación emitido a las 15 horas y 15 minutos del 10 de octubre del mismo año.

En lo que dice a riñas entre empleados de la misma negociación, sostiene Carnelutti, que el accidente es, por regla general indemnizable.⁽¹¹⁾ También José Isidro Somaré se adhiere a ese criterio, argumentando que en tal evento la víctima se encuentra en el lugar del trabajo y en horas de labores y que la ejecución de las mismas dan ocasión para que la riña se produzca. La Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa ha estimado que, desde el instante en que la riña ha tenido lugar en la hora y en el lugar de trabajo, la garantía legal es debida a la víctima, sin que haya que indagar si la riña ha sido ocasionada directa o indirectamente por las necesidades del trabajo; pues, agrega, el trabajo ha sido la ocasión

(11) Reparación de los infortunios del trabajo.

del encuentro de los dos empleados en el comercio del patrono, a quien corresponde mantener el orden; y la provocación de la víctima, si bien presenta los caracteres de una culpa inexcusable, no permite a los jueces más que reducir el monto de la indemnización. Comentando esa jurisprudencia expresa Adrien Sachet que ese razonamiento es admisible en el caso de que en el lugar de trabajo esté situado en el interior de un edificio, donde el patrono pueda ejercer vigilancia sobre sus obreros.⁽¹²⁾

CUESTION RELATIVA AL TIEMPO DE TRABAJO

El artículo 203 —párrafo segundo— del Código de Trabajo requiere entre otras condiciones, para que el accidente sea indemnizable, que el mismo lo sufra el trabajador durante el tiempo que realice o debiera realizar sus labores. En este concepto se recogió el pensamiento de la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia sobre el particular.

En relación con los alcances de la frase "durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo", referida al trabajo, debe tenerse presente que el artículo 137 del mencionado Código expresa que "Tiempo de trabajo efectivo es aquel en que el trabajador permanezca a las órdenes del patrono o no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas del descanso y comidas.

En todo caso se considerará como tiempo de trabajo efectivo el descanso mínimo obligatorio que deberá darse a los trabajadores durante media hora en la jornada, siempre que ésta sea continua". Como puede apreciarse, nuestro legislador, al declarar que se considera tiempo efectivo de trabajo aquél en que el trabajador está a las órdenes del patrono o no pueda salir del lugar de trabajo, adoptó la teoría moderna al aplicar a este respecto el principio de la subordinación.

En consecuencia, son indemnizables los accidentes que sufran los trabajadores durante su jornada en los términos en que ésta es definida en la norma legal antes transcrita.

La jurisprudencia francesa ha sido un poco más amplia al extender la responsabilidad del patrono, respecto de accidentes de trabajo, al momento en que el obrero entra en la fábrica aun cuando sea anterior a la hora, fijada para la iniciación de las labores. También ha protegido al trabajador en cuanto a los infortunios que sufra mientras se cambia de ropa o está gestionando el pago de su salario.

Nuestra jurisprudencia no registra casos de esa índole, pero la Sala de Casación ha sustentado un criterio muy amplio en esta materia, al declarar, en una forma general, "*Que el accidente de trabajo no sólo es indemnizable cuando ocurre en el lugar y tiempo de trabajo, sino también cuando le sucede al trabajador estando bajo la subordinación*", declaración

(12) Ob. cit.

que se conforma con la doctrina más avanzada. Al respecto pueden consultarse las sentencias de ese alto Tribunal N° 49 de 1958; N° 48 de 1964; N° 44 de 1965 y N° 77 de 1966.

La segunda parte del citado artículo 137 resuelve parcialmente el problema debatido en la doctrina sobre el caso de los accidentes ocurridos a los trabajadores mientras toman sus alimentos en locales pertenecientes al patrono. En efecto, según esa disposición legal, cuando la jornada es continua, o sea cuando el trabajador no puede abandonar el lugar de trabajo para ir a tomar alimentos, a la hora acostumbrada, el patrono debe concederle media hora para ese fin, entendiéndose comprendido ese lapso en la jornada de trabajo. Por consiguiente, si durante el mismo el trabajador sufre un accidente, tendrá derecho a la respectiva indemnización.

Cabría siempre, la discusión en el caso de que la jornada no sea continua, de modo que el trabajador pueda, a su voluntad, salir de las instalaciones de la empresa para ir a tomar sus alimentos o bien hacer ésto en locales destinados para ello por el patrono. Al respecto, el artículo 197 del Código Laboral le impone al último la obligación de habilitar locales para ese fin.

Cabe hacer la conclusión de que en ese último evento, el trabajador sufriera un accidente en el período de interrupción de las labores destinado a las comidas, no tendría derecho a indemnización porque conforme a la norma del artículo 137 comentado no se habría producido el infortunio durante la jornada de trabajo.

La Corte de Casación de Francia, en cambio, sí ha admitido la procedencia de reclamos formulados en las circunstancias anteriormente expuestas, pues consideró que el tiempo de trabajo no debe ser interpretado como comprendiendo el periodo en que el obrero pone en juego su fuerza, sino que debe entenderse que ese tiempo comienza con la entrada del obrero en el lugar del trabajo y se continúa tanto cuando permanece en él; no se suspende por el reposo del día aún cuando sea libre de salir, si está autorizado a permanecer y si usó de esa facultad. También la jurisprudencia argentina ha amparado esas situaciones, según expone Juan D. Pozo, citando al efecto varios fallos de tribunales de ese país.⁽¹³⁾

Un problema interesante en relación con este tópico es el que se refiere a los accidentes que sufran los agentes de comercio y viajeros. En efecto, ¿cuándo puede estimarse que los infortunios que les ocurran a estos empleados se produzcan durante las horas de labores? Según expresa Sachet, en Francia la Corte de Casación aplicó a esos trabajadores restrictivamente la ley, pero después de 1920 fue tendiendo en forma más amplia su protección. Un decreto de 7 de abril de 1938 fijó las condiciones de la legislación sobre accidentes de trabajo: "Las indemnizaciones se conceden por los accidentes ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo, especialmente cuando se produce en el curso de viajes o visitas en ejecución del contrato de trabajo".

(13) Derecho del Trabajo.

En lo que dice a nuestra legislación no existe norma que resuelva en forma expresa la cuestión planteada. Debe recordarse que por la índole de sus funciones estos empleados realizan por lo general su trabajo fuera del establecimiento y lo hacen sin una fiscalización superior inmediata, por lo que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 143 del Código Laboral están excluidos de la limitación de la jornada de trabajo. Así pues, los casos que se presenten deben resolverse de acuerdo con la fórmula "con ocasión o por consecuencia del trabajo" y con el principio sustentado por nuestra Sala de Casación en el sentido de que "el accidente de trabajo no sólo es indemnizable cuando ocurre en el lugar y tiempo de trabajo, sino también cuando le sucede al trabajador estando bajo subordinación", en los pronunciamientos antes mencionados.

RELACION ENTRE EL ACCIDENTE Y EL LUGAR DE TRABAJO

Nuestra ley no se refiere a este aspecto en las disposiciones que regulan los riesgos profesionales, dejando desde luego a los Tribunales en entera libertad de resolver los casos que se presenten y en los que se debata esta cuestión de la cual se ocupa la doctrina. Al respecto debe mencionarse que la Corte de Casación Francesa trató de precisar la fórmula contenida con la ley, "accidentes ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo", en el concepto lugar y horas de trabajo, según expresa Mario De la Cueva.⁽¹⁴⁾ Sachet explica esta idea en los siguientes términos: "Por lugar de trabajo debe entenderse cualquier lugar en que el obrero se encuentra o traslada para la ejecución de su labor y sobre el cual pueda el patrono ejercer vigilancia: el domicilio de un cliente, un camino público y aún un lugar aislado, pueden, al igual que el interior de una fábrica constituir un lugar de trabajo; los obreros que transportan al exterior los productos fabricados están protegidos por la ley de 1898 igual que aquéllos que participan directamente en la fabricación finalmente el lugar del trabajo lo es también en el que se efectúa el lugar de trabajo". La anterior explicación acerca de este punto es muy amplia y a mi juicio perfectamente admisible de acuerdo con nuestra ley. Es más, ha sido prohibida por nuestra jurisprudencia en numerosos casos. De acuerdo con ese criterio, el mensajero, el mandadero o el cobrador a quienes se encarga de entregar una carta, llevar mercaderías o cobrar cuentas a los clientes del patrono, se consideran en el lugar del trabajo en tanto dura esa labor y tienen derecho a indemnización en el caso de que sufran accidente relacionado con sus labores. Del mismo modo, los trabajadores a quienes su patrono ordena realizar un trabajo fuera del establecimiento, como sucede en las empresas que prestan servicios al público, se consideran en lugar de trabajo en tanto en el trayecto de la empresa al lugar de destino, como en éste.

(14) Ob. cit.

ACCIDENTES IN ITINERE

Se conoce bajo esta denominación los accidentes ocurridos a los trabajadores durante el viaje de su casa al lugar de trabajo o bien en el regreso de éste a su casa. Desde luego tales infortunios no se producen ni en el lugar ni en las horas de labores, dentro de una interpretación estricta de tales conceptos y de ahí que inicialmente tanto las legislaciones como la doctrina los consideraron en principio excluidos de la protección acordada a los riesgos profesionales. La jurisprudencia francesa consideraba como regla general que el patrono no tenía responsabilidad en los casos indicados, salvo en tres situaciones especiales: a) cuando el patrono toma a su cargo el transporte de los trabajadores; b) cuando se pacta en el contrato expresamente la responsabilidad del patrono y c) si el acceso al lugar de trabajo ofrece peligros especiales.

La nueva ley francesa de 30 de octubre de 1946 dispone en su artículo segundo, que se considera como accidente de trabajo, sujeto desde luego a indemnización el ocurrido "durante el trayecto desde la residencia al lugar de trabajo y viceversa, en la medida en que el recorrido no ha sido interrumpido o desviado por un motivo dictado por el interés personal o independiente del empleo", con lo cual se vino a ampliar el criterio de la jurisprudencia.

El artículo 293 —inciso cuarto— del Código de Trabajo de Panamá de 30 de diciembre de 1971, considera accidente de trabajo indemnizable "El que ocurra al trabajador al trasladarse de su domicilio al lugar en que desempeñe su trabajo o viceversa", disposición que, como puede apreciarse, concede una protección muy amplia a los accidentes *in itinere* y no contiene la salvedad que figura en la ley francesa, en cuanto ésta excluye de esa protección los casos en que el trabajador haya interrumpido o se haya desviado de su trayecto por un motivo dictado por su interés personal o independiente del empleo. En el mismo sentido de la ley francesa existen disposiciones en las legislaciones de Austria, Checoslovaquia y Polonia.

En los países donde no existen normas concretas sobre este particular ha correspondido a los Tribunales, por vía de jurisprudencia, elaborar una doctrina aplicable a los accidentes *in itinere*. Tal es el caso de Costa Rica, pues nuestro Código Laboral no contiene regla alguna que resuelva esas situaciones y es muy significativo que en el libro "*Aspectos Teóricos y Prácticos de los Riesgos Profesionales*" de los licenciados Barahona Streber y Zürcher Acuña, antes citado, que contiene una explicación de las reformas que introdujo el Código de Trabajo a la ley de 1925 sobre Reparación por Accidentes de Trabajo, no se alude siquiera a esta cuestión ni se menciona que la misma hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte de los respectivos Tribunales durante el tiempo de vigencia de la última. Todo pareciera indicar que se consideró que no existía responsabilidad patronal por tales infortunios: la inclusión en el artículo 203 —párrafo segundo— del Código citado, de la frase: "durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo", referida a la lesión corporal

sufrida por el obrero puede entenderse como traducción de ese pensamiento. Ello explicaría el hecho de que el Tribunal Superior de Trabajo rechazara durante varios los reclamos de accidentes *in itinere*, basándose en la fórmula estricta antes mencionada. Sin embargo, después llegó a comprenderse que esa situación era injusta y por tal razón ese mismo Tribunal atenuó un poco el rigor de la aludida jurisprudencia y admitió que tales riesgos tenían protección y daban lugar a la indemnización respectiva, en determinados casos, aplicando la jurisprudencia francesa anterior a la Ley de 1946, lo mismo que la de los tribunales de la República Argentina, considerando en consecuencia que el patrono era responsable cuando el transporte del trabajador estaba a su cargo o cuando el acceso al lugar de las labores era peligroso (Sentencia de las 10 horas y 20 minutos del 19 de julio de 1966). La Sala de Casación en fallo de las 15 horas y 30 minutos del 6 de diciembre de 1960 pareció externar un criterio estricto sobre el punto de que se trata a decir que "los accidentes *in itinere* no pueden considerarse como riesgo profesional sino en aquellos casos muy particulares en que no se encuentran el que se examina", concepto que como puede apreciarse es un poco ambiguo o impreciso. Sin embargo, esa misma Corte en sentencia de las 15 horas y 45 minutos del 6 de octubre de mil novecientos sesenta y seis externó una tesis más amplia, pues al referirse al alegato del Instituto Nacional de Seguros, formulado en el sentido de que los accidentes de comentario solamente son indemnizables cuando es el patrono quien suministra el vehículo para el traslado y cuando éste es idóneo para el transporte de personas, expresó que "no parece tener razón en cuanto al primer aspecto, pues según la doctrina, lo principal es determinar el obligado trayecto de la residencia del obrero a su trabajo y no propiamente quien suministra el medio transporte; pero en cambio, sí parece tener razón en cuanto al segundo aspecto, pues es lógico que el medio de transporte debe ser idóneo, debe ser un medio de locomoción normal y corriente dentro de las labores del trabajador...".

Asimismo, en sentencias de las quince horas y cincuenta minutos del diez de enero de mil novecientos sesenta y tres y de las catorce horas y treinta minutos del veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y nueve, acogió nuestra Corte de Casación sendos reclamos por accidentes de trabajo "*in itinere*" aplicando el criterio antes expuesto. En efecto, en esos casos el trabajador realizó el traslado ocupando, en el primero, un vehículo de servicio público, y el segundo, uno de su propiedad.

LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

HISTORIA

En relación con el estudio de las enfermedades profesionales apunta Miguel Hernáiz Márquez⁽¹⁵⁾ que ya el propio Aristóteles habló de las enfermedades de los corredores, e incluso Hipócrates y, posteriormente, Nicandro, se refieren a las propiedades tóxicas del plomo y a sus conse-

cuencias para la salud de los que lo trabajan. Plinio, Celso, Galeno, Marcial, Plauto, Juvenal, Ovidio, Lucrecio y otros muchos se ocuparon de la existencia de un hecho indiscutible, claramente puesto de relieve con la natural limitación de los conocimientos técnicos de aquél entonces: la influencia de determinados trabajos como causa originaria de ciertas enfermedades.

Sin embargo, a pesar de haberse comenzado desde épocas remotas el estudio de las enfermedades profesionales, ocurrió en cuanto a ellas el mismo fenómeno que en cuanto a accidentes de trabajo, en lo que se refiere a la búsqueda de una fórmula encuadrada en los moldes del Derecho que sirviera de base para fundamentar la reparación a las víctimas de tales enfermedades. Fue necesario para que se produjera esa inquietud el advenimiento del maquinismo, con sus grandes industrias y la concentración de mano de obra. Es más: en tanto que la indemnización de los accidentes se fundó, por lo menos al principio, sobre cimientos de Derecho Civil, respecto de las enfermedades profesionales no pudo encontrarse una solución clara para la compensación de las consecuencias sufridas por las víctimas de ellas, sino hasta que se elaboró la doctrina del riesgo profesional. Es oportuno recordar que en la ley francesa de 1898 no se estableció esa protección, lo que se hizo posteriormente por ley del año 1919. Hoy día las legislaciones de casi todos los países del mundo contienen disposiciones que amparan a los trabajadores víctimas de las enfermedades profesionales. En Costa Rica, desde la vigencia de la Ley N° 53 de 31 de enero de 1925 se dio esa protección, lo que significó un gran avance en la evolución de nuestro derecho positivo.

CONCEPTO DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

Para fijar el concepto de la enfermedad profesional se hace incapié en la diferencia que existe entre ella y el accidente. Sin embargo, conviene advertir que no todos los autores están de acuerdo en esa dualidad de conceptos. Así García Ormaechea⁽¹⁶⁾ expresa que en vano se pretende hacer dos conceptos de uno solo, pues la enfermedad debida al trabajo, aguda o crónica, lenta o rápida, constituye un riesgo profesional, y es por lo tanto una modalidad del mismo, integrante del accidente.

Nuestra Ley N° 53 de 1925 antes citada, pareció acoger ese criterio, pues en su artículo primero establecía que "Para los efectos de la presente ley entiéndese por accidente toda lesión corporal que el obrero sufra por ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena, y la enfermedad profesional contraída de una manera inmediata, directa e indudable, a causa de dicho trabajo".

La doctrina más generalizada y la mayoría de las legislaciones establecen el distingo entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Ese distingo se basa principalmente en que en el primero la lesión se pro-

(16) El Accidente de Trabajo y la Enfermedad Profesional.

(15) Los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales.

duce en una forma súbita y violenta y en corto tiempo, y la enfermedad, en cambio, es contraída mediante un proceso lento, en una forma gradual, y sin concreción posible en un momento determinado.

Según expresa el tratadista Juan D. Pozzo,⁽¹⁷⁾ en una exposición presentada al parlamento francés, por Bretón, sobre enfermedades profesionales, se enunciaron los siguientes conceptos: "Se llama ordinariamente enfermedades profesionales, las diferentes intoxicaciones lentas, que atacan a cierta categoría de obreros que están llamados, por el ejercicio de su profesión, a manipular o utilizar productos tóxicos, de los cuales absorben diariamente dosis más o menos importantes. A la larga, estos venenos industriales, obran de una manera perniciosa sobre el organismo del obrero, determinando las afecciones más graves, ocasionándoles lesiones momentáneas o incurables, incapacidades de trabajo, parciales o completas y a veces la muerte de la víctima. Además de muchos de estos envenenamientos lentos, otras afecciones pueden igualmente ser consideradas como enfermedades profesionales. Tales son los males que afectan a los obreros que, trabajan con aires comprimidos, las neumocaniosis que atacan a los obreros que, en razón de su profesión, deben respirar ciertos polvos, las dermatosis provocadas por la manipulación de algunos productos. Enfermedades contagiosas que no presentan desde el primer momento un carácter profesional, pueden tomar ese carácter, cuando ellas atacan a obreros empleados en trabajos particulares. Es así como el carácter netamente profesional de la anquilostomiasis de los mineros no podría ser discutida; lo es asimismo el carbunco, en algunas profesiones especiales; la variola y otras enfermedades contagiosas pueden igualmente revestir ese carácter en ciertos casos particulares. En fin, industrias insalubres pueden, a veces, predisponer a tal punto a los empleados que ellas ocupan, para contraer afecciones orgánicas como la tuberculosis, que se ha podido decir que estas afecciones han de ser consideradas, en lo que concierne a los trabajadores, como enfermedades profesionales". Conviene advertir que el concepto amplio que encierra el párrafo transcrito, en su parte final, no fue acogido en forma general por las legislaciones sobre la materia y que no es sino últimamente que se ha sido adoptado en algunas de ellas.

Otros autores basan la distinción entre el accidente y la enfermedad profesional en que el primero es tratable en el campo privativo de la cirugía, mientras que la segunda lo es en el más amplio campo de la medicina general. El autor De La Cueva⁽¹⁸⁾ critica este criterio pues considera que un accidente puede reflejarse en el sistema nervioso o en el funcionamiento psíquico de un trabajador.

Algunos tratadistas, por su parte, relacionan la diferencia entre ambos conceptos con la posibilidad de previsión, en cuanto en los accidentes lo normal es que no se produzcan, siendo su aparición, aunque previsible, imprevista; por el contrario las enfermedades profesionales ofrecen la certeza de que en un tiempo más o menos largo, con intensidad menor

(17) Derecho del Trabajo.

(18) Derecho Mexicano del Trabajo.

o mayor, se presentarán en los obreros que trabajan en industrias capaces de producirlas, bien por las materias manipuladas o por los procedimientos de fabricación empleados. A esta tesis se le hace la crítica de que la técnica moderna permite evitar multitud de accidentes o enfermedades con la adopción de determinadas medidas preventivas.

De acuerdo con lo expuesto, se estima que el criterio que se funda en la instantaneidad o progresividad de la causa productora de la lesión, es la más aceptable, siendo las restantes ideas auxiliares que contribuyen a decidir los casos fronterizos.

ENFERMEDAD PROFESIONAL Y ENFERMEDAD DE TRABAJO

Algunos autores distinguen entre enfermedades profesionales y enfermedades de trabajo basando la distinción en que las primeras solamente atacan en concreto a los trabajadores que se dedican a determinadas profesiones peligrosas capaces de producirlas, mientras que las segundas son genéricas a toda clase de trabajadores por el hecho amplio de estar entregados a esta clase de labores. Desde este punto de vista doctrinario, las enfermedades profesionales, por la forma en que se producen, indudablemente objetiva, se admiten sin dificultad y sin precisar detalles de etiología y condiciones personales, en la protección que supone el riesgo profesional, mientras que en las enfermedades de trabajo precisa establecer en cada caso concreto la conexión existente entre el trabajo desarrollado, como causa, y el estado morbo del trabajador, como efecto. En tal sentido precisa la diferencia entre unas y otras, el tratadista Miguel Hernández Márquez, citando a su vez otros autores.⁽¹⁹⁾

Para el Dr. Mario De La Cueva⁽²⁰⁾ serían profesionales aquellas enfermedades que están comprendidas en las tablas o listas que algunas legislaciones, como las de Bélgica e Italia, contienen; y las enfermedades de trabajo comprenderían a las que no estando comprendidas en esas enumeraciones taxativas, fueran conceptuadas como tales por los Tribunales. Sin embargo, estimo que ese criterio puramente formalista no es aceptable, pues bien podría darse el caso de que una enfermedad evidentemente causada por determinada profesión no hubiere sido incluida en la tabla que contiene la respectiva ley o el reglamento.

Nuestro Código Laboral define la enfermedad profesional en su artículo 203, párrafo tercero, en los siguientes términos:

"La enfermedad profesional debe ser contraída como resultado inmediato, directo e indudablemente de la clase de labores que ejecuta el trabajador y por una causa que haya actuado en una forma lenta y continua en el organismo de este".

Como puede apreciarse, nuestro legislador adoptó el concepto estricto de enfermedad profesional y no el de enfermedad de trabajo. Sobre este aspecto, el proyecto de reformas al capítulo de Riesgos Profesionales del

(19) Ob. cit.

(20) Ob. cit.

Código de Trabajo, presentando a la Asamblea Legislativa y acogido para su trámite por el Dr. Alfonso Garro Zúñiga, contiene la siguiente definición de enfermedad profesional:

"La enfermedad profesional es todo estado patológico sobrevenido de manera súbita o por evolución lenta a consecuencia del trabajo o debido a las condiciones específicas o peculiares en que éste se ejecuta".

El proyecto según puede notarse, hace una apertura en el concepto ortodoxo de enfermedad profesional, y haciéndose eco las nuevas tendencias en este campo, permita calificar como tal la que se produce de manera súbita, lo mismo que las que la doctrina distingue con el nombre de enfermedades de trabajo, conforme al concepto anteriormente expuesto.

Sistemas adoptados por diversas legislaciones para la declaración de una enfermedad profesional.

Existen tres sistemas en cuanto al método que adoptan las legislaciones para el reconocimiento o declaración de una enfermedad profesional, a saber:

a) En algunos países la ley contiene una enumeración taxativa de enfermedades profesionales, de modo que solamente las comprendidas en esta tabla pueden ser consideradas como tales para efectos de indemnización. En este sistema, como se comprende los Tribunales tienen restringidas por no decir, anuladas sus facultades de apreciación, pues deben ceñirse necesariamente a la aludida tabla, de modo que no les sería dable calificar como enfermedad profesional la que no está expresamente incluida en ésta.

b) En otros países se sigue el sistema opuesto al anterior: se les confiere a los Tribunales facultades amplias para declarar, en cada caso concreto que se les presente, si se trata o no de una enfermedad profesional, atendándose desde luego al concepto general que de la misma da la ley; y

c) Sistema mixto o intermedio, conforme al cual la ley contiene una tabla o enumeración de enfermedades profesionales, pero que no es limitativa, pues se permite a los Tribunales calificar como tales a otras no comprendidas en dicha tabla, siempre que encuadren en el concepto general o definición que la ley da al respecto, y de acuerdo con la apreciación que en cada caso concreto hagan dichos tribunales.

Nuestra legislación sigue este último sistema, pues el párrafo último del artículo 203 del Código de Trabajo establece que "El Poder Ejecutivo, oyendo de previo a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, podrá dictar, por vía de Reglamento, las Tablas de Enfermedades Profesionales que dan derecho a indemnización, sin perjuicio de que los Tribunales de Trabajo conceptúen comprendidas dentro de las previsiones del párrafo anterior a otras enfermedades no enumeradas en el decreto o decretos respectivos".

El Decreto Ejecutivo N° 4 de 4 de junio de 1956 es el que, en la actualidad, contiene la tabla respectiva. Es oportuno mencionar que dicho decreto, que fue adicionado por el N° 6 de 25 de abril de 1964, dispone en su párrafo último que "Tratándose del "Grampus Escripatorius", o calambre del telegrafista y tenedores de libros, se requerirá para su demostración, además, de los dictámenes pertinentes, el informe aprobatorio del Colegio de Médicos y Cirujanos". Al respecto cabe advertir que hoy día y conforme lo ha resuelto el Tribunal Superior de Trabajo, esa aprobación corresponde hacerla al Consejo del Organismo Médico Forense, de acuerdo con la Ley N° 3265 de 6 de febrero de 1964.

En Costa Rica, además de la últimamente mencionada, las enfermedades profesionales más ocurrentes son las dermatosis ocupacionales, debidas al contacto con cemento, y otras sustancias que afectan sobre todo a los trabajadores de la construcción. También se presentan casos de saturnismo en trabajadores de tipografía.

TERCERA SECCION

LA RESPONSABILIDAD PATRONAL

Según quedó expuesto, de acuerdo con la teoría del riesgo profesional, que consagra nuestra legislación de trabajo, el patrono es responsable en principio en cuanto a los riesgos profesionales que sufran los trabajadores con ocasión o por consecuencia de las labores que realizan, salvo las excepciones que expresamente establece la ley.

Nuestro Código de Trabajo sienta ese principio en el artículo 210, el cual dispone que "Se presume que el patrono es responsable de la reparación de los riesgos profesionales ocurridos a sus trabajadores, en los términos del artículo 203. Se exceptuarán, cuando se rinda la prueba judicial correspondiente, los casos debidos a fuerza mayor, y sin relación alguna con el trabajo, los provocados intencionalmente por la víctima y los debidos al estado de embriaguez imputable a ésta". El párrafo segundo de este artículo dispone lo siguiente: "La imprudencia profesional, o sea la omisión del trabajador de tomar ciertas precauciones debido a la confianza que adquiere en su pericia o habilidad para ejercer su oficio, no exime al patrono de responsabilidad".

La presunción de responsabilidad patronal que establece el texto legal transcrito es desde luego relativa, pues admite prueba en contrario, en los tres casos expresamente señalados por el mismo, y que son los siguientes:

a) Fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo.

El profesor Adrien Sachet expresa los siguientes conceptos sobre este punto:

"La fuerza mayor es un fenómeno natural de orden físico o moral, que escapa a toda previsión y cuya causa es absolutamente extraña a la empresa. Los acontecimientos de fuerza mayor, son, en el orden físico, los temblores de tierra, los ciclones, las inundaciones, el rayo, etc.; y en el orden moral, la invasión extranjera, el bandidaje, la guerra civil, etc., en una palabra, todo esto que la ley inglesa reúne bajo las expresiones "hechos de Dios y Enemigos de la Reina". Lo que caracteriza a la fuerza mayor es que tiene su causa en un hecho totalmente desligado de la empresa, de donde se sigue que sus consecuencias dañosas no deben ser comprendidas, al menos en principio, en la ley sobre accidentes del trabajo. Puede ocurrir, sin embargo, que el ejercicio de una industria tenga por efecto agravar el peligro que estos fenómenos naturales hacen correr a los obreros que ocupa. En tales casos deviene aplicable el principio de riesgo profesional. La Corte de Casación afirma la misma idea: en principio, la ley de 9 de abril de 1898 no se aplica a los accidentes debidos a la acción de las fuerzas naturales, aún cuando hayan sobrevenido durante el trabajo, pero será de otra manera si el Juez comprueba que el trabajo contribuyó a poner en movimiento esas fuerzas o agravó su efectos".⁽²¹⁾

Nuestra ley recogió esos conceptos de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, pues exige que la fuerza mayor, para que pueda ser considerada como eximente de responsabilidad patronal, sea extraña y sin relación alguna con el trabajo.

Los autores Gaete Berríos y Barriga Errázuris dan algunos ejemplos acerca de la aplicación de las ideas antes expuestas sobre este punto: "Si un río sale de madre y ahoga a los obreros de una fábrica, no cabe hablar de accidente de trabajo, pues el accidente se debió a una fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo. En cambio, si para proporcionarse fuerza motriz, la fábrica ha construido una laguna y viene un terremoto a romper uno de los diques, ahogando a varios obreros, nos encontramos en presencia de un accidente de trabajo, pues existe estrecha relación entre el trabajo y el accidente, no siendo los efectos de la fuerza mayor del todo extraños a la explotación".⁽²²⁾

A diferencia de la fuerza mayor que tiene una causa exterior, independiente de la empresa, el caso fortuito es un acontecimiento que si bien escapa a la previsión humana, tiene su causa en el funcionamiento mismo de la explotación. El caso fortuito es la falta objetiva, es decir, la falta, no del empresario, sino de la industria. Una Caldera construída con todas las reglas de la técnica explota; es la revelación de la impotencia actual de la ciencia aplicada a la industria; si sobreviene un progreso, el caso fortuito de ayer será la falta del patrono.⁽²³⁾

b) Los riesgos profesionales provocados intencionalmente por la víctima.

(21) Tratado Teórico y Práctico de la Legislación sobre los Accidentes del Trabajo y las Enfermedades Profesionales.

(22) Derecho del Trabajo.

(23) Adrian Sachet. Ob. cit.

En estos casos existe lo que en doctrina se llama "dolo del trabajador", es decir, la intención, la que debe entenderse no solamente como la voluntad del trabajador de cumplir el acto que determina el accidente, sino también el hecho de querer las consecuencias dañosas del mismo. Es lógico y comprensible que en esa situación se exima de responsabilidad al patrono.

c) Los riesgos profesionales debidos al estado de embriaguez imputable a la víctima.

Es esta una excepción que no figura en la ley francesa de 1898, pero que sí consagran algunas legislaciones como la mejicana. Hoy día se discute si el alcoholismo del trabajador, cuando llega a constituir una enfermedad, debe considerarse como eximente del patrono. Los que advierten esa tesis estiman que en esa situación la voluntad del trabajador se encuentra limitada por el estado patológico que sufre y que, en consecuencia, no debe privársele a él o sus beneficiarios del derecho de percibir indemnización. En tal sentido está inspirado el proyecto de reforma antes aludido presentado a la Asamblea Legislativa, al establecer en el artículo 206, inciso b) la regla siguiente:

"La embriaguez o cualquier otra forma de narcóticos no hará perder el derecho al trabajador cuando sea resultado de enfermedad a juicio del Organismo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia. En ningún caso la embriaguez o la narcosis hará perder el derecho a los causahabientes del trabajador".

Si bien el párrafo segundo del artículo 210 de nuestro Código Laboral, expresa que "la imprudencia profesional, o sea la omisión del trabajador de tomar ciertas precauciones debido a la confianza que adquiere en su pericia o habilidad para ejercer su oficio, no exime de responsabilidad al patrono", nuestra ley no resuelve en forma expresa la cuestión relativa a la culpa del trabajador, como eximente patronal, bastante discutida en la doctrina y respecto de la cual no hay uniformidad en las legislaciones.

La Corte Suprema de México analizó este problema, en sentencia de 21 de febrero de 1935, en la cual hizo al respecto las siguientes consideraciones:

"La teoría del riesgo profesional, al substituir la responsabilidad subjetiva, dejó a cargo del patrono la responsabilidad por los accidentes sufridos por los trabajadores con motivo o en ejercicio de su trabajo, independientemente de que existiera culpa de su parte, en atención a que la misma es inevitable a causa del cansancio y descuido naturales, debidos a la tensión producida por el trabajo, pudiendo decirse, en términos generales, que la doctrina fue creada para imponer al patrono la responsabilidad por los accidentes, precisamente en los casos en que haya culpa del trabajador o cuando interviene un caso fortuito, toda vez que la culpa del patrono origi-

naba su responsabilidad aún dentro de las viejas ideas. Por consiguiente, querer excluir la aplicación de la fracción XIV del artículo 123 de la Constitución, en los casos en que haya culpa del trabajador, es inadmisibles, puesto que tal exclusión implicaría la destrucción del fundamento mismo de la teoría. Se sostiene, no obstante, que en el caso no se trata de la culpa que puede llamarse profesional, sino imprudencia grave y que si bien aquella no excluye la responsabilidad patronal, sí es causa excluyente de dicha responsabilidad la segunda, ya que por sus caracteres dejar de ser culpa profesional, para transformarse en un acto que la doctrina conoce con el nombre de "dolus proximus".

Si bien es verdad que algunas legislaciones consideran a la última como excluyente de responsabilidad para el patrono, no lo es menos que una gran parte de los tratadistas la incluyen dentro de los riesgos profesionales, en atención a las dificultades que existen para distinguir hasta donde llega la culpa profesional y donde comienza la culpa grave; pudiendo citarse a este respecto la opinión de García Oviedo y las conclusiones del Congreso Internacional de Berna, que resolvió que era inhumano exponer al trabajador a la miseria por toda la vida, teniendo en cuenta que la lesión sufrida era ya un castigo suficiente por la imprudencia cometida".

La jurisprudencia de nuestra Sala de Casación no admite esa tesis según puede verse de la sentencia de las 15 horas y 30 minutos del 6 de diciembre de 1960.

OTRAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROTECCION A LOS TRABAJADORES POR LOS RIESGOS PROFESIONALES QUE SUFRAN

El artículo 206 de nuestro Código de Trabajo contempla casos generales que constituyen verdaderas excepciones a la doctrina del riesgo profesional, en cuanto priva a ciertos grupos de trabajadores de la protección por los riesgos profesionales que sufran con ocasión o con motivo de las labores que realizan por cuenta ajena. Esos grupos marginados son los siguientes:

- a) Los trabajadores a domicilio, definidos en el artículo 109 *ibídem* como "los que elaboran artículos en su hogar u otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éstos".

El fundamento de esa exención de responsabilidad patronal puede encontrarse en la imposibilidad en que está el patrono de ejercer la facultad de vigilancia y control sobre esa clase de trabajadores, quienes realizan sus tareas fuera del establecimiento de la empresa, pues lo hacen en su

propio hogar generalmente. Además, la doctrina admite que puedan hacerse ayudar por sus familiares.⁽²⁴⁾

- b) "Los trabajadores que sean contratados eventualmente, sin ánimo de lucro, por una persona física que los utilice en obras que por razón de su importancia u otro motivo debieren durar menos de cinco días".

En el caso de este inciso la exoneración de responsabilidad del patrono se basa en la idea original de la doctrina del riesgo profesional, que considero que éste se refería a la empresa, pensamiento que, según algunos autores fue el que inspiró ley francesa de 1898: si el empresario es el que obtiene los beneficios derivados de la empresa lo equitativo es que reporte los riesgos derivados de la misma. Ahora bien: tratándose de trabajos que no importan lucro es decir, ganancia, para el patrono, no existiría de acuerdo con ese criterio, fundamento para imponerle la carga por los riesgos que sufrieran sus trabajadores. En el inciso comentado se trata de compaginar ese criterio con el interés social que demanda que los trabajadores que sufren riesgos de trabajo reciban adecuada indemnización y al efecto se adopta una fórmula conciliatoria que consiste en limitar el plazo (cinco días) de duración de las obras, llevadas a cabo sin ánimo de lucro, para los fines de la eximente respectiva.

En relación con esta norma legal es de interés citar la jurisprudencia de la Sala de Casación según la cual los trabajos de reparación que se hagan en una casa que es destinada por su dueño a los fines de arrendamiento, sí importan lucro para éste y, en consecuencia, le cabe responsabilidad en cuanto a los accidentes de trabajo que sufran los obreros ocupados en estos trabajos (Sentencia de Casación N° 45 de las 15 horas del 26 de abril de 1968).

- c) Los trabajadores del servicio doméstico.

Estos servidores son definidos por el artículo 101 del Código de Trabajo como los "que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, cocina, asistencia y demás propias de un hogar, residencia o habitación particulares, que no importen lucro o negocio para el patrono".

En el caso de esta excepción es indudable que nuestro legislador ha tenido en cuenta, como fundamento de la misma dos circunstancias: una, la ausencia de lucro en cuanto al patrono, con base en la orientación antes mencionada y otra, la de que, por lo menos en la época de promulgación de la ley de 1925, en la cual por primera vez se incluyó esta excepción los trabajadores domésticos se consideraban integrados a la familia dentro de la que prestaban servicios. La mencionada ley se inspiró a su vez en la ley española, la cual comenta Carlos García Oviedo en los siguientes términos:

(24) García Oviedo. Derecho Social. Nota N° 41 en página 196.

"El servicio doméstico, del que no se hablaba en la ley de 1900, queda explícitamente excluido, por la legislación actual, de los beneficios de la indemnización por accidentes. Las graves dificultades que entraña la aplicación del derecho social, en general, a quienes prestan servicios en el interior del hogar, ha impulsado constantemente al legislador a tener que renunciar todo intento de prestar protección, caso de accidente, a los que figuran en dicho servicio".⁽²⁵⁾

Cabe advertir, finalmente, que los incisos d) y e) del artículo 206 del Código de Trabajo, que aludían a los trabajadores ocupados en labores propiamente de agricultura, silvicultura y ganadería, lo mismo que los ocupados en labores de transporte agrícola de tracción animal, todos los cuales en principios estaban excluidos de la protección por riesgos profesionales, fueron derogados por Ley N° 5040 de 10 de agosto de 1972.

CUARTA SECCION

LA REPARACION DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

La reparación de los infortunios de trabajo comprende principalmente dos aspectos:

- a) Restablecer la integridad física y la salud del trabajador, mediante la pertinente asistencia médica y farmacéutica y el suministro de los aparatos que sean necesarios; y
- b) Una indemnización pecuniaria que tiene por objeto indemnizar al trabajador por el tiempo perdido y, en su caso, por la incapacidad sufrida, o a los deudos, en el caso de muerte de aquél.

En cuanto al primer aspecto enunciado, el Código de Trabajo, en su artículo 236, impone al patrono respectivo la obligación a facilitar gratuitamente a la víctima del riesgo profesional, la asistencia médica y quirúrgica, lo mismo que las medicinas, apósitos y demás artículos farmacéuticos; los aparatos ortopédicos necesarios, si bien con la limitación a la suma de trescientos colones; y los gastos de traslado y hospitalización de la víctima, así como los que demanden su hospedaje y alimentación, cuando ésta deba tratarse y vivir en lugar distinto de su residencia.

INDEMNIZACIONES

Debe hacerse la distinción entre riesgos profesionales que no producen la muerte del trabajador y los que sí tienen esa consecuencia. En cuanto a los primeros, la ley establece el pago de las siguientes indemnizaciones:

- a) La de incapacidad temporal, sea la incapacidad que afecta al trabajador desde el día en que sufre el riesgo profesional, hasta el día

(25) Ob. cit.

en que se halle perfectamente curado de sus lesiones o en condiciones de volver al trabajo, de conformidad con el dictamen médico correspondiente. Durante ese lapso el trabajador tiene derecho al pago de la mitad de su salario, en los mismos días y condiciones en que debía serlo el salario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213, inciso a) del Código Laboral.

El párrafo segundo de ese inciso sienta la siguiente regla:

"Si transcurrido un año no hubiere aún cesado la incapacidad temporal, la indemnización se regirá por las disposiciones relativas a la incapacidad permanente".

La anterior norma legal ha dado lugar a varias interpretaciones, pues no indica concretamente a cuál incapacidad permanente se refiere (parcial o absoluta), cuestión que también se discutió en España, de cuya ley tomó nuestro legislador el principio comentado. Nuestra Sala de Casación, en sentencia N° 14 de las 13 horas y 30 minutos del 30 de enero de 1969, resolvió que, en el caso de que el período de incapacidad temporal exceda de un año, el trabajador víctima del riesgo profesional correspondiente tiene derecho al pago de medio salario durante el primer año de ese período y en cuanto al tiempo que exceda de ese año, y que esté comprendido dentro de la incapacidad temporal, el patrono, o en su caso el Instituto Nacional de Seguros deberá pagarle indemnización de acuerdo con las reglas relativas a la incapacidad absoluta permanente, que es el criterio que en algunas ocasiones siguió la jurisprudencia española, aunque en otras se sostuvo que el pago de la indemnización en cuanto al tiempo excedente de un año debía hacerse de acuerdo con el estado en que se encuentren las lesiones al cumplirse ese plazo.⁽²⁶⁾

b) INCAPACIDAD PERMANENTE

Al quedar curado el trabajador de las lesiones sufridas por el riesgo profesional puede conservar la capacidad normal para trabajar, en cuyo evento la única indemnización pecuniaria que le corresponde es la relativa a la incapacidad temporal antes indicada. Sin embargo, en la mayoría de los casos no sucede así, sino que, por el contrario, el riesgo profesional produce en la víctima una disminución o pérdida de su capacidad laboral, es decir, determina una incapacidad de carácter permanente.

Refiriéndose a este tópico, el Magistrado del Trabajo de España, Miguel Hernández Márquez, expone lo siguiente:

"Tanto el concepto teórico del accidente, como el dado en nuestro derecho positivo, nos hablan de una lesión o un daño producido al trabajador y en íntima conexión con el trabajo realizado.

(26) Hernández Márquez, ob. cit página 180 y 181.

Con ello queda iniciado el concepto de incapacidad, que como su misma denominación expresa, ha de producir una imposibilidad de ejercer la normal capacidad laboral de que hasta entonces venía disfrutando el accidente. Con estos dos elementos tenemos presentado el esquema básico de lo que es la incapacidad: alteración de la normalidad anatómica en el que la padece y limitación en su posibilidad funcional para el trabajo. De ello se desprende claramente la doble naturaleza que ha de revestir y que nos mueve a considerarla como un resultado anatómico-funcional, o sea que ha de tener una doble repercusión, tanto en la integridad física del operario, como en su posibilidad total para el trabajo".⁽²⁷⁾

Nuestra ley distingue solamente dos clases de incapacidad permanente:

- 1.—Incapacidad parcial permanente; y
- 2.—Incapacidad absoluta permanente.

El Código de Trabajo no define lo que es la incapacidad parcial permanente sino que contiene en su artículo 217, inciso a) una tabla de valoración en la cual se fijan los respectivos porcentajes de incapacidad, tomando en cuenta la importancia anatómico-funcional del miembro u órgano afectado, en cuanto a la capacidad general del trabajo, a base de la pérdida total de aquéllos. En los casos en que la pérdida del uso de cualquier miembro u órgano especificado en la tabla no fuere total sino parcial, el dictamen médico debe fijar el tanto que corresponda a base del uso total de dicho miembro u órgano. (Artículo 217, inciso a), párrafo último, del Código Laboral.

Monto de la indemnización en los casos de incapacidad parcial permanente.

Nuestra ley acuerda, para las víctimas de los riesgos profesionales que tuvieran esa consecuencia, el pago de una renta anual, durante cinco años, que se calcula a base del salario anual del trabajador y del tanto por ciento de incapacidad neta para el trabajador, sin que dicha renta pueda exceder del cincuenta por ciento de ese salario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213, inciso b) *ibídem*.

Es importante mencionar que de acuerdo con nuestra ley y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo, la pérdida de incapacidad parcial del obrero, para los fines de la indemnización respectiva, se determina a base de su capacidad general para el trabajo y no en relación con la clase de profesión u oficio que habitualmente desempeña.

(27) Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

LESIONES ESTÉTICAS

La tabla que contiene el artículo 217, inciso a) del Código de la materia incluye, con el número 32 la "Desfiguración notable de la cara", estableciendo esa clase de incapacidad parcial permanente de una manera general, es decir, sin referirla a determinada profesión, precisamente de acuerdo con el criterio antes enunciado. En consecuencia, podría darse el caso en que la desfiguración de la cara no tuviera en realidad ninguna consecuencia en el desempeño de la ocupación a que se dedica el trabajador afectado. Nótese que en esta situación no priva el principio de pérdida de la incapacidad funcional.

La cuestión relativa a las lesiones estéticas, como riesgos profesionales, ha sido debatida en la doctrina. El tratadista Mario De La Cueva⁽²⁸⁾ recoge las opiniones vertidas sobre este interesante tema por Hernáinz Márquez,⁽²⁹⁾ Lattes⁽³⁰⁾ y De Pozzo⁽³¹⁾ y con base en ellas sienta la tesis de que las deformaciones estéticas, cuando tienen repercusiones económicas en el salario del trabajador afectado o en sus aptitudes o posibilidades para ganarlo, dan derecho a la víctima para obtener indemnización. Esa disminución de la capacidad o rendimiento para el trabajo resulta evidente tratándose de artistas y modelos, pero puede darse perfectamente respecto de otras actividades laborales.

La Ley Federal del Trabajo de Méjico dispone en su artículo 407 que las deformaciones puramente estéticas, según su carácter, serán indemnizadas a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda, sólo en el caso de que en alguna forma disminuyan la capacidad de trabajo de la persona lesionada, teniendo en cuenta la profesión a que se dedica.

Nuestro Tribunal Superior de Trabajo aplicó este criterio, al resolver un caso, en sentencia dictada a las 9 horas y 30 minutos del 10 de noviembre de 1972, en la cual refiriéndose a este tópico, expresó los siguientes conceptos:

CONSIDERANDO II: "Ha quedado demostrada, en virtud de la prueba recibida, que a consecuencia del accidente sufrido el treinta de abril de mil novecientos setenta y uno, le quedaron al actor Mario Sánchez Sánchez, manchas blanquecinas sobre el dorso de las manos, que destacan en forma notoria en el fondo trigueno de la restante piel y las cuales tienen el carácter de permanentes. Si bien es cierto que el trabajador no resultó afectado en el funcionamiento de las manos, es indudable que tales manchas, en el dorso

(28) Derecho Mexicano del Trabajo.

(29) Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

(30) Accidentes del Trabajo.

(31) Accidentes del Trabajo.

de las mismas, repercuten desfavorablemente en la realización de su trabajo de agente vendedor y, como consecuencia, en su salario, pues la apariencia física en esa ocupación es factor importante. Al respecto, el tratadista León Lattes, en su obra "Accidentes de Trabajo" —página 96— refiriéndose a la incapacidad para el trabajo, expone: "... Desde hace muchos años, en la enseñanza de la medicina legal del seguro, se ha bosquejado un concepto de la incapacidad para el trabajo, el cual no ha quedado fijo en la doctrina, sino que ha sufrido cierta evolución en el sentido menos literal, es decir, más generoso y favorable al obrero. El ensanchamiento más importante fue el de subsistir por el concepto de capacidad de ganancia el más restringido de capacidad de trabajo. Este ensanchamiento es lógico y natural, cuando el intérprete se refiere al fin primordial de las leyes de accidentes (aparte del de la reintegración funcional-laborativa), que es el de lograr la compensación económica del menoscabo económico sufrido por el obrero. El trabajo no debe considerarse en sí mismo, sino como medio para ganar un sueldo. En consecuencia, caben según justicia —aunque no literalmente— dentro del marco de la disposición legal, todas las lesiones que, si bien no merman la intrínseca capacidad de trabajo, o sea respetan la integridad funcional-energética del organismo, alteran la llamada capacidad de colocación o de competencia, en el mercado del trabajo. Esto se aplica principalmente a las lesiones estéticas, cuya influencia sobre las posibilidades de colocar ventajosamente la capacidad de trabajo es, en general, innegable". Por otra parte, no es admisible la tesis que sustenta el señor Juez a quo, en el considerando segundo de la sentencia recurrida, de que en el capítulo referente a riesgos profesionales de nuestro Código de Trabajo, no existe, disposición alguna que dé la posibilidad de que la secuela estética pueda dar margen a una incapacidad —folio 41 fte., línea 21 a 26—. Esa disposición de que se echa de menos, puede localizarse en el inciso c) del artículo 217 del Código ibídem, que se refiere, en general, a la "indemnización por... lesiones orgánicas o funcionales no comprendidas en las reglas a) y b), o cuando éstas no fueren aplicables en cualquier caso ocurrente", como el que nos ocupa. Planteadas así las cosas, el Tribunal considera que las manchas despigmentadas —blanquecinas— en el dorso de las manos que presenta el trabajador Mario Sánchez Sánchez, como consecuencia del accidente sufrido, aun cuando no le producen ninguna limitación en el funcionamiento de las mismas, sí representan una alteración estética que disminuye indudablemente su capacidad para el trabajo de agente vendedor que realiza y, por lo tanto, debe indemnizársele. Equiparada dicha alteración estética a una incapacidad parcial permanente y habiendo sido fijada ésta, por el Consejo Médico Forense, en el cinco por ciento de la capacidad general del organismo, cabe revocar la sentencia de primera instancia y declarar con lugar el reclamo de riesgo profesional, debiendo condenarse al Instituto Nacional de Seguros al pago de la indemnización correspondiente".

Incapacidad absoluta permanente

De acuerdo con nuestra ley, esta clase de impedimentos se refiere a la capacidad del trabajador respecto de toda clase de labores, es decir, nuestro Código de la materia no contempla, como si lo hacen otras legislaciones entre ellas la española,⁽³²⁾ la incapacidad permanente para la profesión habitual.

El artículo 217 de nuestro Código, en su inciso b) enuncia taxativamente las situaciones que constituyen incapacidad absoluta permanente.

1.—Las lesiones que evaluadas en conjunto sumen ciento por ciento o más, de acuerdo con las reglas sobre incapacidad parcial permanente. Se trata del caso en que un trabajador debido a un riesgo profesional sufre lesiones en varios miembros u órganos y valoradas en total esas lesiones suman ciento por ciento.

2.—Cuando tales lesiones sumen ochenta y cinco por ciento o más, si la víctima fuere mayor de cincuenta años.

Como puede apreciarse, en este caso es factor fundamental para la determinación de esta incapacidad, la edad del trabajador.

3.—Si las lesiones sufridas, evaluadas en la forma dicha suman setenta y cinco por ciento o más, si la edad de la víctima fuere mayor de setenta años.

4.—La lesión funcional del aparato locomotor.

5.—La pérdida de los dos ojos, entendiéndose por ella la pérdida del órgano o la pérdida total de la vista.

6.—La pérdida de un ojo, con disminución de más del cincuenta por ciento de la fuerza visual del otro; y

7.—La enajenación mental incurable.

Casos no previstos en las tablas respectivas.

Quando se trate de enfermedades profesionales o de lesiones orgánicas o funcionales no comprendidas en las tablas respectivas, la incapacidad permanente, sea parcial o absoluta, será fijada de acuerdo con los dictámenes médicos respectivos.

Limitación temporal de las rentas por incapacidad permanente.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 213, del Código de Trabajo, la renta que se acuerda a favor de la víctima en los casos de

(32) Hernández Márquez, ob cit.

incapacidad permanente, sea parcial o absoluta, no es vitalicia ni íntegra: en el primer caso se paga durante cinco años, y el segundo, durante diez años, y no se basa en el salario total del trabajador.

Esta limitación de la indemnización respectiva arranca de la formulación original de la teoría del riesgo profesional, la cual constituyó, una transacción entre los principios de Derecho Civil sobre responsabilidad y las nuevas ideas en cuanto a los accidentes de trabajo. Rouast y Givord⁽³³⁾ explican así esta conciliación de principios:

"La ley no consagra sino una responsabilidad parcial del patrono, en tanto en el derecho común la reparación del daño debe efectuarse integralmente. Este rasgo característico es una consecuencia de la extensión de la responsabilidad del patrono. El carácter objetivo de esta responsabilidad impone al patrono las consecuencias de la falta de la víctima, bien entendido no se trata de una falta intencional. La equidad no quedaría plenamente satisfecha con la aplicación pura y simple del derecho común, pues si es justo tener en cuenta los riesgos del trabajo, es grave que una persona pueda escapar a las consecuencias de sus propias faltas. Y si se quiere que los accidentes sean raros, es preciso que el obrero tenga interés en evitarlos. Por estas razones debió el legislador, como contra partida a la extensión de la responsabilidad del empresario, que la indemnización sea siempre parcial".

La Oficina Internacional del Trabajo expresa sobre este punto lo siguiente:

"El régimen conduce a una transacción, dicen los autores; el empleador abandona las garantías del derecho común en caso de accidente no imputable a su culpa; el obrero renuncia a una fracción de la reparación integral exigible en caso de culpa demostrada del patrono, para obtener en cambio el beneficio de una reparación en los casos de accidentes, debidos a su culpa, al caso fortuito o a causas indeterminadas".⁽³⁴⁾

A este respecto es oportuno indicar que algunas legislaciones ya han abandonado esa doctrina de transacción y establecen por lo menos en ciertos casos, indemnizaciones integrales en forma vitalicia. Entre nosotros si bien no ha sido modificada la legislación aplicable, el Instituto Nacional de Seguros, en virtud de Acuerdo tomado por la Junta Directiva en Sesión N° 2639 de 5 de febrero de 1953 concede una renta vitalicia en los casos de incapacidad absoluta permanente. Sin embargo, en cuanto a su monto esa renta constituye en todo caso una indemnización parcial pues está limitada a las dos terceras partes del salario que devengaba el trabajador víctima del riesgo profesional, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 231, inciso c) del Código Laboral.

Caso de un nuevo accidente ocurrido a un trabajador que ha sido indemnizado anteriormente por incapacidad absoluta permanente.

Conforme quedó expuesto, nuestra ley solamente contempla el caso de incapacidad total permanente, para cualquier clase de trabajo, y por ello la califica de absoluta; y desde luego no prevé la situación de un trabajador que ha sufrido esa incapacidad y que, sin embargo, después de un tiempo vuelve a trabajar y es víctima de un nuevo accidente, situación que sí regulan leyes extranjeras más avanzadas que la nuestra, como la que rige en España.

Habiéndose presentado un caso en las circunstancias apuntadas, el Instituto Nacional de Seguros se negó, no obstante estar asegurado el trabajador, a reconocer indemnización por el segundo accidente. Sometido el caso de decisión judicial, tanto el Tribunal Superior de Trabajo como la Sala de Casación resolvieron en el sentido de que el trabajador tiene derecho a una nueva indemnización.

El fallo de la Corte de Casación N° 88, de las 15 horas del 24 de julio de 1968, expresa los siguientes conceptos sobre la cuestión debatida:

CONSIDERANDO II. "Que esta Sala prohija las razones en que se apoya el Tribunal Superior de Trabajo para estimar que la circunstancia de que el actor sufriera un primer infortunio con incapacidad total permanente, no puede constituir obstáculo para reconocerle indemnización por el segundo accidente que ocurrió años después, cuando el señor XX estaba trabajando al servicio de un nuevo patrono. No es cuestión a examinar dentro de esos autos si la incapacidad por el primer riesgo fue o no bien valorada en el ciento por ciento, pues el presente juicio no es de revisión del anterior; de manera que el problema se reduce a resolver sobre el monto de la indemnización que le corresponde a XX por el segundo accidente, a la cual tiene derecho con prescindencia del error o del acierto que pudiera atribuirse a los peritos-médicos que valoraron como absoluta la incapacidad que sobrevino a raíz del primer infortunio. Ya ha dicho el Tribunal Superior que el Derecho de Trabajo no se nutre de ficciones sino de realidades; y la realidad es que el actor, a pesar de la incapacidad absoluta que los jueces le fijaron a causa del primer accidente, volvió a conseguir trabajo y se accidentó de nuevo. Además, no es insólito que una persona pueda volver a trabajar después de haber sufrido lesiones que le dejaron como secuela una incapacidad total de carácter permanente, pues todo depende de la índole de las lesiones y de lo que valga el individuo como ser humano, es decir, de su fuerza moral y de su determinación a enfrentarse a la adversidad y vencer las limitaciones que lo afectan, aunque no logre una rehabilitación completa. Nótese que la incapacidad absoluta no siempre equivale a la invalidez, al menos con arreglo a la ley costarricense, pues en algunos de los casos a que se refiere el artículo 217, párrafo b), del Código de Trabajo (que son los de incapacidad total permanente), el impedimento no excluye que el

(33) Citados por Mario De la Cueva, en Derecho Mexicano del Trabajo.

(34) La Reparation des Accidents du Travail.

trabajador pueda encontrar alguna otra ocupación; por ejemplo, si la incapacidad fue por lesiones en las piernas, que evaluadas en conjunto sumen el ciento por ciento o más, siempre le será posible realizar algún trabajo que no lo obligue a moverse continuamente o a estar de pie, como lo sería en labores de manufactura, si fuere un obrero, o en ciertas actividades de tipo intelectual si tuviere preparación para ello”.

Riesgos profesionales que causan la muerte del trabajador.

Cuando se trata de riesgos profesionales que producen la muerte del trabajador, la ley acuerda indemnizaciones a favor de las personas que conforme a la organización familiar viven a expensas del trabajador, y cuya enumeración hace el Código de Trabajo en su artículo 218.

El derecho que la ley confiere a los beneficiarios indicados en esa disposición legal es un derecho propio, no un derecho sucesorio, y por ello no se requiere abrir juicio de sucesión para que aquéllos puedan reclamar la respectiva indemnización, la cual consiste en el pago de una renta que se paga durante un periodo determinado.

La ley coloca en primer lugar, como es lógico, al cónyuge supérstite que vivía con el trabajador fallecido, o divorciado o separado judicialmente por causas imputables a éste, siempre que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a la fecha en que ocurrió el riesgo profesional. Tratándose del marido debe justificar que es incapaz para el trabajo para tener derecho a la renta, la cual en todo caso es equivalente al 20% del salario anual de la víctima y pagadera por un periodo de diez años. Si no hubiere menores con derecho a indemnización la renta se eleva al 30%.

La jurisprudencia de la Sala de Casación se ha ocupado del caso del cónyuge supérstite que no vivía con el trabajador fallecido ni era mantenido por éste. En sentencia de las 15 horas y 20 minutos del 10 de julio de 1946, esa Corte expresó lo siguiente:

CONSIDERANDO II: “Con aplicación correcta del artículo 218 inciso a) del Código de Trabajo, fue desestimado por los jueces de instancia el reclamo que hizo la actora en su condición de cónyuge supérstite del trabajador fallecido, por cuanto se tuvo por demostrado que dicha reclamante no convivía con su marido. Del análisis que se hizo de la prueba aparece que efectivamente la actora se había alejado de su esposo y mantenía relaciones de público concubinato con . . . , sin que el marido proveyera a su sostenimiento. En suma, se trata de cónyuges que contrariamente a los efectos del matrimonio, conforme al artículo 73 del Código Civil, no cumplía con el deber de guardarse fidelidad ni de socorrerse mutuamente. Si bien el artículo 218 del Código de Trabajo no especifica que el cónyuge supérstite debiera haber vivido a expensas del cónyuge fallecido, así debe entenderse, porque la reparación en los casos de riesgo profesional sólo tiende a mantener, en lo posible por razones

de orden público, la situación económica de la familia existente en el momento de accidentes. De modo que si los principios en que deben inspirarse los jueces para el reconocimiento de rentas a los causahabientes, son los de que desaparecido el obrero, desaparecen los ingresos que servían para sostener a las personas que estuvieron bajo su amparo, en el caso ocurrente, esos principios dan base sólida para el rechazo de la reclamación que hace la actora porque ella, desde fecha muy anterior al accidente, no estaba bajo su amparo y protección: y si en vida del esposo, la actora no recurrió a los medios legales para obligarle a mantenerla, no es lógico que trate ahora de ejercer derechos contra el patrono y el Banco asegurador, que no ejerció contra marido cuando éste vivía”.

En el inciso b) del artículo 218 comentado, establece nuestra ley rentas para los menores vinculados con el trabajador fallecido a causa del riesgo profesional. Sus disposiciones son muy claras y por ello no requieren explicación. Unicamente cabe señalar que, en cuanto a la posesión notoria de estado a que se refiere esa norma legal, han resuelto los Tribunales de Trabajo que no es necesaria su comprobación en juicio civil, sino que la prueba respectiva puede hacerse en el juicio laboral correspondiente.

El inciso c) del mismo artículo 218 concede renta a la madre del trabajador, sin que sea necesario que ella compruebe que vivía a expensas del trabajador, porque al respecto la ley establece una presunción absoluta. En cambio, en cuanto al padre de la víctima el inciso d) exige para que pueda tener derecho a renta, que sea sexagenario o incapacitado.

Por último, el inciso e) establece rentas para los demás ascendientes y descendientes, lo mismo que para parientes colaterales, que vivieran a expensas del trabajador fallecido.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 221 ibídem, el monto de las rentas que se acuerden conforme a lo indicado anteriormente no puede exceder del 60% del salario anual de la víctima. Cuando la suma de las rentas sobrepase ese límite, las mismas serán reducidas proporcionalmente, pero sin perjuicio de las que hubieren establecido, por orden de incisos, antes de producirse tal exceso.

El artículo 220 del Código de la materia establece la presunción de muerte del trabajador, cuando éste desapareciera a consecuencia de un riesgo profesional, sin que haya certidumbre de su fallecimiento y no vuelvan a tenerse noticias suyas dentro de los treinta días posteriores al suceso.

En tal caso los beneficiarios tendrán derecho a percibir las indemnizaciones legales, sin perjuicio de lo que procediere, en caso de que se pruebe posteriormente que el trabajador está vivo.

Esa disposición no dice claramente qué es lo que procede cuando se produce la situación últimamente indicada, es decir, si se prueba que el trabajador vive. A mi juicio, podrían darse dos soluciones:

- a) caducidad de las rentas, pero sin obligación de las personas beneficiadas de devolver lo recibido; y
- b) caducidad de dichas rentas y además, obligación de tales personas de devolver lo percibido.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no registra ningún pronunciamiento sobre un caso como el apuntado.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES POSESORIAS

(UNA INTERPRETACION LITERAL,
CON UN EXCURSO METODOLOGICO)

Dr. Enrique P. Haba

Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica
Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung

*Al Dr. Adolfo Gelsi Bidart, en cuyo Seminario de
Derecho Procesal tuvo su origen este estudio.*

SUMARIO: Introducción. I) Planteamiento. A) LOS DERECHOS SUSTANTIVOS CIVILES Y SUS ACCIONES: II) Los derechos reales y los derechos personales. III) ¿Existen derechos civiles privados que no sean reales, ni tampoco personales? IV) La acción y el derecho sustantivo. V) La acción real y la acción personal. VI) Las acciones mixtas: a) opiniones doctrinarias. VII) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. VIII) ¿Existen acciones civiles que no sean reales, ni personales, ni mixtas?: a) opiniones doctrinarias. IX) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. B) NOCION GENERAL DE ACCION POSESORIA; ENUMERACION DE SUS TIPOS: X) Concepto de "acción posesoria" y de "posesión". XI) Tipos de acción posesoria: a) problemas de texto. XII) Continuación: b) opiniones doctrinarias. XIII) Continuación: c) apreciación crítica y conclusiones. C) NATURALEZA DE CADA ACCION POSESORIA: XIV) ¿Las acciones posesorias son reales, personales o mixtas? XV) La acción de restitución: a) opiniones doctrinarias. XVI) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. XVII) La acción de amparo: a) opiniones doctrinarias. XVIII) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. XIX) La acción de violento despojo. XX) La acción de denuncia de obra nueva. XXI) Síntesis final de conclusiones. EXCURSO: Algunas acotaciones de carácter metodológico.

INTRODUCCION

Este artículo persigue una doble finalidad. Pretende ilustrar sobre la manera de llevar a cabo interpretaciones literales y, además, quiere brindar una información general sobre el régimen de las acciones posesorias en la legislación uruguaya (acaso pueda servir, desde este último punto de vista, como un dato para exámenes de derecho comparado).

Por un lado, pues, se trata de mostrar, a través del análisis de un instituto jurídico determinado, tal cual éste se presenta en una legislación positiva (la uruguaya), de qué manera puede operar una interpretación que busca ser simplemente *literal*. Ello permitirá mostrar, de manera práctica, la *relativa autonomía* de este medio interpretativo. Pero servirá asimismo para destacar, a través del cotejo con soluciones sostenidas por otros autores, que la interpretación literal no es más que uno de los medios interpretativos posibles; es decir, que el mismo puede eventualmente ser completado o desplazado por otros tipos de criterios. Expuse esas ideas en un trabajo aparecido en el último número de esta *Revista*.⁽¹⁾ En tal sentido, el artículo presente puede ser visto como un complemento del anterior.

Por el otro lado, se trata aquí de presentar un comentario ordenado de las disposiciones vigentes sobre *acciones posesorias* en el Derecho escrito uruguayo. Y, puesto que ello ha de basarse sobre una interpretación literal, consistirá en un análisis que pretende ser de carácter antes bien reconocitivo —de lo que "dice" la ley— que "constructivo".

Es cierto que la interpretación de los textos, la manera de indagar lo que ellos "dicen", es asunto abierto a mucha discusión. La problemática de la interpretación constituye tal vez el punto clave —el más difícil de precisar, un objeto de abundantísima controversia— en los estudios sobre metodología jurídica. Ahora bien, las soluciones que "reconoceré" como sentido de los textos a interpretar, reposan sobre esquemas de razonamiento que presuponen una cierta metodología interpretativa. De ello

(1) Enrique P. HABA, "En torno al concepto de la interpretación literal", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 33 (setiembre-diciembre 1977), pp. 127-160.

me he ocupado en otros sitios.⁽²⁾ Aquí debo contentarme con señalar que doy por presupuesta la legitimidad de interpretaciones literales y que, por eso, pienso que vale la pena mostrar la viabilidad de las mismas, propósito para el cual me sirvo de las acciones posesorias como un ejemplo. Ello no me impide ver, por supuesto, que también otras interpretaciones pueden ser legítimas, en la medida en que se acepte *otros* fundamentos; para subrayar este punto agregaré, al final, un Excurso destinado a destacar el carácter contingente que tienen las "naturalezas jurídicas".

Sea como fuere, afirmar la "relativa autonomía" de la interpretación literal no supone desconocer, de ninguna manera, que la doctrina y la jurisprudencia desempeñan un papel activo en la interpretación y aplicación de las leyes. Nada más lejos de lo que piensa el autor de este trabajo que negar ese hecho, por demás evidente. Sin embargo, mientras no se llegue hasta el punto de sostener una identificación absoluta entre estas tres fuentes —legislación, jurisprudencia, doctrina—, resulta obvio que la ley presenta un contenido semántico que guardará *algún* grado de independencia. Dicho contenido puede ser aprehendido por interpretaciones literales.

En efecto: si se admite que la jurisprudencia y la doctrina pueden *equivocarse* al interpretar una ley, o incluso si se considera que ellas deben —con vistas a la aplicación— "mejorar" lo que resulta del texto legal estricto, entonces ya se está admitiendo que la ley ofrece un sentido normativo *propio*, por lo menos en cierta medida. Y es precisamente *ese* sentido, que corresponde a criterios semánticos vinculados al lenguaje legal *mismo*, lo que hay que empezar por reconocer —interpretación literal— antes de saber qué es lo que debería hacerse con aquél: si aplicarlo tal cual (suponiendo que ello sea posible), si modificarlo o si complementarlo de algún modo.

(2) Cf. principalmente dos de mis trabajos: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela (Facultad de Derecho), Cuaderno de Filosofía del Derecho 9, Caracas, 1972 (1976); y "Lenguaje jurídico e interpretación literal", en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, N° 1, Valencia-Venezuela (aparece próximamente). También me he ocupado de aspectos concernientes a la interpretación jurídica en algunos otros estudios, sobre todo en los siguientes: "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII (1973), pp. 371-383; "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Ibid.*, t. XX (1975), pp. 385-400; "La voluntad del Legislador: ficción o realidad?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 32 (mayo-agosto 1977), pp. 73-88; "En torno al concepto de la interpretación literal", en *Ibid.* (ver la nota anterior); y "Sobre una interpretación de la interpretación judicial", aparecerá en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, N° 1.

Por otra parte, corresponde acotar que en el presente trabajo no examino el problema de la *justificación* misma de interpretaciones literales. Me limito a ver cómo *funciona* ésta en un caso concreto: el de la legislación sobre acciones posesorias en el Derecho uruguayo. El problema de la justificación, sin embargo, se encuentra tocado, aunque de una manera más bien lateral, por las acotaciones que efectuaré en el Excurso.

Así, el descubrimiento de un^(2 bis) sentido que corresponde a la propia ley, sea o no que la jurisprudencia y la doctrina se contenten luego con ese mero *re-conocimiento*, constituye el *primer paso* necesario en todo procedimiento dirigido a enterarse de la normación positiva en un sistema de Derecho escrito. Con referencia a las acciones posesorias dentro del Derecho uruguayo, sólo ese primer paso constituirá el objeto de los análisis que aquí se expondrán.

* * *

La legislación uruguaya que en esta materia se halla todavía en vigencia es bastante antigua. El régimen de las acciones posesorias se encuentra regulado en el Código Civil (C.C.), del año 1868. El articulado especial correspondiente fue en lo esencial recogido, y ampliado, por el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), de 1878. Finalmente, en 1934 se sancionó el Código de Organización de los Tribunales (C.O.T.), algunas de cuyas disposiciones modifican artículos del C.P.C. aplicables a las acciones posesorias, especialmente lo relativo a la distribución de la competencia en función de la respectiva naturaleza —real o personal— del tipo de acción.

No abunda doctrina uruguaya sobre el tema. Ella consta, en lo fundamental, de algunos estudios publicados por los alrededores del año 30. Son sobre todo estos trabajos, no obstante su antigüedad, los que habremos de tener en cuenta aquí. Como se trata de un comentario sobre la legislación uruguaya *misma*, no se ve qué utilidad podrían aportar, desde el punto de vista de una interpretación literal, obras más modernas por de doctrinas ajenas al mismo. En los trabajos que se manejarán, por lo demás, el tema es objeto de análisis lo bastante pertinentes como para poner sobre el tapete las líneas esenciales de las cuestiones que importan para interpretar las leyes uruguayas en la materia.

Espero que, de la confrontación entre los puntos de vista sostenidos por esos autores y los que expondré por mi parte, el lector pueda extraer un panorama lo bastante amplio sobre la manera en que, dentro del marco del Derecho uruguayo, cabe enfocar el problema de la naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Pero más aún me interesaría que esa confrontación sirva para hacer ver lo contingente que es, de un modo

(2 bis) En realidad, a veces la interpretación literal puede conducir, según como sea utilizada, a justificar *más de un solo* sentido para las disposiciones interpretadas: cf. el artículo mencionado en la n. 1, esp. los Nos. V y XI. Pero aquí podemos prescindir de ese problema, pues no opondremos "nuestra" interpretación literal a otras interpretaciones igualmente literales, sino que discutiremos más bien contra interpretaciones de tipo no-literal.

general, la determinación del contenido de las "naturalezas jurídicas"⁽³⁾. Una interpretación literal, en cuanto fundada sobre el carácter convencional del lenguaje, puede así servir de antídoto (lo subrayaremos en el Excurso) contra los "esencialismos" en la conceptualización del Derecho.

I) PLANTEAMIENTO

1.—Abocarse a indagar si las acciones posesorias son de "naturaleza" personal, real o mixta, no deja de tener su importancia desde el punto de vista práctico en el Derecho uruguayo. Sirve, como lo señala Alejandro LAGARMILLA⁽⁴⁾, para dilucidar los siguientes puntos:

(i)—El sujeto pasivo de la acción.

Si la acción es personal, el demandado no podrá ser sino: a) el autor de la turbación o desposesión, b) o sus sucesores universales, c) o los sucesores particulares cómplices del acto ilícito. En cambio, si la acción fuese real podría ser dirigida, en todos los casos, contra cualquier sucesor particular, incluso contra inocentes o de buena fe.

(ii)—La competencia según el objeto del juicio.

Si se trata de una acción personal conocerá el Juez del domicilio del demandado, etc. (según los arts. 27 ss. del C.O.T.).

(3) "Establecer la naturaleza jurídica de un 'concepto' es, pues, establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de preceptos) considerado 'superior' o 'genérico' "(Sergio LE PERA, *La "naturaleza jurídica"*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971; p. 78). Determinar tales "naturalezas" consiste, así, en hallar "conexiones o enganches entre 'conceptos' de distinto nivel" (*Ibid.*, p. 74). Ello se relaciona con dos razones fundamentales: "La primera consiste en que la determinación de la naturaleza jurídica parece presuponer la existencia de (por lo menos) dos conjuntos (conceptos) superiores mutuamente excluyentes entre los cuales es necesario optar. El segundo, y probablemente más importante, consiste en que esta técnica está históricamente vinculada con la reducción de todo el material normativo a los pocos géneros fundamentales a que se recondujo el derecho de origen romano; y por esto la determinación de la naturaleza adquiere énfasis cuando lo que se trata es de introducir algún 'concepto' dentro de las categorías básicas del Derecho Civil" (*ibid.*, pp. 80-81).

En el cuerpo central (Secciones A-C) de este artículo examinaremos bajo qué conceptos fundamentales ("naturalezas jurídicas"), dentro del cuadro de las acciones procesales civiles, se pueden incardinar una serie de procedimientos previstos en el Tít. XV del C.P.C., interpretado literalmente. Y en el Excurso subrayaremos, luego, por qué las "naturalezas" de dichos procedimientos son convencionales.

(4) Alejandro LAGARMILLA, *De las acciones posesorias*, Claudio García, Montevideo, 1930; N° 61, p. 95.

2.—Dice CALAMANDREI,⁽⁵⁾ que entre los diversos criterios empleados a los efectos de clasificar las acciones, se encuentra aquel que toma como base la naturaleza sustancial de la relación o estado jurídico sobre lo cual se contiene. Así, la acción será real o personal, según que el derecho controvertido sea, respectivamente, real o personal. En el mismo sentido, COUTURE⁽⁶⁾ señala que la clasificación tradicional de las acciones —en reales, personales y mixtas— alude en forma directa al derecho que es objeto de la pretensión procesal. Si se acepta esta idea, aunque sea a título provisorio, en última instancia resulta que no habrá más remedio que plantear como cuestión previa: ¿cuándo un derecho sustantivo es real, personal o mixto?

3.—Por otro lado, puesto que el presente trabajo se ocupa de las acciones posesorias, habrá que empezar por tratar de definir el concepto general que corresponde a las mismas. Recién luego será el momento de centrar la atención, en particular, sobre la meta final: averiguar la naturaleza jurídica que es propia, respectivamente, a cada tipo de acción posesoria.

4.—Así planteadas las cosas, deberán dilucidarse, una tras otra, diferentes cuestiones. La resolución de cada una irá suministrando los presupuestos necesarios para pisar el terreno firme requerido a los efectos de pasar a la que le sigue en el orden de exposición. Por lo tanto, serán sucesivamente encarados los siguientes puntos:

- Concepto de derecho personal y de derecho real; diferencias entre ambos; la cuestión de si existen derechos que no sean ni reales ni personales.
- Concepto de las acciones reales, de las acciones personales y de las mixtas; relaciones de cada una de ellas con el derecho sustantivo; la cuestión de si existen acciones que escapen a aquella clasificación.
- Concepto general de acción posesoria; determinación de cuáles son, en particular, los distintos tipos de acciones posesorias.
- Naturaleza jurídica de la posesión; su relación con la naturaleza de la acción posesoria.
- Estudio, en especial, de la respectiva naturaleza de cada clase de acción posesoria.

En los párrafos que siguen se tratará, pues, de ir enfocando brevemente los aspectos fundamentales de los puntos que vienen de ser planteados. Y lo haremos sobre la base de una interpretación literal de la

(5) Piero CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962; Volumen I, N° 40, p. 292.

(6) Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque De palma Editor, Buenos Aires, 1958; N° 49, p. 84.

legislación uruguaya pertinente.

II) LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

5.—Nuestro punto de partida está dado por las disposiciones del C.C.:

"Derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del dominio. El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía; como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase." (art. 472).

Derechos personales son los que sólo puede reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales." (art. 473).

De todos modos, la interpretación de estos textos exige cierto desarrollo aclaratorio. Para esbozarlo, seguiremos indicaciones de ALSINA⁽⁷⁾ y de GUILLOT⁽⁸⁾.

6.—Los derechos personales autorizan a exigir de una persona determinada, el cumplimiento de una obligación (de dar, de hacer o de no hacer). Sus elementos son:

- sujeto activo (acreedor);
- sujeto pasivo (deudor);
- objeto (de la prestación).

La relación entre el acreedor y el deudor, es lo que constituye propiamente el derecho personal: el segundo se obliga, frente al primero, a cumplir una prestación.

7.—Por su parte, los derechos reales son los que permiten usar, gozar y disponer, de una cosa propia o ajena. Sus elementos son:

- sujeto activo (titular del derecho real);
- objeto (cosa sobre la cual se ejerce ese derecho).

(7) Hugo ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941; Tomo I, pp. 205-207.

(8) Alvaro GUILLOT, *Comentarios del Código Civil. De los Bienes*, Jerónimo Sureda Editor, Montevideo, 1926; Nos. 44-46, pp. 41-44.

Hay nítidas diferencias entre los derechos reales y los personales. Esas diferencias saltan a la vista en lo que tiene que ver con cuatro aspectos: el sujeto pasivo, el tipo de prestación, la enumeración de los derechos en cuestión, la existencia o no de preferencias. De esto se ocupan los cuatro numerales siguientes.

8.—Sujeto pasivo.

a) Los derechos personales son relativos, porque desde su nacimiento queda individualizado su sujeto pasivo: el obligado.

b) En cambio, los derechos reales son absolutos; ya que frente a ellos no aparece un sujeto pasivo individualizado más que en el caso de que éste haya incurrido en violación de aquel derecho (es desde ese momento que el violador queda sometido a la pretensión jurídica del titular del derecho). Es decir, que en la naturaleza del derecho real no está la necesidad de la existencia de un sujeto pasivo, sino que siempre aquel derecho preexiste a este sujeto eventual (o sea, a la determinación de un violador —que puede ser cualquiera—).

9.—Prestación.

a) Los derechos personales tienen por objeto una actividad del sujeto pasivo: un hacer propiamente dicho, o una abstención. A su vez, esta prestación (objeto de la obligación) puede o no referirse a una cosa que exista ya en el momento de nacer tal derecho.

b) En cambio los derechos reales se ejercen sobre las cosas —materiales o inmateriales—, con prescindencia de la actividad de las personas. Además, la cosa tiene que tener existencia actual para poder ser objeto de esos derechos.

10.—Enumeración.

a) El C.C. enumera una serie de derechos reales y hay otros establecidos por la legislación especial. De todos modos, su número es limitado, ya que sólo pueden ser creados por ley. La ley otorga situación privilegiada al derecho real. De ahí que todo contrato o disposición de última voluntad que procurase constituir otros derechos reales —fuera de los legalmente previstos—, o modificar los establecidos por ley, en el mejor de los casos valdría únicamente como constitución de derechos personales.

b) En cambio, la cifra de derechos personales posibles, en cuanto a sus clases, es ilimitada. Estos pueden surgir de múltiples tipos de contrato, en función del principio de autonomía reconocido en principio a la voluntad de las partes.

11.—Preferencia.

a) El derecho real es un derecho de preferencia para su titular. P. ej.: quien tiene un derecho real sobre una cosa que no le pertenece, no puede verse perjudicado por el dueño de la misma, ya que éste no consigue obligarla en detrimento de aquél (es el caso del acreedor hipotecario, etc.). El derecho real "sigue a la cosa", crea un vínculo directo entre ésta y su titular, es un derecho que subsiste aun cuando el objeto se encuentre en poder de un tercero (legitima el ejercicio de la acción reivindicatoria, etc.).

b) En cambio, el derecho personal carece por lo general de preferencia en su favor. P. ej.: el deudor de una cosa puede contraer nuevas obligaciones respecto a la misma, perjudicando así al primer acreedor de aquélla. No obstante, este principio —la falta de preferencia— reconoce excepciones para ciertos casos expresamente determinados por la ley.

12.—Merece complementarse lo que viene de ser expuesto, trayendo a colación los siguientes conceptos tomados de Eugenio LAGARMILLA.⁽⁹⁾ Se ha dicho que no es del todo cierto que uno de los principales caracteres diferenciales entre el derecho real y el personal radica en la circunstancia de que el primero no y el segundo sí exijan, de modo necesario, la existencia de un sujeto pasivo. Tanto el titular de un derecho personal (acreedor), lo mismo que el de un derecho real, ambos pueden exigir que todos los individuos respeten su derecho (es decir, que se abstengan de turbar su ejercicio). Pero sucede que en el caso del derecho personal hay, además, una persona determinada (deudor) a la cual el titular (acreedor) puede pedir algo que no puede pedirle a las demás: a éstas no pero a aquél sí, el titular puede solicitarle el cumplimiento de determinada prestación. Frente a un derecho personal hay siempre una obligación correlativa, y viceversa. De esto se infiere que las causas eficientes de los derechos personales son las mismas fuentes que las de las obligaciones. Por el contrario, no hay derechos reales con obligaciones correlativas: porque si los hubiera, ya no se trataría de una relación directa entre la persona y la cosa. Para que haya derecho real es imprescindible que entre la "cosa" en la relación: que haya un poder inmediato sobre ésta, que permita la realización del derecho sin intervención de otra persona (mientras que en los derechos personales no puede adquirirse el objeto sin el hecho del obligado).

III) ¿EXISTEN DERECHOS CIVILES PRIVADOS QUE NO SEAN REALES, NI TAMPOCO PERSONALES?

13.—A propósito de la caracterización genérica de los derechos reales y de los personales, así como acerca de los principales diferencias entre

(9) Eugenio LAGARMILLA, *De las acciones en materia civil*, Claudio García, Montevideo, 1930; Nos. 24-26, pp. 47-55.

ambos tipos, no aparecen registradas mayores discrepancias en lo que se refiere al sistema vigente en el Derecho positivo uruguayo. Cabe pensar que a ese respecto no hay lugar a objeciones *fundamentales* en torno a las características genéricas reseñadas en el párrafo precedente. Sin embargo, más espinosa se presenta la posibilidad de lograr un acuerdo sobre el punto que es objeto del presente párrafo.

14.—Dice GALLINAL⁽¹⁰⁾ que existen derechos extrapatrimoniales que no son ni reales ni personales; sería el caso, p. ej., de los derechos relativos al estado de las personas. Y agrega que tampoco puede concebirse, ni la ley lo establece, un derecho mixto: un derecho que fuese a la vez real y personal.

15.—También E. LAGARMILLA⁽¹¹⁾ arriba a conclusiones similares: es decir, que los derechos de familia no tienen para nada en cuenta los bienes (cosas). Y aun cuando del reconocimiento del estado civil puedan resultar o no ventajas valorables desde el punto de vista económico, éstas no serían sino una consecuencia secundaria y accidental. Los derechos de familia serían otra cosa; ni reales ni personales. Tanto los derechos reales como los personales presuponen siempre una "cosa" (objeto de la relación jurídica); en cambio, sólo confundiendo los términos podría aplicarse el nombre de "propiedad" a las relaciones de familia.

16.—Cabe pensar que el asunto merece ser planteado en los siguientes términos, en función de la legislación uruguaya:

a) Por lo pronto, el art. 471 C.C. no deja lugar a dudas:

"Los bienes incorporeales son derechos reales o personales";

en consecuencia, no puede haber ningún "bien incorporal" que no sea un derecho real o uno personal.

b) A su vez, el art. 460 inc. 2 C.C. descarta que haya "bienes" que no sean corporales o incorporeales:

"Los bienes son corporales o incorporeales".

c) Los arts. 461 ss., C.C. indican cuáles son los bienes "corporales"; evidentemente, esos artículos no permiten incluir entre dichos bienes a los derechos de familia.

d) Por lo tanto, surge una primera conclusión que es indudable en el marco del Derecho escrito uruguayo: si los derechos de familia son "bienes", ellos no podrán pertenecer sino a la especie de los "incorporeales".

(10) Rafael GALLINAL, *Manual de Derecho Procesal Civil*, "Casa A. Barreiro y Ramos" S. A. Editores, Montevideo, 1929; Tomo I, Nos. 40-41, pp. 44-45.

(11) *Op. cit.* (n. 9). N.º 33, pp. 77-80.

17.—¿Pero es correcto afirmar que los derechos de familia son "bienes"? La respuesta depende del concepto mismo de "bienes". El art. 460 inc. 1 C.C. los define así:

"bajo la denominación de bienes o cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad".

Cabe pensar que lo que tiene que ver con el estado civil de la persona, en realidad *no tiene "una medida de valor"*; sin perjuicio de que, como dice E. LAGARMILLA (*supra* núm. 15), ello pueda comportar ventajas económicas accesorias —que empero no son de la esencia misma de ese estado—. En cuanto a si los derechos del estado civil pueden ser objeto de "propiedad", eso es más difícil de resolver. En última instancia, éste es un problema que remite al análisis de la naturaleza jurídica del derecho mismo de propiedad. Habría que ver hasta qué punto le son esenciales a éste, una serie de caracteres, como el de la enajenabilidad del objeto, etc. Si se concluye que el estado civil no es objeto de propiedad por parte de su titular, no pueden haber dudas de que dicho estado escapa a la clasificación de los derechos en reales y personales. Pero si, en cambio, se admitiere que puede ser objeto de propiedad, se viene a caer en los lazos de la siguiente disyuntiva:

—la conjunción "y", empleada en el inc. recién transcrito, ¿significaría que sólo son "bienes", aquellos que tienen "una medida de valor" y que además (copulativamente) "pueden ser objeto de propiedad"?

—o bien, por el contrario, ¿bastaría con que se presente una sola de estas dos condiciones?

Si se admite la primera de las dos soluciones propuestas, resulta que tampoco los derechos de familia son "bienes". Si se consiente la segunda, en cambio, la solución a que finalmente se llegue surgirá en función de la idea que se admita en cuanto a la naturaleza del derecho de "propiedad". En definitiva, cabe inclinarse por la tesis de que *los derechos de familia no son de naturaleza real ni personal*. En este sentido, a las razones ya apuntadas hasta aquí, complementariamente pueden agregarse las que se expondrán en los tres núms. siguientes.

18.—*La letra del art. 460 inc. 1 (supra núm. 17).*

La conjunción "y" pertenece al género de las copulativas: en principio sirve para unir conceptos, no para separarlos. El texto no dice: "... todo lo que tiene una medida de valor y lo que puede ser objeto de propiedad". O sea, que no considera como dos hipótesis diferentes y por separado posibles, la del "valor" y la de la "propiedad". Además, si lo que hubiera querido decir es que la "propiedad" puede presentarse sin "medida de valor" y que en cualquiera de las dos situaciones hay "bienes": ¿por qué no emplea directamente la conjunción "o", en vez de "y"?

19.—*El concepto de la "propiedad".*

Se encuentra desarrollado en el art. 487 C.C.:

"El derecho de gozar y disponer de una cosa comprende: ... (y siguen seis incisos enumerativos).

Es evidente que al estado civil no pueden aplicarse, por lo menos, las facultades que al dominio otorgan los incs. 3, 5 y 6. Podría argüirse que también, p. ej., el dueño de un inmueble puede llegar a carecer de dichas facultades; p. ej., el nudo propietario de un bien dado en usufructo. Pero en tal caso, esas carencias no serían originarias, ni esenciales al derecho de propiedad mismo. Por el contrario, todas las facultades que mencionan los seis incisos permanecen comprendidas dentro del derecho de propiedad *in totum*; pero al ser dividido ese derecho entre dos o más personas, es natural que no todas las facultades inherentes al mismo queden en manos de una sola de ellas. Además, en cualquier momento aquellas carencias pueden ser levantadas, sea por acuerdo de partes o por el mero transcurso del tiempo.

20.—*"Medida de valor".*

Más arriba (núm. 15) se adelantó que el estado civil no tiene "medida de valor", ya que él no se encuentra en el comercio. Pero si se aceptase que la tiene, considerándose además que la "y" del art. 460 inc. 1 no es copulativa sino disyuntiva, entonces habría que referir necesariamente el derecho de familia al de dominio. No habría más remedio que desembocar, en tal caso, en la aceptación de esta última conclusión, ya que no se está ante un derecho personal sino real (*supra* par. II); y este derecho (de acuerdo al art. 472 C.C.) tendría que ser, no "un derecho *contra* la cosa" (derecho de garantía), sino un "derecho *en* la cosa" —lo que "supone el dominio o un desmembramiento del dominio"—. Quiere decir que, en tal caso, sería un derecho pasible de propiedad. Por donde retoman importancia (para refutar todo punto de partida dirigido a afirmar que el estado civil tiene medida de valor) las consideraciones que recién se acaban de efectuar (*supra* núm. 19) sobre el concepto de propiedad: puesto que esta categoría jurídica (la propiedad) no es aplicable a los derechos de familia, ellos no son de naturaleza real ni personal.

IV) LA ACCION Y EL DERECHO SUSTANTIVO

21.—*La acción, en general, es un instrumento para promover un derecho sustantivo. Pero la acción no es este mismo derecho sustantivo, sino un "medio", de acuerdo al art. 240 C.P.C.:*

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe".

La acción es una garantía del derecho sustantivo. El legislador programa idealmente la coincidencia entre ambos; pero para que aquel fin de garantía se pueda cumplir en la práctica, surge la necesidad de que ellos dos no se confundan. Aunque la acción no esté verdaderamente fundada en el derecho sustantivo que invoca, igual ella es admisible por lo menos a los efectos de que el asunto se discuta procesalmente: si la pretensión judicial coincide o no con el derecho sustantivo, es cosa que recién se sabrá al final del proceso, en el momento de la sentencia. La acción es uno de los derechos-medio: no se agota en su propio ejercicio, sino que tiende a un fin ulterior, ya que mediante la acción se busca defender la vigencia del derecho sustantivo.

22.—De lo dicho en el núm. anterior, en especial será necesario retener una cosa a los efectos de los desarrollos subsiguientes: que cuando se estudia el funcionamiento y la naturaleza de un tipo de acción en particular, no es imprescindible que la naturaleza jurídica de la acción coincida plenamente con la naturaleza jurídica homónima que presentan los elementos del derecho sustantivo que dicha acción busca promover. Es decir, que cabe distinguir el aspecto procesal frente al aspecto material.

V) LA ACCION REAL Y LA ACCION PERSONAL

23.—Dice E. LAGARMILLA⁽¹²⁾ que las acciones se caracterizan por el derecho de donde emergen, según lo confirma el C.C. en sus arts. 472 y 473 (ambos *in fine*):

"De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase";
"De estos derechos (los personales) nacen las acciones personales".

De tal modo, como los derechos *reales* consisten en una relación directa entre el sujeto y la cosa, resulta que la acción que nace de aquéllos no se dirige contra una persona determinada, sino que persigue la "cosa" y no la persona. En las acciones *personales*, en cambio, la persona obligada es de antemano conocida y la acción no puede dirigirse sino contra ella. Es cierto que algunas veces el legislador se aparta de las inferencias estrictas de tales principios, permitiendo que las acciones surgidas de un derecho personal puedan ser propuestas contra quienes no intervinieron en la relación obligacional. Pero esta circunstancia excepcional no alcanza a alterar la naturaleza de la acción: de un derecho personal, jamás puede surgir una acción real. En el Derecho romano existían las acciones llamadas "*in rem scripta*", que a pesar de ser personales podían ser dirigidas contra terceros; pero nunca hubo dudas sobre su carácter personal, por cuanto tenían origen en una obligación. En cuanto a las acciones *reales*, en todos los casos (sin excepción alguna) ellas se dirigen contra personas indeterminadas, extrañas a la propia relación jurídica de donde ha emergido la acción.

(12) *Op. cit.* (n. 9), Nos. 28-30, pp. 58-62.

24.—GUILLOT⁽¹³⁾ se pronuncia en términos similares a los de E. Lagarmilla. La acción es el derecho de hacer valer un derecho en juicio. De los derechos reales nacen las acciones reales, y de los derechos personales nacen las acciones personales.

25.—En el mismo sentido va también lo que dice GALLINAL⁽¹⁴⁾ la acción, por ser el accesorio del derecho, toma la naturaleza de éste.

26.—No del todo coincidente, al parecer, es la opinión de ALSINA⁽¹⁵⁾ Llega a afirmar que, no siempre que se esté en presencia de un derecho real corresponde decir que la acción que lo protege es también real; de algunos derechos reales nacerían también acciones personales (p. ej.: en el usufructo, en el uso, etc.).

27.—Quede a un lado ver hasta qué punto las afirmaciones de Alsina son correctas en lo que se refiere a la legislación argentina. Es cierto que, desde el punto de vista de los principios doctrinarios, no sería *a priori* descartable una falta de coincidencia entre la naturaleza de la acción y la del derecho promovido por la misma (*supra* par. IV). Sin embargo, ello no resulta compatible con los textos positivos uruguayos: C.C. arts. 472 y 473, C.P.C. art. 241. Cabe pues concluir (como lo hacen Lagarmilla, Guillot y Gallinal) que la acción será real o personal, según lo sea respectivamente el derecho material promovido por cada una. De este principio general, sólo corresponde apartarse si se encuentra texto expreso de Derecho positivo que así lo autorice, a título excepcional, para algún caso determinado: p. ej., en los casos señalados *infra* pars. XVIII y XX.

VI) LAS ACCIONES MIXTAS:

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

28.—ALSINA⁽¹⁶⁾ señala que la doctrina requiere, para admitir la existencia de acciones mixtas, que se den dos presupuestos esenciales:

- que el acreedor tenga un derecho real y uno personal, que pueda ejercitar simultáneamente;
- y que haya vinculación entre ambos derechos.

Así, p. ej., en el Derecho francés se considera mixta la acción de rescisión del contrato de compraventa; pues el vendedor a quien no le ha sido pagado el precio, tiene (contra el comprador) una acción personal para la rescisión del contrato, y a la vez tiene también una acción real

(13) *Op. cit.* (n. 8), N° 58, pp. 50-51.

(14) *Op. cit.* (n. 10), N° 38, p. 42.

(15) *Op. cit.* (n. 7), p. 206.

(16) *Op. cit.* (n. 7), pp. 207-208.

para la devolución de la cosa. Esto ocurre en el Derecho francés porque allí no se exige la tradición, sino que el comprador adquiere la propiedad por el hecho de la convención misma.

29.—GALLINAL⁽¹⁷⁾ entiende que la acción mixta de real y personal no existe en el Derecho uruguayo. Para concebirla, se exigiría, como base, también la existencia de un derecho mixto (*supra* núm. 25): o sea, de un derecho que a la vez fuese real y personal, cosa que la ley no establece. Hay casos, sí, en que una persona puede deducir dos acciones simultáneamente. P. ej.: el acreedor hipotecario tiene acción real contra el inmueble afectado; y si éste no alcanzara para cubrir el crédito, dicho acreedor tiene además acción personal contra los demás bienes del deudor. Pero en tales casos no hay acción mixta, dado que la acción personal del acreedor es subsidiaria de la real —y lo accesorio no es propiamente lo que determina el carácter de la acción—. En el mismo sentido, ALSINA⁽¹⁸⁾ dice que en estos casos no existe la acción mixta, que es una sola, sino que hay dos acciones, de las cuales una es necesariamente accesorio de la otra.

30.—E. LAGARMILLA⁽¹⁹⁾ agrega, por su parte, algunas otras consideraciones. Resumámoslas. Aunque la ley diga que hay acciones mixtas y que son aquellas que “tienen el doble carácter de reales y personales” (art. 243 *in fine* C.P.C.), la ley será siempre impotente para variar la naturaleza de las cosas. No basta que al deducir una acción real se pida al mismo tiempo el cumplimiento de una obligación, para que se esté ya ante una acción mixta. P. ej.: si el que inicia una acción reivindicatoria solicita que el demandado pague también los frutos y demás prestaciones personales, lo que aquí hay son dos acciones, una real más una personal, pero no una acción mixta; en este caso, la acción personal es un mero accesorio de la real, porque quien demanda la propiedad está pidiendo en primer término el reconocimiento de su derecho de dominio, y las demás prestaciones no aparecen sino como una consecuencia necesaria de la propiedad. No son las conclusiones accesorias, sino la naturaleza, el principio, el elemento primitivo de la acción, lo que determina el carácter de ésta. Son “principales”, las acciones que constituyen el fundamento del juicio: las acciones que tienen existencia propia e independiente. En cambio son “accesorias”, las que presuponen otra acción principal. Si se trata de una acción principal más una accesorio, no hay acción mixta. Porque si se dice que la hay, jamás podría concebirse la existencia de una auténtica acción real, sino que todas las de este último tipo serían mixtas. Por ejemplo: hasta la reivindicación (acción real por excelencia) sería entonces una acción mixta, ya que allí juntamente con la demanda de la cosa se piden siempre frutos. Lagarmilla concluye que sólo es acción mixta, aquella por la cual se reclama un objeto en virtud de dos derechos yuxtapuestos: un derecho real y un

(17) *Op. cit.* (n. 10), N° 40, p. 44

(18) *Op. cit.* (n. 7), p. 208.

derecho de crédito, siempre y cuando de estos dos derechos nazcan dos acciones que se ejercitan como principales (no cuando la una se deduce como accesorio de la otra).

VII) LAS ACCIONES MIXTAS (continuación):

b) APRECIACION, CRITICA Y CONCLUSIONES

31.—En el par. anterior quedaron registradas las opiniones de diferentes autores sobre el punto. Sin embargo, cabe pensar que el problema merece ser enfocado de otro modo. El punto de partida ha de ser el texto del art. 243 incs. 3 y 4 C.P.C. A partir de esta disposición expresa, no cabe la más mínima duda acerca de que en el Derecho uruguayo existen las acciones mixtas:

“Se pueden unir estas dos acciones [la civil y la criminal] y entonces se llama mixta. Llámense también así, las que tienen el doble carácter de reales y personales”.

El nudo de la cuestión es otro: no si las acciones mixtas existen para la legislación uruguaya (eso es la evidencia misma), sino *qué* debe entenderse allí por acción “mixta”.

32.—La observación en el sentido de que una acción mixta presupondría un derecho sustantivo también mixto, no constituye una conclusión del todo necesaria. Es cierto que el C.C. y el C.P.C. establecen que las acciones reales y las personales surgen de los derechos respectivamente homónimos (*supra* par. V). Pero no menos cierto es que no hay texto positivo que diga lo propio con referencia a las acciones mixtas: en ningún lado se encuentra establecido que éstas deben emanar de derechos materiales de la misma naturaleza. Y es congruente que la ley no diga esto, ya que tampoco en caso alguno habla de “derecho mixto”. Por lo tanto, en esta situación no corresponde echar mano de una interpretación analógica de aquellos textos del C.C. y del C.P.C.

33.—Pudo apreciarse (*supra* par. IV) que no existe una necesidad de principio de que haya homogeneidad absoluta entre el derecho sustantivo y la acción que lo promueve. Y si, no obstante, fue aceptado que la naturaleza del derecho sustantivo determinaba en principio la de la acción, en cuanto al carácter real o personal de ésta, eso quedó sentado porque había precisamente normas legales expresas que así lo establecen (*supra* par. V). Como para el caso de las acciones mixtas no existe la atadura de una normación positiva semejante, no hay necesidad de admitir que las acciones mixtas suponen derechos que sean mezcla de reales y personales. En efecto, este tipo de derechos —mixtos— no existe: no surge

(19) *Op. cit.* (n. 9), N° 32, pp. 68 y 75-76.

de ningún texto positivo. Es necesario concluir, pues, que la esencia de las acciones mixtas no está en función de tales derechos, inexistentes, sino de algún otro principio, que hay que indagar. Alsina y Lagarmilla (*supra* núms. 28 y 30) dicen que la acción mixta, en realidad está compuesta de dos acciones principales, pero no de una principal más una accesoria. Cabe pensar que no hay ninguna dificultad en admitir que *la acción mixta se compone de dos acciones*. En favor de este punto de partida pueden manejarse unas cuantas razones, que serán esbozadas en los cuatro núms. siguientes.

34.—Todo derecho personal engendra una acción personal, así como todo derecho real engendra una acción real; *supra* par. V. Y no existen derechos mixtos (*supra* núms. 32 y 33). Quiere decir que si la acción mixta no abarcase la acción real más la personal, la primera no podría servir para tutelar derechos patrimoniales.

35.—Tampoco puede suponerse que la acción mixta sería precisamente la apropiada a los derechos extrapatrimoniales, los cuales no son reales ni personales (*supra* par. III). Aquí corresponde traer a colación tres reflexiones:

- a) conviene recordar que, a pesar de todo, puede admitir dudas si tales derechos extrapatrimoniales escapan de verdad a la clasificación en reales o personales;
- b) pero sobre todo, no hay que olvidar que el C.P.C. (art. 243 *in fine*) incluye justamente en la esencia de lo "mixto", "el doble carácter de reales y personales";
- c) y el hecho de que existieren derechos (p. ej., los extrapatrimoniales) que no fuesen reales ni personales, no implica de modo forzoso que lo propio deba darse en el terreno de las acciones civiles (*supra* par. IV); máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo a la clasificación de las acciones civiles del C.P.C. (Capítulo I del Título III), ninguna de éstas deja de participar del carácter de las reales y/o de las personales.

36.—De los incs. 3 y 4 del art. 243 C.P.C. (transcritos *supra* núm. 31), claramente surge que la mixta es una unión de dos acciones. En el inc. 3 no hay ninguna duda de que es así. Si bien la letra del inc. 4 no es igualmente clara, de todos modos parece —ya que este inc. está íntimamente vinculado al precedente— que la expresión "doble carácter" se refiere también a la unión de dos acciones. Tiene sentido entender que, por eso mismo, en ambos incs. se encuentra empleado idéntico término, "mixta", en razón justamente de la similitud de esencias.

37.—Por lo demás, si no se acepta la solución propuesta —que "mixta" significa siempre: unión de dos acciones—, no se ve qué otra interpretación viable cabría (y menos que menos, alguna con tantas sugerencias favorables como la primera). El propio vocablo "mixta" sugiere la unión de elementos heterogéneos preexistentes, que se "mezclan".

38.—Lo que resulta más problemático es decidir si, para que haya acción mixta, no merecerá ser incluido, dentro de este género, el caso en que una de las dos acciones es accesoria de la otra (ver *supra* par. VI). El art. 243 inc. 4 del C.P.C. no establece una tal distinción según la naturaleza de la segunda acción, es decir, según que ésta sea accesoria o principal. La pregunta que corresponde plantearse es la siguiente: ¿La "accesoria" es verdaderamente una "acción" o, en cambio, se trata sólo de un aspecto particular de la acción "principal"? Si se entiende lo primero, no cabrá otra solución, de acuerdo al texto legal, que admitir que también la acción accesoria puede ser elemento de una acción mixta. Podría ser aceptable, desde el punto de vista práctico, la observación efectuada por Lagarmilla (*supra* núm. 30): si se consiente lo último, se vería restringido notablemente el ámbito de las acciones reales propiamente dichas. Sin embargo, rebasa la tarea del *intérprete*, como tal, el modificar el sentido de la norma legal por el hecho de que ella lleve a consecuencias poco aceptables. Por otra parte, e insistiendo en el aspecto práctico de la cuestión, no parece siquiera seguirse mayor perjuicio para el titular de la acción porque ésta sea calificada, por ejemplo, de mixta y no de real: los arts. 25 y 26 del C.O.T. le permitirán a ese titular, si así lo prefiere, entablar su acción del mismo modo que si ella fuese real.

39.—*En conclusión*. Toda vez que se esté ante la unión de dos acciones, una personal y otra real, habrá acción mixta. Para que haya acción personal o real propiamente dichas, la acción debe necesariamente ser una sola; y si lo "accesorio" a una de éstas merece acceder a la categoría de "acción", obvio es que ya no habrá una acción única sino una acción mixta.

VIII) ¿EXISTEN ACCIONES CIVILES QUE NO SEAN REALES, NI PERSONALES, NI MIXTAS?:

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

40.—Este punto debe ser estudiado sobre la base de lo expuesto *supra* par. III.

41.—GALLINAL⁽²⁰⁾ aporta las reflexiones que se resumirán a continuación. Si bien la diferencia entre las acciones reales y las personales se presenta como una clasificación general que busca comprender todas las acciones, lo cierto es que existen acciones muy difíciles de catalogar desde ese punto de vista. P. ej., las acciones relativas al estado de las personas ponen en juego un derecho extrapatrimonial —ni real, ni personal—. En consecuencia, no quedaría sino la siguiente alternativa:

—si se conserva la idea según la cual la naturaleza de la acción depende del carácter personal o real del derecho tutelado, habrá que afirmar que hay otras acciones que no son ni reales ni personales;

(20) *Op. cit.* (n. 10), Nos. 41-42, pp. 44-47.

—si, por el contrario, se afirma que todas las acciones civiles son forzosamente reales o personales, la naturaleza de la acción no será siempre determinada por la del derecho puesto en movimiento, y entonces se llamaría acción personal incluso a las que no ponen en juego un derecho personal ni uno real (p. ej.: las acciones relativas al estado de las personas serían personales, dado que no ponen en movimiento un derecho real).

Sin embargo, también hay acciones patrimoniales que ponen en movimiento un derecho difícil de clasificar: aquellas que tienen un cierto carácter preventivo, y que tienden más bien a asegurar la prueba de un hecho que la de determinado derecho. P. ej.: un examen pericial pedido como medida preparatoria, sin que se sepa ya si después habrá de ser utilizado para accionar por indemnización (acción personal) o por reivindicación (acción real). Supóngase que se pide como medida previa, la comprobación de cierto hecho: si se pide contra una persona determinada, podría haber acción personal; pero si es contra un número desconocido o imprevisto de sujetos, se aproxima al carácter del derecho real (que por naturaleza es oponible a todos). En conclusión, Gallinal entiende que las acciones patrimoniales no son reales ni personales; y que sólo pueden ser clasificadas como personales si se sostiene que estas últimas abarcan no sólo a las que ponen en juego un derecho personal, sino también a todas aquellas que no ponen en juego un derecho real propiamente dicho.

42.—También E. LAGARMILLA⁽²¹⁾ afirma que las acciones de estado civil son de carácter *sui generis*. Agrega que, por eso mismo, el legislador ha dictado reglas especiales para fijar la competencia en la materia.

IX) ¿EXISTEN ACCIONES CIVILES QUE NO SEAN REALES, NI PERSONALES, NI MIXTAS? (continuación):

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

43.—Cabe pensar que la solución aportada por Gallinal y por E. Lagarmilla merece objeciones. Ya fue señalado que cuando el C.P.C. clasifica las acciones civiles, no admite otras que no sean reales o personales (*supra* par. VII). Esta aseveración se encuentra corroborada ampliamente por el Capítulo III del Título II del C.O.T. Ahí se fija la competencia según el lugar, y para ello se acude en general a criterios que están en función de la naturaleza real o personal de la acción respectiva. Es cierto que ese Cap. maneja también, excepcionalmente, algunos casos especialísimos en donde se aparta del criterio de lo "real" o lo "personal" como guía. Pero resulta que precisamente entre dichos casos, donde no funciona la noción

de acción personal o real, no están señalados los asuntos del estado civil. De donde se infiere que si alguien se empeña en negar que estos asuntos sean pasibles de acciones personales o reales, entonces para ellos no habría en absoluto normas expresas que fijasen la competencia territorial —lo que es inadmisibile—.

44.—Aquí es útil volver a recordar lo señalado *supra* par. IV: del hecho de que tal vez pudiera admitirse la existencia de derechos civiles que no sean reales ni personales (*supra* par. III), no se sigue en forma necesaria que también existan acciones civiles que no tengan carácter real ni personal. Es correcta la disyuntiva que señala Gallinal (*supra* núm. 41): si se afirma que todas las acciones civiles son de por fuerza reales o personales, la naturaleza de la acción no será siempre determinada por el derecho puesto en movimiento. Así es, en efecto. Y no existe ninguna objeción de principio ni de texto frente a tal solución. Por el contrario, es el texto mismo quien para el caso impone tal conclusión.

45.—No obstante, queda todavía en pie un problema más serio: si las acciones de estado civil deben necesariamente ser reales y/o personales, ¿a cuál de estas categorías pertenecen en concreto aquéllas? Gallinal, en la hipótesis mencionada, entiende que no podrían sino ser acciones personales, ya que no ponen en movimiento un derecho real propiamente dicho (*supra* núm. 41). Lo que la ley dice es que de los derechos personales y de los derechos reales nacen siempre, respectivamente, acciones homónimas (*supra* par. V). Pero no dice que las acciones personales y las reales han de corresponder también siempre, respectivamente, a los derechos sustantivos homónimos. Como, al parecer, los derechos de familia no son de carácter personal ni real propiamente dichos, resulta que, en principio, aquéllos no tienen por qué dar lugar ni a acciones personales ni a acciones reales.

46.—Dado que no puede haber acciones civiles que no participen del carácter real y/o personal, ¿cómo hacer para saber cuál es el carácter de las acciones del estado civil? No parece que, al respecto, sea del todo coherente el método que emplea Gallinal (*supra* núm. 41). Así como él afirma que al no poner en movimiento un derecho real propiamente dicho, debe tratarse de una acción personal, con igual validez lógica podría sostenerse que al no poner en movimiento un derecho personal propiamente dicho, debe tratarse de una acción real. En ningún lado la ley estipula que la acción personal sea el principio y la acción real la excepción. Las definiciones del C.P.C. (arts. 240 y 241) no coinciden del todo con las del C.C. (arts. 472 y 473): las primeras pueden dar lugar a un concepto más amplio que el de las segundas, sobre todo en lo que se refiere a la acción real.

47.—El art. 472 C.C. hace sólo referencia a acciones reales que nazcan de derechos reales. A su vez, estos últimos implican íntima conexión con determinada relación de dominio.

(21) *Op. cit.* (n. 9), N° 33, p. 81.

Dice ese art.:

"Derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del dominio. El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía; como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase".

48.—En cambio, los arts. del C.P.C. no hablan de "dominio" o "propiedad", sino de "lo que es nuestro":

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (art. 240).

"Las acciones son reales o personales. Real, es la que se dirige a reclamar las cosas que son nuestras, o los derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona. Personal es la que nace de la obligación en que otro está constituido de dar o hacer alguna cosa". (art. 241).

Puede discutirse si son objeto de "propiedad", atento al concepto que de la misma da el C.C., los derechos de familia. De ahí, la dificultad de concebirlas como derechos reales (*supra* par. III). Mas como el término "nuestro" no tiene un contenido técnico-jurídico tan preciso como el de "dominio", se tropieza con dificultades mucho menores en el sentido de admitir que el estado civil sea algo "nuestro" (para el titular del mismo).

49.—No han de haber mayores dudas de que el estado civil no constituye una obligación que tenga algún sujeto pasivo concreto frente a quien detenta aquellos derechos de familia; aun cuando del *status familiae* puedan surgir, de manera accesoria y contingente, obligaciones patrimoniales (*supra* núm. 15). No hay que perder de vista:

- que la acción personal, ella sí, nace necesariamente de una obligación (art. 241 inc. 3 C.P.C.);
- que el derecho de familia no es una obligación ni implica forzosa-mente la presencia de alguna de éstas;
- que las acciones civiles deben ser reales y/o personales.

De todo eso, resulta que las acciones de estado civil no pueden ser personales. Deberán ser reales. Máxime que, dada la amplitud con que el C.P.C. define estas últimas, ello permite que sin violencia de los textos positivos sean incorporadas dentro de este rubro las acciones nacidas de derechos de familia. En cuanto a las acciones patrimoniales que ponen en movimiento un derecho difícil de clasificar (según Gallinal, *supra* núm. 41), habría que resolver en cada caso cuál es su naturaleza, según la situación concreta y en función de los principios generales.

X) CONCEPTO DE "ACCION POSESORIA" Y DE "POSESION"

50.—Qué debe entenderse por "acción posesoria" en la legislación uruguaya, lo definen de modo expreso —y ambos lo hacen con las mismas palabras— los arts. 658 C.C. y 1171 C.P.C.:

"Las acciones posesorias se dirigen a conservar o a recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos".

Punto clave de esa definición es el concepto de "posesión". A los efectos de aclararlo, se seguirá (en los cuatro restantes números del presente par.) lo que a ese propósito señala GUILLOT.⁽²²⁾

51.—La posesión se halla definida por el art. 646 C.C.:

"La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro".

L. MERO TENEDOR

Los elementos esenciales de la posesión, de acuerdo a este art., son:

- el *Corpus* (que no es la "cosa" o el "derecho", que son el objeto de la posesión, sino la "tenencia" de esa cosa o el "gocé" de ese derecho);
- y el *animus domini* (que no debe ser confundido con la creencia de ser propietario, ya que el "ánimo de dueño" puede inclusive existir en el poseedor de mala fe: arts. 693 inc. 2 y 1211, C.C.).

Pero para que haya posesión, no es imprescindible que la tenencia o el goce (en ambos casos con "ánimo de dueño") se efectúen por el poseedor mismo, sino que éste puede realizarlos por intermedio de otro sujeto que obre en nombre del primero; este "otro", empero, no será "poseedor", sino mero tenedor (art. 653 C.C.), pues carece del *animus domini*.

52.—Por otra parte, interesa distinguir bien entre sí los siguientes cuatro conceptos:

- *tenencia*;
- *posesión*;
- *derecho de poseer* (es la facultad, que tiene el dueño, de usar y gozar de "su" cosa; este derecho puede existir sin que el titular tenga también la posesión, por ejemplo el propietario aparente es po-

(22) Alvaro GUILLOT. *Comentarios del Código Civil. De la posesión y de la Reinviación*, Jerónimo Sureda Editor, Montevideo, 1926; Nos. 3-10 (pp. 7-12) y 23-24 (pp. 24-26).

seedor pero el propietario real es quien tiene el derecho de poseer; también puede ser, en cambio, que el derecho de poseer se encuentre efectivamente incorporado a la posesión, por ejemplo es ése el caso del usufructuario);

— derecho de posesión (art. 649 inc. 3. C.C.).

53.—La posesión es, desde cierto punto de vista, el hecho revelador de la propiedad: el poseedor es, por lo general, el propietario mismo (pero puede no serlo). De acuerdo al art. 649 C.C., cabe pensar que la posesión es un derecho real, no uno personal. Los derechos reconocidos en los incisos 1º y del 3º al 6º, en el art. indicado, son derechos reales, ya que consisten en un vínculo directo con la cosa (*supra* pars. II y III). Inclusive si las acciones posesorias mismas no se considerasen de naturaleza real, igual la posesión sería un derecho real. Las acciones posesorias, si bien surgen de la posesión, también nacen a consecuencia de un hecho personal: la lesión de los derechos del poseedor. De manera que si, a causa de este hecho ilícito, la acción posesoria puede en algunos casos tener carácter personal, ello no obsta a que la posesión sea siempre un derecho real. Por ejemplo: no hay derecho más real que el de propiedad; y sin embargo, el propietario cuya cosa es dañada por un tercero, no tiene sino una acción personal contra éste.

54.—Por último, a propósito de la posesión, corresponde remarcar que al mismo tiempo se trata de:

— un hecho (la relación material del poseedor con la cosa: corpus más animus);

— y de un derecho (la relación del sujeto con el objeto, encarada desde el punto de vista jurídico: o sea, los derechos implícitos en aquella situación de hecho).

XI) TIPOS DE ACCION POSESORIA:

a) PROBLEMAS DE TEXTO.

55.—En el par. precedente (*supra* núms. 50 y 51) se dio por buena la definición que de la acción posesoria suministran los arts. 658 C.C. y 1191 C.P.C. Ambos arts. están ubicados, respectivamente, dentro de un Capítulo (Cap. II del Título V en el C.C.) y dentro de un Título (Tít. XV en el C.P.C.) que llevan el mismo encabezamiento genérico: "De las acciones posesorias". A estar en rigor a dicho encabezamiento, resultaría que *todas* las acciones comprendidas en ese Cap. o en ese Título deberían ser "posesorias" —salva expresa mención en contrario por texto positivo—. Si se adopta este criterio (que no deja de ser legítimo si no se trata de otra cosa que de interpretar lo que dice la ley misma), obvio es que no habría problema en cuanto a la enumeración de las acciones posesorias: lo serían, ni más ni menos, todas aquellas acciones comprendidas en el mencionado Capítulo o Título.

56.—Sin embargo, la cosa no aparece tan clara si se centra rigurosamente el punto de partida en la definición que de "acción posesoria" dan aquellos arts. 658 y 1191 (*supra* núms. 50 y 51). En tal caso, algunas de las acciones legisladas bajo el encabezamiento expreso genérico de "acciones posesorias", dudosamente podrían tenerse por tales con ajuste al criterio que suministran los arts. referidos.

57.—En el fondo, cabe pensar que el problema (de decidirse por el criterio indicado *supra* en el núm. 55, o en cambio por el núm. 56) no tiene mayor importancia. Lo que interesa es el régimen positivo de esas acciones, tal como se encuentra determinado en el Código. Y no parece que sea posible introducir modificaciones prácticas en ese régimen, por el sólo hecho de que se llegue o no a la conclusión de que algunas de dichas acciones merecen o no llamarse "posesorias". En síntesis: en principio, es legítimo adoptar como punto de partida cualquiera de los dos criterios nominativos señalados (el del encabezamiento genérico de la parte respectiva del Cód.; o si no, el del artículo especial que brinda la definición de la "acción posesoria"); sin que dicho intrínquilis lingüístico de los textos altere, al fin de cuentas, la sustancia misma de las cosas.

XII) TIPOS DE ACCION POSESORIA (continuación):

b) OPINIONES DOCTRINARIAS.

58.—De todas maneras, como a la doctrina le ha parecido importante discutir ese asunto al que viene de restársele importancia en el número precedente (57), no habrá más remedio que detenerse, de pasada, en el punto. Como criterio para orientarse acerca de si una acción es o no posesoria, entonces corresponderá atenerse al establecido *supra* en el núm. 50, ya que sólo éste es capaz de promover problemas (*supra* par. XI).

59.—La doctrina acepta de manera pacífica que la acción para conservar la posesión (arts. 1176 ss. C.P.C.) y la de recobrar la posesión (arts. 1184 a 1186 C.P.C.) son auténticas acciones posesorias.

60.—En el caso del Juez despojante (art. 1189 C.P.C.), GUILLOT⁽²³⁾ tiene razón cuando dice que contra aquél no procede la acción posesoria: puesto que no se halla en poder de la cosa, no puede restituirla. La acción posesoria habrá que dirigirla contra el que tenga la cosa en su poder, con ánimo de dueño. Quiere decir que el art. que se refiere al Juez despojante, en verdad no trae a la palestra una nueva acción; por el contrario, se limita a establecer una hipótesis más de responsabilidad judicial.

61.—Más dificultades existen respecto a la caracterización de la acción de violento despojo (art. 1187 C.P.C.). A. LAGARMILLA,⁽²⁴⁾

(23) *Op. cit.* (n. 22), N° 231, p. 158.



considera que no es posesoria. Lo mismo opina GUILLOT,⁽²⁵⁾ argumentando del modo que sigue. No se trata de una acción posesoria, ya que es concedida hasta a los meros tenedores. Por ello es que después de resuelta por sentencia ejecutoriada, las mismas partes pueden entablar la acción posesoria que corresponda. El fundamento de dicha acción no es proteger la posesión, sino apoyar el principio de orden público según el cual nadie debe hacerse justicia por propia mano. Al concederse la acción contra el poseedor y aun contra el propietario —o sea, en favor de todo aquel que ha sido violentamente despojado (tanto de la posesión, como de la mera tenencia)—, la ley tiene en cuenta, más que el derecho del despojado, el hecho ilícito del despojo violento.

62.—En cuanto a la denuncia de obra nueva (arts. 1190 ss. C.P.C.), GUILLOT⁽²⁶⁾ sostiene que es una verdadera acción posesoria porque:

- no se concede más que al poseedor;
- se sustancia en juicio sumario, como las demás acciones posesorias (art. 1194 C.P.C.), y la prueba es la misma que debe ser producida en las otras;
- está incluida en el mismo Tít. que trata de las acciones posesorias;
- el art. 675 C.C. califica de "juicio posesorio", el procedimiento de esta denuncia; y el art. 1199 C.P.C. deja a salvo para la parte vencida, su derecho a promover el juicio petitorio (quiere decir que después de ejercida la acción de denuncia de obra nueva, no puede ejercerse la acción posesoria).

XIII) TIPOS DE ACCION POSESORIA (continuación):

c) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

63.—En realidad, el art. 1187 C.P.C. trae tres hipótesis diferentes de acción:

"Podrán también pedir que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, los que han sido despojados de la mera tenencia y que por poseer a nombre de otros o por no haber poseído el año completo en los casos del art. 1174; o por otra causa cualquiera no pudiesen instaurar acción posesoria. Estos no necesitan probar más que el despojo violento y no se les puede objetar clandestinidad o despojo anterior".

Se trata, pues, de tres acciones distintas en función de las respectivas legitimaciones activas:

(24) *Op. cit.* (n. 4), N° 137, pp. 182-183.

(25) *Op. cit.* (n. 22), Nos. 300 (pp. 206-207) y 320 (p. 223).

(26) *Op. cit.* (n. 22), N° 327, pp. 228-229.

1. mero tenedor;
2. poseedor de menos de un año;
3. cualquier otro poseedor despojado (el texto habla de "otra causa cualquiera"; pero eso no se puede referir al mero tenedor, porque tal hipótesis está contemplada ya en la situación 1; tampoco se puede referir a quien no hubiera sido poseedor o mero tenedor, ya que sin ostentar una de estas dos calidades no es posible ser despojado de la cosa).

Quiere decir que este art. protege: en un caso, al mero tenedor; y en dos, al poseedor. No hay ninguna razón de texto ni de principio que autorice a sentar de modo apriorístico que estas tres acciones deban ser de idéntica naturaleza; máxime cuando el art. que las instaura, ni siquiera les otorga un nombre común (aunque eso lo haga, sí, la doctrina). Por lo tanto, hay que ver en cada uno de dichos tres tipos de acción, por separado, cuál es su respectiva naturaleza. Entonces se podrá ver si ellas coinciden o no entre sí.

64.—En cuanto a la acción acordada al mero tenedor, nadie duda que ella no se ajusta al contenido del art. 1171 C.P.C. No sería, pues, una acción "posesoria".

65.—Con respecto a las otras dos acciones —las que respectivamente tienen como sujeto activo al poseedor de menos de un año o a cualquier otro poseedor despojado—, merecen reparos los argumentos de Guillot recogidos más atrás (*supra* núm. 61). En primer término, nada tiene que ver el hecho de que esas acciones sean también concedidas al mero tenedor; puesto que la acción específica correspondiente al mero tenedor (*supra* núm. 64) presenta solución propia, que no tiene por qué a priori ser necesariamente la misma que la que deba corresponder a estas otras dos. En segundo término, tampoco es una razón concluyente lo establecido en el art. 1188 C.P.C., sobre la eventualidad de una acción posesoria ulterior; hay otras circunstancias importantes a tener en cuenta:

- a) Si la acción inicial se dirige "a recuperar la posesión de bienes raíces" (art. 1171 C.P.C.), será posesoria. Y en el caso examinado lo es, ya que si el actor (poseedor) de la acción de violento despojo triunfa en su pretensión, él recupera la posesión.
- b) Las razones que pueda haber tenido el legislador para establecer esta acción, no tienen por qué entrar en escena cuando la letra de la ley es tan clara. No interesa si aquél quiso o no proteger la posesión; o si, además de querer protegerla, buscó también otros objetivos (verbigracia: defensa del principio del orden público). Lo que sí interesa es ver si protegió o no al poseedor, en cuanto tal. Y esto último no puede cuestionarse, desde que se encuentra exigida la legitimación activa de poseedor, y puesto que el resultado efectivo de la pretensión acogida por la sentencia da protección a la posesión.

Por lo demás, el recurso a la pretendida voluntad *subjetiva* del "Legislador" constituye un método interpretativo que no siempre es aplicable (en forma realista).⁽²⁷⁾

- c) En la base de la argumentación de quienes opinan como Guillot, hay un concepto de "acción posesoria" que no coincide del todo con el del art. 1171 C.P.C. Porque si coincidiera, bastaría comprobar si de la acción resulta la recuperación de la posesión, para inferir —en caso afirmativo— que tal acción es posesoria.
- d) Del hecho de admitir un ulterior ejercicio de otro tipo de acción posesoria (art. 1188 C.P.C.), no resulta nada que sea terminante con relación al punto en discusión. Ante todo, porque ello nada opone a las consideraciones precedentes. Y luego, no se ve por qué la ley no ha de poder permitir que en un segundo juicio se discuta con mayor amplitud una cuestión que fue resuelta antes —por razones de premura— sobre la base de pruebas menos amplias.

66.—Acerca de la acción de *denuncia de obra nueva*, corresponde coincidir con la conclusión de Guillot (*supra* núm. 62), pero no con las vías por las cuales arriba a ella.

- a) El hecho de que la acción sea concedida sólo al poseedor, aquí no importa tanto. Lo que importa, sí, es para qué le es concedida.
- b) La sustanciación en juicio sumario no significa tampoco nada concluyente con vistas al punto en discusión. Aquel mismo procedimiento se sigue para otros juicios que nadie considera posesorios: por ejemplo, en algunos casos de denuncia de obra vieja o ruinosa (arts. 1206 y 1207 C.P.C.), etc. Además, la definición de la acción posesoria (art. 1171 C.P.C.) no hace para nada hincapié en los trámites procesales en sí.
- c) La inclusión dentro del Título "De las acciones posesorias" sería acaso un argumento concluyente si se adoptase el criterio indicado *supra* núm. 55. Pero justamente hubo que apartarse de dicho criterio a los efectos de las consideraciones comprendidas en el par. XII y en el presente, para que la discusión tuviese sentido (*supra* núms. 55 y 58). Por lo demás, es evidente que ni el propio Guillot aceptaba aquel criterio. Porque si lo hubiera aceptado, debería haberlo aplicado asimismo a la acción de violento despojo; y en consecuencia hubiera sido llevado a calificarla, a ella también, como una acción de naturaleza posesoria —sin embargo, respecto a esta última acción, Guillot razona de muy otra manera (*supra* núm. 61)—.
- d) El argumento que resulta importantísimo, sí, es el de parar cuenta en el hecho de que el art. 675 C.C. ubica la acción de denuncia de

obra nueva dentro de un "juicio posesorio". En cambio, no cabe asignarle importancia (en mérito a las mismas razones expuestas respecto a la acción de violento despojo, *supra* núm. 65) a la posibilidad de juicio petitorio posterior. El quid de la cuestión reside en preguntarse: la "obra nueva" de que habla el art. 1190 C.P.C., ¿atenta contra la "conservación" (art. 1171 C.P.C.) de la posesión? Aunque corresponde admitir que el punto es dudoso, cabe inclinarse por la afirmativa, sobre todo teniendo en cuenta la calificación expresa contenida en el mencionado art. 675 C.C.

XIV) ¿LAS ACCIONES POSESORIAS SON REALES, PERSONALES O MIXTAS?

67.—Admitida que fue (*supra* núm. 57) la legitimidad de calificar como "posesorias" todas las acciones comprendidas bajo esa denominación general en el Tít. XV C.P.C., a continuación no se prescindirá de ninguna de ellas para obtener las conclusiones finales en el presente trabajo. Y puesto que no existe ninguna razón para afirmar *prima facie* que todas esas acciones tengan que ser de idénticas naturaleza, habrá que plantear la cuestión de manera renovada, respectivamente, acerca de cada una de ellas en particular, por su orden.

68.—Quedó sentado (siguiendo a Guillot, *supra* par. X) que la posesión es un derecho real. De aquí muchos llegarán a inferir que también la acción correspondiente debe ser, a igual título, real (*supra* par. V). Mas hay quienes dicen que la posesión es un derecho mezcla de real y personal; y afirman que las acciones posesorias, en consecuencia, deben ser mixtas. Ya fue aclarado, empero, que no es éste el concepto recogido por la legislación uruguaya en materia de acciones mixtas, ya que no hay derechos mixtos (*supra* núm. 32). Sin embargo, para algunos casos puede tal vez aparecer justificado que la acción posesoria sea mixta: en aquellos casos en que se presente el "doble carácter" de que habla el art. 243 *in fine* C.P.C. (*supra* núms. 33 a 39).

XV) LA ACCION DE RESTITUCION (Arts. 1772 a 1775, y 1184 a 1186, C.P.C.): a) OPINIONES DOCTRINARIAS

69.—Para GUILLOT⁽²⁸⁾ se trata de una acción *real* porque, del mismo modo que la acción reivindicatoria, puede dirigirse contra cualquiera que posea la cosa (incluso si la posee de buena fe). Quiere decir que la acción sigue a la cosa y no a la persona, igual que en las acciones reales (*supra* par. II). En cambio, la acción para hacer efectiva la indemnización (art. 1172 C.P.C.) contra el usurpador o el tercero de mala fe, esa sí sería una acción personal y no real.

70.—También E. LAGARMILLA⁽²⁹⁾ opina que la acción de restitución es *real*, ya que por su intermedio se persigue la cosa y no la persona.

(27) Cf. mi trabajo sobre "La voluntad del Legislador..." (*supra* n. 2).

El que detenta la cosa es perseguido en razón de ella. Y si la enajena, la acción —por ser real— se dirigirá contra el nuevo detentador; lo que significa que la persona del demandado no tiene aquí otra importancia que la de hallarse entre el acreedor y el objeto de su demanda. El usurpador está obligado a restituir la cosa. Pero no porque aquél sea parte de la relación jurídica entre el poseedor y la cosa. Al formarse esta relación, el usurpador a nada estaba obligado: no existía obligación alguna frente al derecho real que tenía el poseedor. La obligación de entregar la cosa nació después del derecho real, a causa de la violación de éste. Al obligarse al usurpador a restituir la cosa, se repone el derecho en su verdadero estado. La obligación del condenado es un efecto de su propio hecho y no del derecho que ha violado. Se le condena, precisamente, por ser enteramente extraño a la relación jurídica en cuya virtud se reclama la cosa: se le condena como violador del derecho ajeno.

71.—Para A. LAGARMILLA⁽³⁰⁾ también, esta acción es *real*. Porque ella no nace de ningún vínculo preexistente entre dos o más personas obligadas, sino que se dirige a reclamar directamente la cosa. Además, hay un argumento de texto. El art. 28 C.P.C. hace referencia a los juicios posesorios, indicando que será competente el Juez del lugar del inmueble. Y teniendo en cuenta que el C.P.C. en sus arts. del 28 al 35 se ocupa únicamente de acciones reales, la posesoria deberá también serlo. Por último, es de acotar que del art. 1184 C.P.C. se desprende que la acción personal afecta sólo al obligado o al tercero de mala fe.

72.—A diferencia de los autores citados precedentemente, MATTI-ROLO⁽³¹⁾ entiende que la acción de restitución es *mixta*. Es una acción real, porque se pide la posesión; pero es, a la vez, personal, en cuanto también se pide la represión de un hecho ilícito.

XVI) LA ACCION DE RESTITUCION (continuación)

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

73.—Admitiendo que la posesión es un derecho real, resulta indudable que, cuando no se persigue más que recuperar esa posesión, la acción respectiva es real (*supra* par. V). ¿Pero qué pasa si, además, el actor persigue la indemnización? Acá se replantean todos los problemas que tienen que ver con la naturaleza de la acción mixta (*supra* par. VII). Entonces corresponde preguntarse: ¿podría el despojado instaurar nada más que la acción de indemnización, sin pedir la cosa? En función de los prin-

(28) *Op. cit.* (n. 22), N° 299, p. 204.

(29) *Op. cit.* (n. 9), Nos. 27 (p. 57) y 29 (p. 59).

(30) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, pp. 96-97.

(31) Citado por A. Lagarmilla, *op. cit.* (n. 4), N° 58, p. 92.

cipios generales (arts. 1319 ss. C.C.), cabe pensar que puede responderse de manera afirmativa. Y reconocido esto, resulta que cuando se pide la restitución de la posesión (acción real) con más la indemnización (acción personal), hay acción *mixta*.

74.—Aunque Guillot no llega a decir esto mismo, igual cabe entender que ello se desprende en forma implícita de la posición que él sostiene (*supra* núm. 69). En cambio, E. y A. Lagarmilla (*supra* núms. 70 y 71) parecería que entienden que esa acción es siempre real. Tal vez éstos consideren que, para el caso, la acción de indemnización es "accesoria" respecto a la de restitución; esta última sería la acción "principal" (*supra* núm. 30). Sin embargo, cabe pensar que, por razones antes apuntadas (*supra* núms. 38 y 73), ese criterio no merece ser aplicado aquí. En cuanto al argumento de A. Lagarmilla sobre la base de los arts. 28 a 35 C.P.C. (*supra* núm. 71), ha perdido vigencia con la sanción del C.O.T.; y en lo que tiene que ver con la referencia al art. 1184 C.P.C., éste nada dice en contra de la admisibilidad de la acción mixta.

XVII) LA ACCION DE AMPARO (arts. 1172 a 1183 C.P.C.):

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

75.—GUILLOT⁽³²⁾ no admite el argumento de que esta acción sea real en razón de ser real el derecho (posesión) del cual aquélla nace. Por el contrario, afirma que la acción de conservar —a diferencia de la de recuperar— no se dirige más que contra el perturbador: o sea, que sigue sólo a una persona determinada. Y agrega todavía las siguientes reflexiones. Dicha acción no sigue a ninguna cosa, sino a una *persona*. No puede seguir a ninguna "cosa" del perturbador, porque para perturbar no es necesario poseer otra cosa diferente de aquella en que se ejecuta el acto de perturbación. Ni la "cosa" seguida puede tampoco ser aquella cuya posesión se perturba; porque aun cuando la acción se refiere a dicha cosa, no se da contra ésta ni contra quien la posee, sino en favor de ésta o de su poseedor. En cambio, en las acciones reales se reclama determinada "cosa", contra cualquiera que la tenga: esa cosa es la principalmente obligada, y la persona responde sólo por su calidad de poseedor. En la acción de amparo, el perturbador es demandado no porque sea poseedor de alguna cosa, sino justamente porque no lo es respecto de aquella en que ha ejecutado los actos de perturbación. No puede decirse que la acción de conservar sea real por el solo hecho de que puede ejercerla cualquiera que suceda en la posesión al perturbado; p. ej., el cesionario de un derecho real puede, lo mismo que su cedente, demandar a la persona obligada. Es demasiado absoluta la afirmación de que siendo la posesión un derecho real, las acciones que emanan de ella no pueden ser sino de idéntico carácter. P. ej.: la acción de indemnización es personal, aunque también ella nace de la posesión; no hay derecho más real que el de propiedad, y sin em-

(32) *Op. cit.* (n. 22), N° 299, pp. 204-206.

bargo es indudable que los daños que se ejecutan contra ella dan lugar a acción personal (no real) contra quien los ha causado. Cuando la perturbación es producida por la posesión de otra finca diferente de aquella cuya posesión se menoscaba (o sea, cuando la perturbación es ocasionada por otra posesión), entonces sí la acción es real; p. ej., si se plantan árboles cuyas ramas invaden la posesión del fundo vecino, aquí la acción cabe contra cualquiera que posea dicho fundo.

76.—En tesis opuesta a la de Guillot, A. LAGARMILLA⁽³³⁾ entiende que también esta acción es *real*. Y lo fundamenta en mérito exactamente a las mismas razones en función de las cuales postulaba que es real la acción de restitución (*supra* núm. 71).

77.—también MATTIROLO⁽³⁴⁾ dice que la acción es *real*, porque está fundada sobre todo en una presunción de propiedad que la ley ofrece al poseedor.

78.—Otros agregan que, puesto que el poseedor tiene acción contra todo aquel que pretenda turbarlo, es claro que el primero goza de una acción que nada tiene de personal, pues este último tipo de acción no podría intentarse más que contra alguien específicamente obligado.

XVIII) LA ACCION DE AMPARO (continuación):

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

79.—Cabe pensar que Guillot está en lo cierto (*supra* núm. 75). Es verdad que ateniéndose únicamente a lo que dice el C.C. (arts. 472 y 473, ambos *in fine*), bastaría que hubiese un derecho real o personal, para que de cada uno de ellos naciera (respectivamente) una acción semejante:

"De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase";

"De estos derechos (personales) nacen las acciones personales".

Pero estos textos hay que complementarlos, en aspectos fundamentales, con las disposiciones del C.P.C.; mucho más, teniendo en cuenta que es este último Código el que rige de modo específico la materia procesal.

80.—De los arts. 240 y 241 inc. 2 C.P.C. surge que la acción real, para ser tal, tiene que tener por objeto "pedir" o "reclamar" las "cosas" o los "derechos reales que tenemos sobre una cosa". Dicen estos textos:

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe";

(33) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, pp. 96-97.

(34) Citado por A. Largamilla, *op. cit.* (n. 4), N° 58, p. 92.

"Real es la (acción) que se dirige a reclamar las cosas que son nuestras, o los derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona".

"Pedir" o "reclamar" vale aquí tanto como decir: solicitar que vuelva a nuestro poder algo que ha salido de él. Por lo tanto, si la "cosa" o el "derecho" permanece en nuestro poder aunque hayamos sufrido alguna "inquietud" en el ejercicio de nuestras facultades, mal podremos pedir esa cosa o ese derecho. Nuestra pretensión será otra: que determinado sujeto deje de proceder en tal o cual forma, o que proceda de tal otra.

81.—La acción de amparo no es real, ya que no se dirige a pedir el objeto de la posesión. Pero si no es real, por fuerza deberá ser *personal*. No queda otra alternativa (*supra* pars. V a IX). El art. 241 inc. 3 C.P.C. pone empero como condicionante *sine qua non* para que haya acción personal, que ésta nazca de una "obligación". Dice ese texto:

"Personal es la (acción) que nace de la obligación en que otro está constituido de dar o hacer alguna cosa".

¿Cuál será esa "obligación" para el caso que aquí interesa? Es la obligación del perturbador, en el sentido de hacer cesar la perturbación. Se trata de una obligación de hacer, nacida de un delito o de un cuasi-delito:

"Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél, por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo" (art. 1319 inc. 1 C.C.).

"Reparar" significa, cuando eso es posible, volver las cosas al estado en que estaban antes del hecho ilícito. En el caso estudiado, para lograr dicha "reparación", en algunas ocasiones podrá bastar una abstención. Entonces se estará ante una obligación de no hacer; o sea, un subtipo de la obligación de hacer en sentido amplio.

82.—Junto con la obligación de hacer cesar la perturbación propia-mente dicha, podrá accionarse también por una indemnización (obligación de dar). En tal caso se agrega una segunda acción personal a la primera; pero nunca podrá ahí haber acción mixta, porque ésta exige la unión con una acción real (*supra* par. VII). No obstante, Guillot menciona (*supra* núm. 75) como ejemplo de caso en el cual habría una acción real, el de las ramas que invaden el fundo vecino. Cabe pensar que éste sería un caso de servidumbre impuesta ilegítimamente (art. 614 C.C.). Por lo tanto, entraría dentro de las previsiones del art. 1190 C.P.C. Aquí cabría, pues, la acción de denuncia de obra nueva (cuya naturaleza será examinada *infra* par. XX).

83.—En principio, no es de concebir ningún caso de acción de amparo en donde ésta sea de naturaleza real (siempre que se esté de modo

consecuente a los fundamentos expuestos *supra* núm. 80). Como por intermedio de la acción de amparo no se pide la cosa, aquélla jamás podrá ser una acción real, sino personal. Cabe pensar que las razones invocadas por A. Lagarmilla (*supra* núm. 76) y Mattiolo (*supra* núm. 77), en favor de la tesis de la personalidad, quedan en forma implícita replicadas con lo que hasta aquí se lleva dicho en el presente parágrafo. Pero resta todavía por enfrentar otro razonamiento en favor de la referida tesis: que el poseedor no tendría acción contra persona determinada, sino contra todo aquel que pretenda perturbarlo. Cabe pensar que no es así. Antes del acto de turbación, el poseedor no tiene acción de amparo alguna en su favor: ¿contra quién podría ejercerla? Recién nace dicha acción en el momento de la turbación. Y entonces la acción tiene un solo sujeto pasivo, perfectamente determinado: el turbador.

XIX LA ACCION DE VIOLENTO DESPOJO (arts. 1187 y 1188 C.P.C.).

84.—A. LAGARMILLA ⁽³⁵⁾ no estudia la naturaleza de esta acción, pues considera que no es posesoria.

85.—Guillot⁽³⁶⁾ dice que el mismo principio de que no es legítimo hacerse justicia por propia mano, implica el reconocimiento del derecho de no ser despojado con violencia. De este derecho, que es esencialmente personal, nace la acción de restablecimiento; la cual es, por lo mismo, personal también ella. Agrega que, no obstante, de la circunstancia que la acción sea personal, no se sigue que sólo pueda ser entablada contra el autor de ese hecho ilícito: hay acciones personales que se dirigen contra cualquiera en cuyo poder se encuentra la cosa. Cabe discrepar con Guillot en cuanto proclama la naturaleza personal de esta acción; las razones de la discrepancia serán expuestas en los numerales siguientes.

86.—Ya fue explicado más atrás (*supra* núm. 63) que es necesario examinar por separado los distintos tipos de acción de violento despojo; y que por lo menos dos de ellos, aquellas en que tiene *legitimación activa* el poseedor, son de naturaleza posesoria (*supra* núm. 65). Con respecto a estas dos, si se es consecuente, corresponde entender que son acciones *reales*, porque

—nacen de un derecho real, la posesión (*supra* par. V);
—y por intermedio de ellas se "pide" la cosa (*supra* núm. 80).

87.—Tampoco parece que el *derecho a no ser despojado con violencia*, sea un derecho personal (tal como este último tipo es definido por el art. 473 C.C.; *supra* par. II). No hay derecho personal sin obli-

gación correlativa. Pero cabe entender que ese derecho a no ser despojado con violencia, existe desde antes del despojo: o sea, desde antes que haya un despojante. Y a falta de despojante, evidente es que no hay ninguna persona determinada que esté obligada a algo frente al poseedor de la cosa. Quiere decir que, puesto que el derecho a no ser violentamente despojado existe sin un sujeto pasivo concreto obligado, *no se trata de un derecho personal*.

88.—En cuanto a la restante hipótesis de acción de violento despojo, la que es acordada al *mero tenedor*, ya se había señalado (*supra* núm. 64) que no es una acción "posesoria", pues protege la mera tenencia (derecho personal). Pero sea o no acción "posesoria", lo evidente es que no es una acción real; ya que desde el punto de vista del sujeto activo (mero tenedor), no se trata de pedir una cosa "nuestra" ni "derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona" (*supra* núm. 80). Es, por el contrario, una acción *personal*. Porque se trata de una acción que:

—no es real, ni tampoco mixta (desde que no posee ningún carácter de real: *supra* par. VII);
—nace de dos derechos personales (uno, la mera tenencia; el otro, la obligación del despojante de devolver la cosa, lo que constituye una obligación de dar y por tanto está comprendida en el art. 241 inc. 3 C.P.C. —*supra* par. V—).

Esta acción será siempre personal, nunca mixta, por análogas razones a las expuestas *supra* núm. 82.

XX) LA ACCION DE DENUNCIA DE OBRA NUEVA (arts. 1190 al 1200 C.P.C.)

89.—Aceptado que se trata de una acción posesoria (*supra* núm. 66), en un primer momento cabría sentirse tentado de suponer que es de naturaleza real, por cuanto tutela el derecho (real) de posesión. Sin embargo, en función de similares razones a las expuestas a propósito de la acción de amparo (*supra* par. XVIII), corresponde señalar que en verdad es una acción personal; ya que en la pretensión respectiva no se pide la cosa poseída, sino el cumplimiento de una obligación de no hacer (no ejecutar "obra nueva"). Si la sentencia acoge la pretensión, justamente confirmará la obligación de suspender la obra; o sea, que obligará al demandado a no hacer.

XXI) SINTESIS FINAL DE CONCLUSIONES

90.—En cuanto a su naturaleza jurídica, las diferentes acciones contenidas en el Título XV del Código de Procedimiento Civil uruguayo *no son homogéneas* entre sí.

(35) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, p. 96.

(36) *Op. cit.* (n. 22), Nos. 320-321, pp. 223-224.

91.—Todas ellas son "acciones posesorias" propiamente dichas, en el sentido que a tales términos otorga el art. 1171 C.P.C. La única excepción es la acción de *violento despojo*, siempre y cuando se dé la hipótesis de que ésta la instaure el mero tenedor.

92.—Son reales, las siguientes acciones:

- acción para recobrar la posesión, siempre que no se pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el poseedor y que éste no pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios.

93.—Son personales, las siguientes acciones:

- acción para conservar la posesión;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el mero tenedor;
- acción de denuncia de obra nueva.

94.—Son mixtas, las siguientes acciones:

- acción para recobrar la posesión, siempre que se pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el poseedor y que éste pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios.

EXCURSO: ALGUNAS ACOTACIONES DE CARACTER METODOLOGICO

El examen precedente puede tener —así lo espero— un cierto efecto demistificador. La postulación de "naturalezas jurídicas" ha sido uno de los recursos preferidos de la dogmática en el Derecho continental, la cual todavía continúa inspirándose en orientaciones propias de la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia conceptual, conceptualismo jurídico).⁽³⁷⁾ Aunque esta orientación ya no encuentra defensores en el campo de la Filosofía jurídica y en el de la moderna Teoría Fundamental

(37) De la abundante literatura sobre la *Begriffsjurisprudenz*, me limito a mencionar un trabajo que, además de referirse a las características generales de esa tendencia, tiene el particular interés de centrar su exposición sobre el tema que aquí nos interesa especialmente: S. LE PERA, *La "naturaleza jurídica"* (*supra* n. 3). Para la crítica del recurso a "naturalezas jurídicas" (o "esencia jurídica": *Rechtswesen*) en el pensamiento de los juristas, cf., también las severas observaciones contenidas en los dos estudios siguientes: Eugenio BULYGIN, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Col. Nueva Teoría, Buenos Aires, 1961; y Wilhelm SCHEUERLE, "Das Wesen des Wesens" (La esencia de la esencia), en *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 163 (1964), pp. 429-471. Cf. además las breves pero importantes anotaciones de Genaro R. CARRIO, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 73-77.

del Derecho (*Grundlagenforschung*)⁽³⁸⁾, lo cierto es que los presupuestos de aquella siguen sustentando, en buena medida, la labor de la doctrina que se ocupa de sistematizar determinados sectores del Derecho positivo, sobre todo en el Derecho privado; los juristas de esas ramas no suelen enterarse de las críticas dirigidas contra los fundamentos de su quehacer teórico.

La característica más común de esa actitud de la dogmática tradicional consiste en postular que existen ciertas "esencias" jurídicas, que el jurista logra aprehender en algún "cielo de los conceptos" (Jhering), y que ellas, como tales, se imponen a todo aquel que pretenda cumplir una labor "técnica" en el conocimiento y en la aplicación del Derecho. Se trataría de categorías coesenciales al pensamiento jurídico: a *todo* pensamiento jurídico (Teoría General del Derecho), o al menos para ciertas áreas del mismo⁽³⁹⁾. Nuestro estudio sobre la "naturaleza" de las acciones posesorias, en cambio, ha partido de bases distintas.

Quise ofrecer una interpretación literal. Eso me condujo a defender determinadas conclusiones, muchas de las cuales presenté como bastante seguras (desde dicho punto de vista) y otras como siendo por lo menos relativamente plausibles⁽⁴⁰⁾. Pero he dado por supuesta, para ello, la

(38) Después de la tercera década de nuestro siglo, a más tardar, dicha orientación deja prácticamente de tener partidarios a nivel de las discusiones en profundidad sobre los fundamentos del Derecho. A este respecto podría tal vez hacerse una excepción con Kelsen; pero en el caso de este autor, recuérdese que sus obras principales no se hallan dirigidas a la elaboración de "construcciones" (iusesencialistas) para la dogmática de tal o cual rama particular del Derecho.

(39) Desde el punto de vista filosófico, esta clase de puntos de vista se encuentra representada, por ejemplo, a través de ideas como las de Stammler (neokantismo) o Reinach (fenomenología). Pero eso no quiere decir, claro está, que los teóricos del Derecho positivo sientan la necesidad de ir a hurgar tan lejos las bases de sus construcciones; en realidad, lo más corriente es que ellos no lleguen a tematizar los problemas relativos al *fundamento* metodológico de sus propias posiciones.

(40) Digo "*bastante seguras*" o "*relativamente plausibles*", a diferencia de las conclusiones fundadas en métodos científicos *propiamente dichos*. Porque no hay que olvidar que los "métodos" corrientemente aplicados a la interpretación de las leyes, no suelen presentar el grado de seguridad —las posibilidades de un control firmemente *intersubjetivo*— que en general ofrecen procedimientos como los empleados en las disciplinas lógico-formales, en las ciencias de la naturaleza, en la sociología empírica, etc. La metodología jurídica, al menos en su grado de desarrollo alcanzado hasta el presente, se mueve más bien en el campo de lo "razonable" que en el de lo estrictamente *racional*. Es decir, que sus razonamientos no presentan más que un *cierto* grado de plausibilidad, que según los casos puede ser mayor o menor, pero que habitualmente se halla por debajo de la seguridad que presenta la aplicación de métodos propiamente dichos. Sobre este punto se puede cf. mis artículos: "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität? (¿Racionalidad de las Autoridades o autoridad de la racionalidad?) en *Rechtstheorie*, vol. 8/2 (1977), pp. 145-163; "Lo racional y lo razonable", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XVI-Nº 43 (enero-junio 1978), pp. 1-32; y "Rationalité et méthode dans le droit — est-ce possible?", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978).

pertinencia de interpretaciones *literales*. Debo reconocer, sin embargo, que no todo intérprete tiene necesidad de aceptar esto. También las ideas con las que me he manifestado en desacuerdo tienen, si se elige *otros* criterios interpretativos como base para el análisis, su fuente de legitimación; esto es, cuando no se da por descontada la preeminencia de la interpretación literal. Dicho de otro modo: según cuál sea el *punto de partida* adoptado, será más aceptable una u otra interpretación. Ahora bien, es justamente sobre la problemática de dicho "punto de partida" que quiero llamar la atención en este excurso.

La discusión sobre "naturalezas jurídicas" se basa, si vamos al fondo de las cosas, sobre puntos de vista *contingentes*. He ahí lo que oculta el conceptualismo jurídico. Porque dichas discusiones dependen, en efecto, del fundamento que se *elija* (o acepte) para la cadena argumental correspondiente. Las discusiones se deben al hecho de que un intérprete parte del fundamento A, mientras que otro parte de B. Por ejemplo: uno (nosotros) parte de la letra de la ley; mientras que otros (autores con los que hemos discutido) parten de ciertas categorías de la conceptualización jurídica consideradas (por ellos) como nociones que presentan un carácter más o menos suprallegal, como una especie de "esencias" que el jurista no tiene más remedio que aceptar para pensar (correctamente) como tal.

Lo que nosotros hemos hecho, en cambio, no es otra cosa que indicar cómo una interpretación literal lleva, en muchos casos, a soluciones que no coinciden con las de los iusesencialistas. Con ello hemos querido mostrar que la naturaleza jurídica de las acciones posesorias, del mismo modo que ocurre con otros institutos, es cosa *convencional*. Las discusiones a ese propósito, en la medida en que no empiecen por reconocer este hecho, están condenadas a ser diálogos de sordos. Las acciones posesorias —todas en general o algunas de ellas en particular— tienen una u otra "naturaleza" según la fuente de *autoridad* que se presuponga. Si como autoridad se acepta la letra de la ley, en el Derecho uruguayo no existe una "naturaleza", una esencia homogénea, atribuible por igual a todas las acciones posesorias, sino que éstas corresponden a categorías conceptuales disímiles. Pero para un iusesencialista, semejante respuesta es desechable *in limine*, no merecería ser ni siquiera sometida a consideración; para él, una pregunta por la "naturaleza jurídica" presupone que exista (¡tiene que existir!) una *esencia* propia para cada expresión fundamental del lenguaje jurídico.

En efecto, la dogmática de los juristas suele presentar estas discusiones como si se tratara de "descubrir" *una sola* "naturaleza" posible para cada instituto; como si ahí no cupiera, pues, más que una "naturaleza" *verdadera*, así como de un espectador no depende si el objeto contemplado es triángulo o esfera. Pero este paralelo (sobrentendido) es falacioso. Porque las "esencias" de los objetos físicos o las "formas" lógicas presentan poca analogía con lo que ocurre en el plano del pensamiento jurídico. En el Derecho no existen "esencias" más o menos independientes de

una *aceptación* por parte de los intérpretes⁽⁴¹⁾. Dichas "esencias", en cuanto se postulan como *necesarias*, no son otra cosa que una ficción platonizante, un autoengaño del jurista dogmático. Basta tomar conciencia de la *pluralidad* de los fundamentos jurídicos posibles en la interpretación de las leyes⁽⁴²⁾, cosa que se hace patente a través de las discusiones entre los intérpretes, para darse cuenta de que aquí estamos frente a "verdades" de tipo convencional, como en general ocurre cuando se trata de determinar el sentido de los términos del lenguaje común.

Nuestra interpretación en materia de acciones posesorias puede servir, así, como un "test" para mostrar cómo, *según* el punto de vista que se adopte, la "naturaleza jurídica" tiene uno u otro contenido. Sólo *si* se admite la predominancia del texto legal, merecerían ser preferidas las determinaciones que nosotros hemos puesto de relieve; y aun allí, por lo demás, no faltan aspectos en que la respuesta es dudosa, ya que la propia interpretación literal puede, en su caso, ser efectuada de acuerdo a distintas orientaciones⁽⁴³⁾. A diferencia de los iusesencialistas, nosotros reconocemos, pues, también la contingencia de nuestro propio punto de vista. Por cierto, las *bases* del análisis a que hemos sometido el régimen de las acciones posesorias en el Derecho uruguayo son no menos convencionales que las bases en que se fundan otros autores. Mas es ese carácter *convencional* de las soluciones aceptadas por unos y otros, lo que —¡contra todo esencialismo!— queremos subrayar aquí.

Podría empero sernos planteada la pregunta siguiente: ¿sostiene Ud., por lo tanto, que las interpretaciones dependen simplemente del "capricho" del intérprete? Por supuesto, no es eso lo que suele ocurrir en las discusiones jurídicas. En realidad, el intérprete no tiene —*de hecho*— tanta libertad. Se halla sometido a convenciones semánticas que le vienen impuestas por su medio profesional. Pero lo que ocurre es que, en muchos casos, tales convenciones no son unívocas, o sucede que él puede elegir entre dos o más convenciones que se benefician (todas ellas) de una cierta plausibilidad en dicho medio. Expresado de otra manera: es frecuente que el intérprete pueda apoyarse en más de una "autoridad" para fundamentar soluciones jurídicas; y ello le otorga una *cierta* latitud de elección.

Ya habíamos adelantado algo a este propósito. En efecto, el hecho de aceptar, para un instituto jurídico, que su "naturaleza" es ésta o aquélla,

(41) En realidad, puede dudarse acerca de si en general existen "esencias" *puramente* objetivas, en el sentido de que sean por entero independientes de su eventual aprehensión por cualesquiera sujetos. Pero nosotros no tenemos por qué tomar posición, aquí, sobre esta añeja disputa filosófica. Nos basta con admitir —y esto parece indudable— que las verdades de las ciencias empíricas y de las lógico-formales *se imponen*, ante el científico, de una cierta manera que no se da para las "naturalezas jurídicas" (cf. "Lo racional y lo razonable": *supra* n. 40). Podemos prescindir, asimismo, de considerar el problema referente a si en definitiva existen (y en qué forma) aquellas "esencias": discusión sobre los universales y, en general, sobre la posibilidad de que haya objetos sin sujetos.

(42) Cf. *Esquemas*... (*supra* n. 2).

(43) Ver *supra*, ns. 2 y 40.

depende de la *Autoridad*⁽⁴⁴⁾ en que estemos sustentando la solución recogida. Por Autoridad, entiendo la instancia (convencional) a la cual un intérprete sobreentiende que queda sometida la decisión definitiva sobre el punto. Se trata de una Autoridad *presupuesta*, racionalmente, en la medida en que se quiera *fundamentar* una solución interpretativa. Esa Autoridad puede ser, por ejemplo, "la voluntad del Legislador"⁽⁴⁵⁾ o bien puede tratarse de cierta posición doctrinaria. Y no es imprescindible —¡aquí está el *quid* de la cuestión!— que una y otra conduzcan a conclusiones coincidentes; es más, también puede suceder que distintos Legisladores (p. ej., el de hoy y el de ayer) discrepen entre sí, así como es igualmente posible que haya diferencias entre las soluciones vinculadas a distintas corrientes doctrinarias. Ante tal variedad de opciones, cuando ellas se dan, el intérprete no tiene más remedio que *elegir*. Y las razones por las cuales prefiere una u otra solución no son de carácter constrictivo, en el plano intelectual, sino que en última instancia dependen de factores que pueden obrar (sobre él) en un sentido u otro: convicciones de política jurídica, ideas sociales variadas (inclusive perjuicios) propias del medio social del cual el intérprete proviene o de aquel con el cual se siente más identificado, educación técnico-profesional, preferencias en materia de "estilos" o teorías que se presentan en la doctrina del Derecho, etc.⁽⁴⁶⁾

De todas maneras, lo que estoy tratando de señalar no es que el intérprete esté *legitimado* para elegir la solución que mejor le plazca. No es ése el problema que examino. No pregunto qué es lo que él *debe* hacer, sino que me limito a describir —ser— lo que de hecho ocurre: esto es, que las diferencias interpretativas se explican, en última instancia, por *opciones* a las que el intérprete (conscientemente a no) se encuentra enfrentado. Y lo que me importa destacar, —vale la pena repetirlo aún una vez más—, es que ninguna de esas opciones es más "verdadera" que la otra, sino, en todo caso, más (o menos) conveniente, más (o menos) adecuada desde ciertos puntos de vista *axiológicos*. No existe una verdad jurídica, sino distintas verdades jurídicas, todas ellas posibles, según las alternativas que resulten relativamente plausibles en función de las ideas recibidas en un "auditorio" jurídico (ideas que pueden ser contradictorias entre sí).

Sea que yo elija esta o elija la otra solución interpretativa, la justificación de la misma se planteará, pues, sobre el plano de las *decisiones*

(44) Cf. *Esquemas...* (*supra* n. 2), esp. pp. 10 ss.

(45) Cf. "La voluntad del Legislador..." (*supra* n. 2).

(46) Cf., por ejemplo, los libros siguientes: Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Precomprensión y elección del método en la determinación judicial del Derecho), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Rüdiger LAUTMANN, *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik und Politisches System* (Metodología jurídica y sistema político), Dunker & Humblot, Berlín, 1976.

estimativas, no sobre el de "esencias" preestablecidas. Si, por ejemplo, *prefiero* una "verdad" doctrinaria a una "verdad" legislativa, no corresponde —si razono correctamente— hacer pasar la primera por una forma de la segunda, sino que debo hacerme *responsable* de aquélla: es decir, exponer qué razones —*estimativas!*— me llevan, en su caso, a poner la doctrina por encima de la legislación como fuente de Derecho. En tal sentido, subrayar que estoy aquí ante una *elección* y no frente a una simple alternativa de verdadero-o-falso, es un requisito indispensable para la transparencia del pensamiento interpretativo, para su "honestidad" racional.

Si bien se mira, la cuestión de las "naturalezas jurídicas" no es más —desde el punto de vista de un análisis lógico— que un problema relativo a la *construcción* de cierto lenguaje especializado. Dicho de otro modo, se trata de la creación o aceptación de una *terminología* profesional. El sentido de esa terminología es, como en todo lenguaje (también en el científico), de carácter convencional⁽⁴⁷⁾. Esas significaciones dependen, ante todo, de dos circunstancias: (a) de la medida en que sean *aceptadas* en el círculo (profesional) correspondiente; y (b) de la *utilidad* que puedan brindar para resolver los problemas prácticos que allí están en juego.

(47) Señalar que el contenido del lenguaje es convencional, no significa otra cosa que recordar esta verdad elemental: que entre un signo lingüístico (acústico o gráfico) y el (o los) sentido(s) a que el mismo suele aludir, esta relación se halla establecida por la *costumbre* de un uso; y en el caso de los lenguajes artificiales, o de determinados términos técnicos de lenguajes especializados, ello es por una definición expresa, de carácter estipulativo. Por qué se originó, en cada caso concreto, una determinada costumbre y no otras —es decir, por qué se acostumbró utilizar tal o cual término de acuerdo a ciertos sentidos precisamente—, ése es un problema que podemos dejar de lado (por lo demás, en general esto no llega a poder averiguarse en el caso de los lenguajes naturales).

Convencional quiere simplemente decir, pues, que el contenido semántico del término se encuentra determinado por una costumbre, no por necesidades de tipo lógico u ontológico. Claro que, una vez consolidada esa costumbre, aquel que quiera ser comprendido por sus semejantes, en el medio social correspondiente, no puede establecer libremente nuevas convenciones sobre el significado de los términos usuales (salvo que los demás estén dispuestos, para algún que otro término, a aceptárselas). Desde este último punto de vista, el carácter convencional del lenguaje se refiere sólo a su *origen*, pero no a su uso actual. La utilización de un lenguaje *ya establecido* tolera sólo ciertos márgenes de libertad: polisemias, vaguedades, etc. El *speaker* que viola esos márgenes recibe como "sanción", por parte de los oyentes, la consecuencia de no ser comprendido por ellos. Pero tampoco hay que perder de vista que estas convenciones lingüísticas varían en el tiempo y en el espacio. De modo que, en definitiva, la pregunta acerca del *sentido* de un término se reduce a lo siguiente: a indicar las reglas lingüísticas según las cuales ese vocablo *acostumbra* ser utilizado, o bien a postular una nueva significación para el mismo. Y si a alguna de estos dos clases de sentidos quiere llamársele "esencia", "naturaleza", etc., eso no quita que se trate, de todos modos, de significaciones *convencionalmente* establecidas: sea por un uso consuetudinario, sea por decisión de algún escritor.

Para una crítica del punto de vista ontologizante sobre el lenguaje jurídico, cf. mis "Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue" (segunda parte), en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20 (1975), pp. 175-207.

Lo peculiar del lenguaje jurídico, en cuanto lenguaje "científico", es que a estos dos aspectos no suele haber, en puntos generales y también ante casos concretos, unidad de apreciación (intersubjetividad) entre los *speakers* de dicho lenguaje, los juristas⁽⁴⁸⁾. Por eso, la doctrina conceptualista está llamando a engaño. Ella lleva a apartar la vista del punto en donde se halla realmente el *eje* de los problemas en esta materia: la cuestión de las convenciones (a) y de la justificación pragmática (b). Todo esto, que es lo fundamental, se encuentra disimulado en cuanto encaramos esos problemas como si se tratara del descubrimiento de "esencias" preestablecidas. Nosotros, en cambio, al no haber dado por aceptado ningún esencialismo como punto de partida, nos hemos visto conducidos a conclusiones heterodoxas sobre la "naturaleza" de las acciones posesorias.

En síntesis:

Frente al platonismo jurídico representado por los autores que se mueven dentro de los cuadros de la jurisprudencia conceptualista, nosotros hemos querido hacer ver, por el contrario, que, para quien no esté dispuesto a aceptar como artículo de fe un *topos uranos* de "naturalezas jurídicas", la determinación de las mismas se presenta como un asunto relativamente convencional. El contenido de ellas depende de criterios lingüísticos (contingentes) que varían según el *tipo* de fundamentación —interpretación literal u otros— que la decisión del intérprete acepte hacer predominar. Dichos "tipos" resultan de contenidos semánticos, más o menos variados y elásticos, vinculados a criterios habituales de comprensión del lenguaje jurídico de que se trate. Así, en el caso de las acciones posesorias, una interpretación piedeletrista puede llevar a determinadas conclusiones, mientras que interpretaciones dogmático-constructivistas pueden conducir a sostener soluciones distintas. Pero el hecho de preferir unas u otras remite, para su justificación, a cuestiones metodológicas y filosóficas de fondo.

Es a *ese* nivel, el de las cuestiones de fondo, que se ubican las razones que en definitiva determinan cuáles son las pautas semánticas preferidas, sea de un modo general o para determinado caso concreto. Sin embargo, dichas razones no suelen ser tematizadas por el jurista dogmático. Mas ellas subyacen, de cualquier manera, en toda interpretación de un instituto jurídico; y son ellas las que determinan, en última instancia, la *elección* del intérprete. De tal modo, el sentido que se le adjudica a los términos del lenguaje jurídico es contingente: tiene carácter *convencional* y reposa en fundamentos de tipo *estimativo*. La discusión acerca de la "naturaleza jurídica" de las acciones posesorias suministra un buen ejemplo de esa contingencia que caracteriza a la interpretación de términos fundamentales del lenguaje jurídico.

(48) Por esa falta de intersubjetividad, justamente, ocurre que el razonamiento jurídico se mueve antes bien en el plano de lo "razonable" que de lo racional: *supra* n. 40.

LIBROS

SÁINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid 1976, Editorial Civitas, col. Monografías Civitas, 364 p., 24,6 x 17 cm., tela.

La Primera Parte del libro está dedicada a un estudio sobre los conceptos en general. Se examina allí la vinculación de éstos con el lenguaje común y son analizados especialmente los elementos de indeterminación en los mismos. La Segunda Parte se refiere ya en particular a los conceptos dentro del lenguaje jurídico. Son subrayadas las relaciones que ellos guardan con el lenguaje ordinario (el uso jurídico provoca mutaciones en el significado de los términos) y examinado el funcionamiento que les corresponde en el plano del Derecho. Sobre la base de los desarrollos precedentes, el autor pasa luego a analizar, en la Tercera Parte, qué son los "conceptos jurídicos indeterminados" y qué papel les cabe en el Derecho Administrativo, particularmente con vistas a determinar los alcances de la "discrecionalidad administrativa".

Sáinz Moreno considera que es viable "razonar con coherencia lógica en todo el ámbito del Derecho, incluso en la demostración de lo que en cada caso es justo" (p. 101). Su tesis central es que, a pesar de la indeterminación en sus conceptos, el razonamiento jurídico "hace posible la vigencia del principio de una sola solución justa en su aplicación a cada caso concreto" (p. 9). Y esta solución constituye también, a su juicio, la *única* respuesta verdadera en relación con el concepto que se va a aplicar para decidir un caso concreto: "cuando se trata de la interpretación de un concepto utilizado por una norma, la cuestión de si ese concepto es o no aplicable a determinado objeto no admite más que una solución justa o, lo que es lo mismo, una sola solución verdadera" (p. 133; cf. también p. 132 ss., 170 ss., 186 s., 192 y *passim*).

Por "concepto indeterminado", el autor entiende aquel que, cuando se trata de aplicarlo a un objeto, "se mueve entre dos límites, uno de certeza positiva que marca la idea nuclear del concepto (aquello a lo que con seguridad puede aplicarse), y otro de certeza negativa (aquello a lo que con seguridad no puede aplicarse), existiendo entre ambos límites una zona de duda (halo del concepto)" (p. 94); cf. también p. 68 ss., especialmente p. 70 s. Ahora bien, puesto que no es lo mismo verdad que precisión, más aún: la indeterminación "incluso puede ser la única forma de lograr la verdad" (p. 72), corresponde reconocer que esa "indeterminación de los conceptos no impide la veracidad de los juicios" (p. 94). Y como la verdad no puede ser más que una, también en el Derecho será

cierto que sus conceptos indeterminados no impiden que, al ser aplicados, sólo una solución sea la correcta, esto es: la verdadera, la justa. "La función que la llamada indeterminación de los conceptos cumple es la de crear una holgura en torno a las ideas nucleares de los conceptos para que éstos puedan servir de medios calificadores de la realidad. Pero tal indeterminación sólo es, como veremos, potencial, desapareciendo en cada caso de aplicación concreta" (p. 193).

En el Derecho, la pregunta por la verdad y la pregunta por la justicia de una solución son la misma cosa: "por 'solución justa' se entiende 'solución coherente con la idea de justicia que la norma expresa'. 'Justo' quiere decir aquí 'correcto o adecuado al papel que el concepto juega en la norma'" (p. 168; cf. también p. 134). "Sólo en el caso de que se confrontase el resultado de la interpretación con una idea de justicia distinta de la que la norma expresa puede distinguirse entre solución justa y solución verdadera. Pero ésta es otra cuestión, que hace referencia a la valoración de las normas y no a la interpretación de los conceptos que las integran" (p. 172). Sin embargo, según los propósitos expresados en la Introducción, el autor parecía querer afiliarse a una concepción menos positivista de la justicia, es decir, a una "idea de justicia" que se refiere más bien a esa "otra cuestión" y no sólo a lo que "dice" la norma: "la justicia, pues, entendida como aquello que la razón dice sobre el orden y garantía de la mayor libertad y dignidad para cada hombre" (p. 9 *in fine*).

Ahora bien: de lo que se trata, es "de interpretar un concepto de tal manera que pueda afirmarse o negarse su aplicación a un caso singular" (p. 170). Y puesto que "todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa... planteada la cuestión de si un concepto jurídico hace referencia o no a un objeto, no hay más que una respuesta, llámese válida, verdadera o justa" (p. 172). Mas ¿cómo se sabe, en cada caso, cuál es precisamente esa solución "verdadera"? La respuesta de Sáinz Moreno es que eso se conoce por una "evidencia de credibilidad" que resulta de la aceptación necesaria por un "auditorio", la cual "tiene por fundamento el hecho de que el significado de los términos surge del uso que de ellos se hace" (p. 182 s.); "porque lo que los demás saben sobre el significado de las palabras es lo que hace que los sonidos articulados en que las palabras se manifiestan tengan sentido" (p. 187). Dicha aceptación se necesita, no por una simple razón de eficacia, sino porque proporciona el "criterio de verdad" mismo. Se trata de una aceptación "que 'debe darse' cuando la interpretación ha logrado hallar la solución correcta. Que esto se logre o no, es cuestión accidental, que no impide reconocer como 'principio del Derecho' el de que sólo una puede ser la solución justa —en el sentido expuesto— de esta clase de problemas" (p. 184). Cf. también p. 186 s.

Los desarrollos precedentes conducen, una vez que se pasa al análisis de la función de los conceptos indeterminados en el Derecho Administrativo, a afirmar que, también allí, la interpretación de ellos no queda sometida a lo que libremente pueda entender la Administración; pues "el Derecho Administrativo tiene por objeto configurar y ordenar la actua-

ción de la Administración en términos de justicia" (p. 9). En esta Parte, el autor examina las relaciones entre discrecionalidad e interés público, los límites que éste fija para las decisiones jurídicas (es decir, no puramente políticas) de la Administración, la diferencia entre la formulación legal de conceptos indeterminados y la discrecionalidad propiamente dicha, el control judicial de la discrecionalidad, etc. Todo ello con el objeto de resaltar, en definitiva, la subordinación de la Administración al Derecho, o sea, "a una idea de la justicia [en sentido amplio], no mero instrumento de eficacia" (p. 9 *in fine* —ver *supra*—).

* * *

Quiero subrayar, ante todo, la seriedad con que Sáinz Moreno ha llevado a cabo esta investigación. Se trata de un estudio que en el plano de la fundamentación, en el bagaje teórico que ofrece para respaldar sus posiciones, está muy por encima del nivel habitual de las monografías jurídicas, sobre todo de aquellas que dilucidan temas correspondientes a la dogmática de tal o cual rama del Derecho positivo. El autor apoya sus desarrollos en una excelente información, tanto en lo que tiene que ver con la teoría del lenguaje (Parte I) y la teoría contemporánea del razonamiento jurídico (Parte II y cap. VII), como asimismo en cuanto a la doctrina del Derecho Administrativo (caps. VIII-IX). La exposición avanza en forma clara y ordenada, apareciendo ilustrada (sobre todo a través de las notas) por un material bibliográfico muy rico, así como recurriendo oportunamente a la presentación de casos jurisprudenciales y puntos de vista manejados por la doctrina administrativista. Pero tal vez hubiera sido oportuno intercalar un párrafo de conclusiones también en las Partes II y III (el autor lo hace sólo para la Parte I), o bien una recapitulación general al final; y es lástima grande, eso sí, que tan excelente bibliografía no aparezca reunida en un índice global que facilite su cómoda consulta.

En cuanto a las posiciones de fondo, debo decir que, no obstante el indiscutible valor de los análisis presentados, no han logrado convencerme de la tesis central que ellos están llamados a apuntalar: el "principio de una sola solución justa" y la equivalencia establecida, a esos efectos, entre las ideas de "verdad" y "justo". Tengo la impresión de que se trata, más que todo, de una cuestión de palabras.

Por lo general, cuando se habla de "justicia" se alude a un criterio supra-legal, utilizable para juzgar el contenido de una norma o la solución de un caso concreto. Es decir: *Supra*-legal en el sentido, no de que por fuerza la ley refleje mal (o no refleje en absoluto) dicho contenido, sino de que eventualmente puede suceder así; solución positiva y justicia coinciden posible pero no necesariamente. Nuestro autor propone —hago abstracción de la Introducción— una definición mucho más restringida para "la idea de justicia que expresa la norma" (p. 172 - ver *supra* la continuación

de esta cita-). Tiene el derecho de hacerlo, por supuesto. Pero no veo ventaja (racional) en introducir este cambio semántico, ni me parece que con ello baste para que las cosas dejen de ser como son: "la idea... que expresa la norma", llámesele o no "justa", tolera, en casos discutidos, *pluralidad* de interpretaciones. Cada intérprete dirá, naturalmente, que la suya propia es la (única) interpretación "justa" o la (única) "verdadera". Ahora bien, el problema de fondo no es terminológico, sino de *procedimientos*. ¿Existen procedimientos *intersubjetivos*, en el Derecho, que permitan zanjar esas diferencias? ¿Disponemos de reglas "efectivas" (Carnap) para hallar la "verdadera" ("justa") solución al interpretar los conceptos jurídicos? *Ese* es el punto clave: no la cuestión de saber si ha de creerse en que existe siempre una hipotética solución única, sino *cómo* hacer para determinarla, en forma *inequívoca*, frente a los casos que se discuten en la práctica jurídica.

Dicho todavía de otro modo: la cuestión es hallar *métodos* jurídicos capaces de lograr que, frente a un caso dado, todos los juristas (especialistas) que empleen dichos métodos arriben a ponerse finalmente de acuerdo (intersubjetividad) sobre *una* solución hallada por esas vías. Mientras esto no se alcance, decir que existe (idealmente, "en principio") una sola solución "justa" (= "verdadera") para la interpretación de cada concepto jurídico, constituye una afirmación inofensiva. No veo cómo, aun dando por buena esa tesis, se evitará que los juristas (que la acepten) sigan estando entre sí tan en desacuerdo como antes sobre soluciones interpretativas concretas, llegado el caso.

Ahora bien, en el plano de la *metodología* interpretativa misma, nuestro autor parece contentarse con adherir a posiciones como la de Perelman (cf. p. 182 ss.). Es ésa, en definitiva, la razón por la cual no se halla en condiciones de señalar métodos propiamente dichos para descubrir cuál es la (sola) solución interpretativa frente a cada caso. De ahí que, por ejemplo, para interpretar un concepto (indeterminado) como el de "interés público", se limite a decirnos (p. 325) que dicho "examen está sometido a las reglas de la interpretación jurídica", a saber: "las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" (art. 3º, inc. 1, del Código Civil Español). Como se ve, seguimos por entero dentro del cuadro del "método" jurídico tradicional.

Si bien se mira, el hecho de calificar *este* tipo de soluciones como "justas" y "verdaderas" constituye ni más ni menos que una "definición persuasiva" (Stevenson) de los referidos términos. La carga emotiva de los mismos se hace jugar, así, en el sentido de que lleven a pensar, a quien acepte dicha terminología, que los procedimientos jurídicos tradicionales —cuya supervivencia nuestro autor da por implícita— son lo bastante adecuados como para que el razona-

miento jurídico, manteniéndose dentro de dichos carriles, llegue siempre a la *mejor* solución de los casos. Porque si no hay más que *una* solución justa y verdadera al aplicar cada concepto, y si *en principio* el jurista —método tradicional mediante— está en condiciones de descubrir cuál es ella, entonces no se ve por qué y para qué habría que abocarse a buscar nuevos caminos en la metodología del Derecho. Esa atribución de "verdad" y de "justicia" funge, de tal manera, como otro "expediente de inmunización" (Albert) en el marco de la ideología de los procedimientos interpretativos tradicionales. Aparece así respaldada la indeterminación de los mismos, su carácter ametódico, por medio del efecto disimulativo de las "definiciones persuasivas" propuestas.

He señalado mi desacuerdo con las conclusiones del autor, en el plano de las consecuencias metodológicas. En cambio, no puedo menos que manifestarme por entero de acuerdo con él en cuanto al propósito "político", por así decirlo, que preside sus desarrollos. Lo que Sáinz Moreno quiere, en definitiva, es que la Administración sea pasible de un amplio contralor jurisdiccional de legalidad. Parte de la base de que, de esa manera, se logran mejores condiciones con vistas a promover "el orden y garantía de la mayor libertad y dignidad para cada hombre" (p. 9). La inflación del aparato estatal en las sociedades contemporáneas hace por lo general deseable, en efecto, que éste pueda ser objeto de un control semejante. Mas pienso, a diferencia de nuestro autor, que, también en ese terreno, la metodología jurídica tradicional no constituye el mejor medio. No creo que ella sea lo más apto para asegurar, con la firmeza suficiente, la efectividad de dichos contralores. Los "conceptos indeterminados", precisamente, seguirán proporcionando un refugio para eventuales arbitrariedades de la Administración, mientras no se disponga de mecanismos intelectuales más firmes para determinar *la* interpretación de los mismos. No basta con decir que ésta deberá ser "justa" y "verdadera". De lo que se trata, es de ver por qué procedimientos (intersubjetivos) se conseguirá que ella *logre* realmente serlo. Pero en el marco de modelos como los que proponen la "nueva retórica", la "tópica", la "hermeneútica", etc. existe poca o ninguna chance de alcanzar tal meta. Y desde *ese* punto de vista, lo cierto es que tampoco este libro promueve un avance hacia ella.

Si resumo mi opinión acerca de la obra comentada, diré que se trata de un trabajo muy informado y que constituye el producto de una reflexión a la cual no podrá por cierto negársele el mérito de la coherencia. Más allá de las críticas apuntadas, que conciernen sobre todo a ciertas conclusiones, es indudable que la riqueza de los desarrollos contenidos en este libro hacen que se trate de una monografía realmente estupenda y, por lo demás, muy al día en la información que preside sus enfoques. Tengo la seguridad de que no defraudará a sus lectores.

E. P. Haba

CARBONNIER, Jean: *Sociología jurídica*, Madrid 1977, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales-Serie de Sociología, 253 p., 15,3 x 23,4 cm., rústica. Traducción por Luis Diez-Picazo.

Cabe felicitar a que ahora la *Sociologie Juridique* (París 1972) de Carbonnier tenga también traducción al castellano. Pues esta introducción general ofrece, tanto por la riqueza de su contenido cuanto por lo ameno de la exposición, un acceso particularmente atrayente a las puertas de esa disciplina, que todavía se encuentra en formación.

El autor subraya que el libro "sólo se refiere a la parte general de la Sociología jurídica" (p. 13); por lo demás, su "eje principal... vendrá dado por el Derecho privado, y más especialmente por el *Derecho Civil*" (p. 43). Señalaré algunas ideas centrales en torno de las cuales aparece vertebrada esa exposición.

El capítulo inicial (*Prolegómenos*) y el Cap. III tratan de precisar el ámbito de la investigación en Sociología jurídica: buscan distinguir esta disciplina de otras cercanas, señalar posibles subdivisiones en el seno de la misma, determinar —esto es lo fundamental— el objeto *específico* de dichas investigaciones. Y esta primera mitad del libro comprende también un capítulo de carácter histórico, dedicado a señalar las grandes etapas (nombres claves) en la evolución del pensamiento sociológico sobre el derecho.

Según Carbonnier, la Sociología jurídica se distingue del derecho dogmático, no tanto por el objeto mismo de estudio, sino más bien por el "ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho dogmático analiza desde dentro, la Sociología del derecho lo observa desde fuera" (p. 19). Pues el sociólogo, a diferencia del jurista dogmático, "se queda fuera del sistema que observa, aunque este sistema sea el suyo, y la observación que hace él no influye para nada en su funcionamiento" (*ibid.*). El objeto de dicha observación son los *fenómenos jurídicos*: "lo que se llama *derecho* en el ángulo dogmático, se llamará *fenómeno jurídico* en Sociología del derecho" (p. 90). Esta categoría se distingue de "lo *social no jurídico*, formado por lo que se denomina los *fenómenos de costumbres* o usos sociales" (p. 15), pues corresponde efectuar la distinción entre *law* (derecho), *mores* (usos sociales en sentido estricto) y *folkways* (maneras de vivir nacionales) (p. 100 s.).

Pero ante la heterogeneidad de los fenómenos jurídicos (cf. las cuatro clasificaciones analizadas en las p. 91 ss.), se presenta el problema de encontrar un criterio *propio* para la "juridicidad", hallar lo específico de ella frente a los demás fenómenos sociales. Ahora bien, ese criterio de diferenciación no puede, dada la movilidad histórica de la distinción entre derecho y usos sociales, depender del "contenido" u "objeto" de las reglas, sino que es de carácter externo con respecto al mismo. Existen dos teorías principales desde tal punto de vista: la que pone el acento en "la *coacción* por medio de la cual las reglas se aplican", y la que prefiere tomar en cuenta "la *puesta en cuestión* por efecto de la cual podrían ser aplicadas"

(p. 106 ss.). Carbonnier se inclina finalmente por este último criterio. "Desde que una relación entre dos personas puede ser objeto de un debate ante una tercera persona que decidirá, se debe concluir que esta relación no pertenece ya al campo de las costumbres, sino que ha entrado en el incierto reino del derecho" (p. 111). Mas recalca que dicho criterio, el de lo *justiciable*, "no debe ser considerado como sinónimo de *judicial*"; ello se refiere sólo a "la eventualidad del juicio, el *eventum iudicii*, y no el juicio efectivo y, menos aún, la condena" (*ibid.*). Además debe tratarse, para que estemos propiamente frente a "signos de derecho", de una justicia hecha "en nombre de la sociedad global" (p. 112, n. 46 *in fine*).

De todas maneras, tampoco hay que olvidar que el "fenómeno jurídico" no se presenta, en la realidad, como algo aislado, sino que aparece "reinsertado en el campo espacial y temporal —sincrónico y diacrónico— que le es natural": el *sistema jurídico* (p. 90). Este constituye el "cuadro" o "receptáculo" dentro del cual se produce la "materia" misma de la observación: los "fenómenos de derecho de todo tipo" (p. 90 *in fine* y 134 *in limine*). Nuestro autor se detiene particularmente, aquí, en el análisis del "espacio jurídico", sobre todo en la cuestión del pluralismo jurídico y de los fenómenos infrajurídicos (derecho folklórico, derecho vulgar, etc.). Pero luego agrega que, "como todo continente de objetos", el sistema jurídico constituye también "un objeto en sí mismo"; o sea, que él mismo "puede concebirse como un fenómeno de derecho, que hay que situar a su vez en el espacio y en el tiempo" (p. 134). Pasando a enfocar este plano, el autor dedica especial atención al fenómeno de la "aculturación jurídica" (p. 135 ss.).

La segunda mitad del libro comprende dos capítulos, uno dedicado al *método* de la Sociología jurídica y el otro a las funciones que ésta puede cumplir.

Desde el punto de vista metodológico, Carbonnier admite la tesis de que, en principio, esta disciplina ha de consistir en una aplicación, al derecho, de los métodos de la Sociología general. Mas ello no le impide acotar que, dada la especialidad de su objeto, esto "puede repercutir sobre los medios empleados para descubrirlo, aunque sólo sea porque este objeto se presenta en unas fuentes documentales que son peculiares" (p. 143). De cualquier manera, todos esos métodos se hallan dominados por dos principios fundamentales: la *regla de la objetividad* y el *método histórico-comparativo* (p. 144).

La primera ("tratar los hechos sociales como cosas", Durkheim) sirve para trazar, justamente, la distinción clave entre la Sociología jurídica y el derecho dogmático: "el derecho no es para ella derecho, sino cosa o, más exactamente, una multiplicidad de cosas y de fenómenos que observa desde fuera" (p. 145). Dicha exigencia de "objetividad" —a la cual Carbonnier asigna la más alta importancia (cf. ya su Advertencia Previa, p. 13)— se descompone en dos aspectos, materialidad e imparcialidad. *Materialidad*: "eliminar de los fenómenos observados por ella, todo lo que tenga un carácter personal (no general) o puramente interior

(esto es, que no caiga bajo los sentidos)" (p. 145), de modo tal que incluso los fenómenos subjetivos sean aprehendidos "desde alguno de los ángulos en que se materializan" (p. 146). *Imparcialidad*: el sociólogo debe haberse "purgado de los juicios de valor implícitos", tiene que desligarse de prejuicios a favor o en contra del sistema jurídico observado, etc. (p. 147).

En cuanto al método histórico-comparativo, constituye "una doble actitud intelectual conforme a la cual pueden ser tratados los datos previamente recogidos por cualquier otro método" (p. 150). Se trata de "dos caras" que, si bien no carecen de comunicación entre sí ("La historia puede ser comparativa y la comparación puede ser diacrónica", *ibid.*), no obstante conviene presentarlas separadamente, con lo cual "el método gana en claridad" (*ibid.*). Y establecidos, así, los "principios" más generales, en el resto del capítulo son examinados una serie de métodos particulares, clasificados en dos grandes grupos: la investigación sobre documentos y la búsqueda de los hechos.

Al pasar a interrogarse, finalmente, sobre la finalidad de la Sociología jurídica, nuestro autor destaca que, "como en cualquier otra disciplina, parece que la función debe ser doble: una *función científica* [teórica, especulativa]... y una *función práctica*" (p. 201). La primera de estas funciones apunta a la obtención de un "saber sometido a ciertas condiciones: razonado, sistematizado, ligado. No un saber intuitivo o de puro buen sentido" (p. 201-202). Se trata de obtener "explicaciones" (*rerum cognoscere causas*), sin perjuicio de reconocer la indeterminación parcial que presentan los fenómenos jurídicos; de determinar leyes científicas, sea de evolución o de estructura; de indagar no sólo casualidades, sino buscar en general "correlaciones"; y la Sociología jurídica funge también, *last but not least*, "como un instrumento de crítica abierta" (p. 215) frente al derecho dogmático. En cuanto a la segunda función, la de naturaleza "práctica", consiste en la colaboración que el sociólogo puede brindar en los distintos niveles de las *decisiones jurídicas* mismas, esto es, para ayudar a que ellas sean tomadas de una manera más racional. Se trata, sobre todo, de la sociología aplicada a las áreas siguientes: contratos (formación y funcionamiento de los mismos), jurisdicción (pericia sociológica, formas de interpretación) y legislación (sociología peri-legislativa —se refiere a "relaciones públicas" que al legislador le conviene tomar en cuenta, antes o después de dictar ciertas leyes, para asegurar una mejor recepción de las mismas— y sociología legislativa —para determinar más adecuadamente el propio contenido de las leyes—).

* * * *

Espero que el lector no piense que lo precedente puede constituir algo así como una síntesis de la obra comentada. Según lo advertí desde el comienzo de esta nota, hube de limitarme a destacar algunas ideas centrales del libro. Pero lo más valioso del mismo no reside precisamente en la enunciación descarnada de dichas conclusiones (que el autor establece

siempre con mucho matiz y sin ocultar su problemática), sino en el *camino* seguido para apoyarlas, así como en la exposición de muchos otros aspectos. Y eso no se puede resumir. Diría más: resulta muy posible poner en duda la importancia o la justificación de aquellas tesis, sin que por ello se sienta perjudicado el alto interés informativo que los desarrollos de este trabajo ofrecen. En efecto, es sobre todo por la variedad de puntos de vista traídos a colación y la multiplicidad de las perspectivas desde las cuales es aquí presentada la contribución de la Sociología jurídica al estudio del derecho, que la obra reseñada justifica, a mi juicio, el haber sido traducida a distintos idiomas.

No tan feliz me parece, sin embargo, el esfuerzo del autor por precisar algunas tesis de nivel teórico muy abstracto. Y esto porque, según creo, no ha tenido suficiente cuidado de distinguir aquello que, en esa problemática, se refiere más bien a convencionalismos terminológicos. Dicho de otro modo, tengo la impresión de que no ha conseguido eludir la ficción esencialista que subyace a muchas preguntas del tipo: ¿qué es X? —cuando X constituye un término polisémico—. Me explico.

Una tercera parte del libro (Prolegómenos y Cap. II) está dedicada, al fin de cuentas, a indagar qué es el "derecho": los "fenómenos jurídicos", la "juridicidad". El autor examina una serie de posibilidades a este respecto, oponiéndoles el siguiente tipo de argumento: tales o cuales cosas que son "derecho", no cuadran bien dentro de los lineamientos de la teoría criticada. Pero para que una crítica de esa índole sea aceptable, hay que presuponer que las acepciones (utilizaciones habituales) de la palabra "derecho" se refieren *todas* a la misma "cosa" —esencialismo—; o bien, que sólo *algunas* de dichas acepciones son "legítimas" —apriorismo terminológico—. Cabe pensar que ninguna de estas dos presuposiciones son admisibles sin más. No es tan evidente que todo aquello que suele aparecer subsumido bajo el "juego lingüístico" (Wittgenstein) de la palabra "derecho" corresponda, a pesar de la "heterogeneidad de los fenómenos jurídicos" (cf. p. 91 ss.), a una esencia *general* específica; ni tampoco se ve por qué, salvo por *conveniencias* en la comunicación, unas acepciones tengan que ser aceptadas y otras tengan que ser rechazadas. Pero Carbonnier no llega a plantear la discusión a *este* nivel precisamente, el de una elección —por razones *prágmáticas*— entre *convenciones* lingüísticas, sino que lleva adelante su análisis como si se tratara de determinar aquello que por "esencia" (aunque ésta sea de tipo *formal*: ¿coacción o judiciabilidad?) constituye el *quid* del derecho. Pienso, por ello, que esa discusión no se halla del todo bien encaminada.

De lo que se trata, para la Sociología jurídica como para cualquier otra ciencia, es de determinar su objeto con un *cierto* grado de arbitrariedad. Una arbitrariedad que es doble. Por un lado, en cuanto, si estamos frente a términos polisémicos (e inclusive cuando éstos aluden a "familias" de sentidos —Wittgenstein—), el investigador *elige*, para circunscribir su objeto, una o algunas de las acepciones recibidas. Por el otro lado, porque *elige* también el *aspecto* que será investigado de ese objeto. La elección se

práctica, en ambos casos, de acuerdo al *interés* de conocimiento que preside los esfuerzos de la ciencia respectiva. En función de ese interés se determina *convencionalmente* el objeto de la investigación.

Quiere decir que la discusión sobre aquello que ha de ser "derecho" para la Sociología jurídica, no tiene por qué estar dirigida a "descubrir" (o refutar) lo que "es" el derecho. Una vez libres de imágenes esencialistas, por el contrario, todo resulta mucho más claro y sencillo: *elegimos*, de acuerdo a los intereses de conocimiento tomados en cuenta, *una* de las acepciones de la palabra "derecho"; y tratamos —*ãso síõ*— de definirla de la manera más *precisa* posible, para que pueda ser debidamente utilizable en un lenguaje *científico*. También desde este último punto de vista, el error metodológico de nuestro autor no está libre de consecuencias. Porque aun suponiendo que esa definición de la "juridicidad" que él acepta, en términos de "puesta en cuestión", la tomásemos simplemente como el resultado (convencional) de una elección, no me parece que, así definido, el objeto de la Sociología jurídica quede determinado en forma suficientemente unívoca. Si Carbonnier no hubiera partido (implícitamente) de un punto de vista esencialista, es probable que hubiera acertado a proponernos una definición más precisa.

Las observaciones efectuadas podríamos extenderlas, *mutatis mutandis*, a buena parte de los desarrollos presentados en torno a la idea de "sistema jurídico": la discusión sobre el "pluralismo", etc. Mas lo cierto es que también allí, del mismo modo que a todo lo largo de la "búsqueda" del criterio de la juridicidad, el autor va haciendo desfilar un cuadro de anotaciones cuyo interés se justifica por sí solas. No quiero terminar este comentario sin volver a recalcar, pues, que las reservas apuntadas concierne apenas al *fundamento* metodológico de *algunos* de los enfoques que presenta el libro. En líneas generales, no conozco una introducción a la Sociología del derecho que, hoy por hoy, merezca ser recomendada más cálidamente.

E. P. Haba

CERDAS CRUZ, Rodolfo. *Formación del Estado en Costa Rica* (San José: Ed. Universidad de Costa Rica. — 2da. ed. 1978, 204 pp., 14 x 21 cms.).

La Editorial de la Universidad de Costa Rica ha reimpresso, con una llamativa portada la tesis de licenciatura en derecho, elaborada por Rodolfo Cerdas Cruz, hoy politólogo y abogado.

Cuando se publicó por primera vez este libro, con el sello de la citada universidad, los lectores interesados en el tema del Estado costarricense lo recibieron positivamente. Sin duda, fue una obra pionera en este campo. Posteriormente, en la misma Facultad de Derecho, los graduados William Guido Madriz y Mario Granados Moreno (respectivamente.

en 1971 y 1969) escribieron sus tesis de licenciatura sobre Braulio Carrillo y el problema del nacimiento del Estado; y, la génesis del Estado en Costa Rica, respectivamente.

Estos dos últimos trabajos de investigación, tuvieron la influencia de la obra de Cerdas, editada —por primera vez— en 1967; principalmente, en la tesis de Guido.

Como bien apunta Cerdas, su aporte a la temática del Estado fue criticado, censurado, golpeado, avalado, desconocido y vuelto a poner sobre el tapete de la discusión. Personalmente estimo que es un acierto volver a editar esta monografía, ya que tanto el Derecho como el Estado son aspectos de la sociedad moderna que requieren una serie de puntos de vista dada la riqueza que se encierra en esos gruesos campos del vivir cotidiano.

Cerdas propone como su punto de vista que la formación del Estado (poder centralizado) en nuestro país, inicia su proceso de evolución a partir de 1821 (punto de arranque, pues, la independencia con España). Encontrándose los factores de su desarrollo en la realidad colonial. Con Braulio Carrillo, se consolida ese proceso; y, la pugna entre Cartago y San José, simbolizan la querrela entre los grupos dominantes entrelazados en el pugilato por el poder. Enfrentamiento que se resolverá en favor de San José, con una burguesía que lucha por el futuro del país y que a la vez apoya el cultivo del café como un medio idóneo para forjar su patrimonio y su status como grupo social hegemónico, que Samuel Stone llama los cafetaleros y su régimen la cafetocracia.

Las investigaciones posteriores de José Luis Vega, Samuel Stone, Carlos Araya Pochet, Ciro Cardoso y otros sociólogos, historiadores y politólogos han venido a enriquecer la bibliografía sobre este terreno, todavía poco abonado, de la investigación sobre el Estado y el Derecho costarricenses.

Esta obra que comentamos nos da este temario: fundamentos teóricos, de la independencia a la dictadura de Carrillo, y la consolidación del poder central como módulo del Estado nacional.

En su propia perspectiva la obra constituye una contribución interesante al tema en cuestión y a partir de la metodología y filosofía específicas de Cerdas. Parece extraño, pero no del todo inexplicable el hecho de lo, relativamente, poco que se escribe sobre derecho y Estado, desde ángulos críticos y no meramente enraizados en el positivismo clásico.

j. e. romero

CARRO ZUÑIGA, Carlos. *Derecho del Trabajo Costarricense* (San José: Juricentro. 1978, 156 pp., 13 x 20 cms.).

Sin duda, el derecho laboral o derecho del trabajo se ha tornado en actual y polémico. Las huelgas, las convenciones colectivas, la sindicalización, el contrato-realidad, etc., le han dado un sello sugestivo a esta rama del derecho moderno. Así, una gama de obras se imprimen y nuevos tratadistas dan luces sobre las diversas facetas sosteniendo (como tema controversial) de la necesidad de confeccionar un código de trabajo para nuestros días.

Precisamente, al hilo de estos temas, se ha editado una obra del prof. Carlos Carro Zúñiga, acerca de ese campo del derecho, con un tratamiento de estos puntos: los comités de armonía laboral en la empresa costarricense, falta grave, embargo de salario y despido del empleado bancario y un ensayo (clave en la bibliografía nacional) bajo el nombre de los factores condicionantes del *ius variandi*.

En las palabras de presentación que escribe el jurista Eugenio Pérez Botija (†), éste señala que se trata de tres ensayos que resuelven problemas que afectan no sólo a la técnica del contrato y al juego de derechos, deberes derivados de la esencia y sustancia misma del convenio, sino que —además— indica una senda metodológica para enfrentarse a la problemática relacionada con las variaciones del mundo del trabajo y su red de relaciones jurídico-formales.

Incuestionablemente, el tema de las relaciones laborales en los países subdesarrollados significa una toma de posición ante los servicios públicos, la legislación laboral, la sindicalización y la forma en que el Estado toca esos campos. Lamentablemente se ha escrito poco en el país sobre derecho laboral y los especialistas que durante años se han dedicado profesionalmente a él, han dejado constancia pequeña del testimonio vital de sus actores.

Esperamos que con los nuevos profesores de derecho laboral, se continúe la labor de elaboración doctrinaria de los laboristas Abel Castro, Otto Fallas y Carlos Carro. Así, las generaciones veteranas enlazarán con los jóvenes en esa ardua tarea de dejar testimonio escrito sobre la doctrina costarricense jurídico-laboral. Cabalmente, estudiando las antiguas revistas y boletines del Colegio de Abogados, nos encontramos con artículos y ensayos de Castro, Fallas y otros abogados que escribieron sobre esta temática. Pero, siguen manejando la pluma, como se suele decir; así, el Prof. Abel Castro ha escrito recientemente (y los edita la Revista de Ciencias Jurídicas N° 34 y 35, respectivamente) trabajos sobre los *riesgos profesionales*; y, las *convenciones colectivas* en colaboración con la Prof. Elizabeth Odio y estudiantes (en ese año de 1976) —ahora, ya graduados.

Ojalá que estos ensayos, en conjunto, alienten la crítica y la proliferación de estudios laborales, pues con ello el panorama doctrinario del país aumentaría; y, lógicamente, las soluciones a la multiplicidad de problemas laborales también.

INDICE

Presentación	9
<i>ENSAYOS:</i>	
Reflexiones sobre el acceso a la acción civil. <i>Lic. Diego Baudrit Carrillo</i>	11
Matrimonio y familia en la Declaración Universal de Derechos Humanos. <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	19
Un nuevo instituto del derecho agrario: la empresa comunitaria de autogestión campesina. <i>Prof. Ricardo Zeledón</i>	33
Posición del perito en el proceso penal costarricense. <i>Dr. Francisco Castillo</i>	49
Algunas anotaciones en torno al concepto de ideología. <i>Prof. Alvaro López</i>	77
Breve reseña histórica de la administración pública costarricense; algunos de sus problemas (1950-1975). <i>Julia de la O. de Ramírez, Gerardo Hidalgo Cordero</i>	101
La sanción en el derecho penal costarricense: Los códigos de 1918 y 1924. <i>Edgar Emilio León Díaz</i>	123
Principios básicos en el campo de los Riesgos Profesionales. <i>Lic. Abel Castro Hidalgo</i>	143
Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. <i>Dr. Enrique P. Haba</i>	185
<i>LIBROS:</i>	
Sainz Moreno, Fernando: <i>Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa</i> (E. P. Haba)	229
Carbonnier, Jean: <i>Sociología jurídica</i> (E. P. Haba)	234
Cerdas Cruz, Rodolfo: <i>Formación del Estado en Costa Rica.</i> (j. e. romero)	238
Carro Zúñiga, Carlos: <i>Derecho del trabajo costarricense.</i> (j. e. romero)	240